

**DER BESSERUNGSSTRAFZWECK IM KANONISCHEN RECHT: GEWISSENHAFTE
RECHTSANWENDUNG?**

–

**ZUGLEICH EIN BEITRAG ZUM SCHUTZ DES FORUM INTERNUMS IM KIRCHEN- UND IM
VÖLKERRECHT**

Entwurf einer Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors des Kanonischen Rechts

*Pázmány Péter Katolikus Egyetem, Budapest
Kánonjogi Posztgraduális Intézet*

Moderator:
Dr. Balázs Schanda

vorgelegt von

Ansgar Grochtmann, ass. iur., LL.M.
Franz-Knöbel-Str. 19
33378 Rheda-Wiedenbrück
Deutschland

INHALTSÜBERBLICK

EINLEITUNG	1
1. TEIL: GEWISSENSFREIHEIT IM KONFLIKT MIT DEM KIRCHLICHEN	
STRAFZWECK DER BESSERUNG DES TÄTERS	4
A) BESSERUNG DES TÄTERS ALS KIRCHLICHER STRAFZWECK – HERLEITUNG UND RECHTFERTIGUNG NACH HERKÖMMLICHER LEHRE	4
I. Verortung im CIC 1983.....	4
II. Theologische Rechtfertigung dieses Strafzwecks	6
1. Traditionelle Begründungen kirchlicher Strafgewalt (societas perfecta)	6
2. Sonstige Rechtfertigungsansätze	7
B) GEGENAUFFASSUNG: BESSERUNGSSTRAFRECHT ALS VERSTOß GEGEN DIE GEWISSENSFREIHEIT	9
I. Einbettung der Kritik in eine umfassende Konzeption zur Strafzwecklehre	9
II. Kernargumentation.....	17
C) DIMENSIONEN DER GEWISSENSFREIHEIT IM KIRCHLICHEN RECHT.....	20
I. Eine erste Annäherung	20
II. Allgemeine Darstellung der Gewissensfreiheit.....	21
1. Lehramtliche Aussagen	21
2. Konzeptionen in der Theologie	43
III. Neupositionierung oder Akzentuierung durch das Zweite Vatikanische Konzil?	54
IV. Definitionsversuche zum Eingriffsbegriff in die Gewissensfreiheit.....	62
D) STREITENTSCHEIDUNG DURCH KONKRETISIERUNGEN: IST STRAFE ZWANG? WAS GILT IM ZWEIFEL?.....	65

I.	Vorbemerkungen	65
II.	Qualifizierung kirchlicher Strafe als Zwang	73
1.	Zur Definition des Zwanges im Sprachgebrauch	73
2.	Zwang als Spezifikum des Strafrechts.....	74
3.	Wirkung einer Exkommunikation als Zwang.....	76
a)	Bezogenheit des Gewissens auf das objektiv Gute (Synteresis bzw. Anamnesis)	77
b)	Verbleibende Freiheit bei der Reaktion auf die Exkommunikation	78
c)	Fehlende Zwangswirkung mit Blick auf das kirchliche Recht, die Spendung der Sakramente zu ordnen.....	89
d)	Fehlende Zwangswirkung mit Blick auf die ohnehin fehlende Disposition der Straftäter.....	90
e)	Fehlende Zwangswirkung im Vergleich mit der Wirkung des authentischen Lehramts.....	93
f)	Zweifel als Zwischenergebnis.....	93
III.	Zur Beachtung der Tradition als verbindliche Regel in Zweifelsfällen	95
IV.	Zusammenfassung und Konsolidierung	99
E)	ZWISCHENERGEBNIS UND WEITERFÜHRENDES	102
2. TEIL:	DER SCHUTZ DES FORUM INTERNUMS IM VÖLKERRECHT	107
A)	EINFÜHRUNG	107
B)	KOHÄRENTE AUSLEGUNG DES FORUM INTERNUMS? INTERPRETATIONS- SCHWIERIGKEITEN HINSICHTLICH ZWANGS, INDOKTRINIERENS UND WEITERER RECHTSBEGRIFFE IN DIESEM ZUSAMMENHANG.....	110
I.	Einige Klärungen und Eingrenzungen	110
II.	Auslegung von Zwang und Indoktrinieren.....	115
1.	Zwang im Sinne von Art. 18 § 2 ICCPR	115
2.	Staatliches Indoktrinieren – zur Interpretation im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention.....	136

III. Schutz des forum internums bezogen auf zugrunde liegende Konflikte zwischen Privaten.....	155
1. Voraussetzung: “Horizontal Effects” der Religionsfreiheit	155
2. Zum Schutzanspruch der Betroffenen, gerichtet auf positives Handeln gegen Private	177
a) Beispiel (1): Konflikte innerhalb einer Religionsgemeinschaft	177
b) Beispiel (2): Erzwungene Mitwirkung bei Abtreibungen in einem privaten Krankenhaus.....	184
c) Beispiel (3): Proselytismus	187
3. Handlungen des Staates auf eigene Initiative, die darauf gerichtet sind, Verletzungen der Menschenrechte durch Private zu verhindern	189
C) KONSEQUENZEN AUS DEM MANGEL AN ÜBERZEUGENDEN AUSLEGUNGSVERSUCHEN.....	211
D) ZUSAMMENFASSUNG DER EIGENEN NEUANSÄTZE	215
3. TEIL: RECHTSVERGLEICH: FEHLENDE JUSTIZIABILITÄT BEI ÄHNLICHER PROBLEMLAGE.....	216
4. TEIL: ZUSAMMENFASSUNG UND FOLGERUNGEN	220
A) EINORDNUNG DES ERGEBNISSES AM BEISPIEL	220
B) DE LEGE FERENDA: ZUM MÖGLICHEN VERZICHT AUF DEN STRAFZWECK DER BESSERUNG DES TÄTERS IM KIRCHLICHEN RECHT.....	224
SUMMARY	229

INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS	XII
QUELLENVERZEICHNIS	XXXVI
RECHTSPRECHUNGSVERZEICHNIS	XL
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XLIV
EINLEITUNG	1
1. TEIL: GEWISSENSFREIHEIT IM KONFLIKT MIT DEM KIRCHLICHEN	
STRAFZWECK DER BESSERUNG DES TÄTERS	4
A) BESSERUNG DES TÄTERS ALS KIRCHLICHER STRAFZWECK – HERLEITUNG UND RECHTFERTIGUNG NACH HERKÖMMLICHER LEHRE	4
I. Verortung im CIC 1983.....	4
1. Fehlen einer umfassenden Strafzweckdoktrin	4
2. Normative Anknüpfungspunkte.....	5
a) Can. 1341 CIC 1983.....	5
b) Poena medicinalis.....	5
c) Beibehaltung der poenae latae sententiae	5
d) Ergebnis.....	6
II. Theologische Rechtfertigung dieses Strafzwecks	6
1. Traditionelle Begründungen kirchlicher Strafgewalt (societas perfecta)	6
2. Sonstige Rechtfertigungsansätze	7
B) GEGENAUFFASSUNG: BESSERUNGSSTRAFRECHT ALS VERSTOß GEGEN DIE GEWISSENSFREIHEIT	9
I. Einbettung der Kritik in eine umfassende Konzeption zur Strafzwecklehre	9
1. Bruch der <i>communio fidei</i>	10
a) Grundsätzliche Erwägungen	10
b) Einzelfragen	12
aa) Poena latae sententiae als Rechtsfolge	12

bb) Ausschluss auch ohne Aufkündigung der <i>communio</i> durch den Täter.....	14
2. Disziplinarrecht/ Verstoß gegen die Ordnung der <i>communio</i> <i>fidelium</i>	15
3. Systematische Erwägungen	16
II. Kernargumentation.....	17
C) DIMENSIONEN DER GEWISSENSFREIHEIT IM KIRCHLICHEN RECHT.....	20
I. Eine erste Annäherung	20
II. Allgemeine Darstellung der Gewissensfreiheit.....	21
1. Lehramtliche Aussagen	21
a) Aus der Zeit vor dem Zweiten Vatikanischen Konzil.....	21
aa) Verurteilung der Lehren des MARSILIUS von Padua und ähnlicher Ansichten	22
bb) GREGOR XVI.	23
cc) Syllabus (PIUS IX.)	23
dd) LEO XIII.....	23
ee) Würdigung der Lehre des 19. Jahrhunderts.....	24
(1) Bedeutung von Wortlaut und Kontext	25
(2) Bezugnahme des Lehramts auf die Theologie mit Blick auf eine positiv entfaltete Gewissenslehre	26
(a) THOMAS VON AQUIN.....	27
(b) John Henry NEWMAN	29
(aa) Kurzüberblick zu seiner Lehre.....	30
(bb) Verteidigung der lehramtlichen Aussagen durch NEWMAN	31
(3) Ergebnis	31
ff) PIUS XII.	32
gg) JOHANNES XXIII.....	34
b) Zweites Vatikanisches Konzil.....	34
aa) <i>Gaudium et spes</i>	34
bb) <i>Dignitatis humanae</i>	36
cc) <i>Lumen gentium</i>	37
dd) Weiteres	37

c) Weltkatechismus	38
d) JOHANNES PAUL II.	39
2. Konzeptionen in der Theologie	43
a) Die Auffassung RATZINGERS	43
b) Weitere Anmerkungen zum Gewissensbegriff	46
aa) Erste christliche Entfaltungen der Begrifflichkeit	46
bb) Verfestigung im Mittelalter	47
cc) Entwicklung bis ins 20. Jahrhundert	47
dd) Fortdauerndes theologisches Arbeiten mit den traditionellen Elementen des Gewissensbegriffs	48
(1) Ganzheitliche Sichtweisen	48
(2) Dialogische Sichtweisen	49
c) Abkehr vom traditionellen Gewissensverständnis	50
d) Gegenreaktion auf ein als zu subjektivistisch verstandenes Gewissensverständnis	52
III. Neupositionierung oder Akzentuierung durch das Zweite Vatikanische Konzil?	54
1. Zur Hermeneutik	54
a) BENEDIKT XVI.	54
b) Unübersteigbarkeit des Wortlauts bei tragenden Passagen	57
2. Zur inhaltlichen Neuheit	57
IV. Definitionsversuche zum Eingriffsbegriff in die Gewissensfreiheit	62
D) STREITENTSCHEIDUNG DURCH KONKRETISIERUNGEN: IST STRAFE ZWANG?	
WAS GILT IM ZWEIFEL?	65
I. Vorbemerkungen	65
1. Hinweise zu einer Prämisse: Zur rechtsmethodischen Herleitung der Gewissensfreiheit als ein übergeordnetes Rechtsprinzip	65
a) Vorrang der Gewissensfreiheit vor dem einfachen Recht	65
b) Rechtsmethodik zur Verdrängung bzw. Modifizierung kirchlichen Rechts durch höherrangiges Naturrecht	68
2. Herleitung der maßgeblichen Fragestellung	69
II. Qualifizierung kirchlicher Strafe als Zwang	73

1.	Zur Definition des Zwanges im Sprachgebrauch	73
2.	Zwang als Spezifikum des Strafrechts.....	74
	a) Deduktion der Zwangswirkung aus der Begrifflichkeit „Strafe“	74
	b) Vergleich der Exkommunikation mit staatlichen Strafen	75
3.	Wirkung einer Exkommunikation als Zwang.....	76
	a) Bezogenheit des Gewissens auf das objektiv Gute (Synteresis bzw. Anamnesis)	77
	b) Verbleibende Freiheit bei der Reaktion auf die Exkommunikation	78
	aa) Zwangseinwirkung verneinende Ansicht	78
	bb) Gegenargumente.....	81
	(1) Zirkulärer Schluss anstelle einer präzisen Beschreibung fehlender Zwangswirkung	81
	(2) Konzeptioneller Widerspruch zwischen Annahme eines Appellcharakters mit Blick auf die Gewissens- freiheit und Bejahung der Zwangsgewalt im Übrigen.....	82
	(3) Unbegrenzte Willensfreiheit verhindert sichere Rückschlüsse.....	85
	(4) Kirchliches Selbstverständnis	87
	c) Fehlende Zwangswirkung mit Blick auf das kirchliche Recht, die Spendung der Sakramente zu ordnen.....	89
	d) Fehlende Zwangswirkung mit Blick auf die ohnehin fehlende Disposition der Straftäter.....	90
	e) Fehlende Zwangswirkung im Vergleich mit der Wirkung des authentischen Lehramts.....	93
	f) Zweifel als Zwischenergebnis.....	93
III.	Zur Beachtung der Tradition als verbindliche Regel in Zweifelsfällen	95
IV.	Zusammenfassung und Konsolidierung	99
E)	ZWISCHENERGEBNIS UND WEITERFÜHRENDES	102
I.	Zum Definitionsversuch „Zwang“	102
II.	Exkurs: Zur Lage bei der poena latae sententiae.....	104

III. Zweifel als Ergebnis? – Rechtsvergleich zum Völkerrecht	106
2. TEIL: DER SCHUTZ DES FORUM INTERNUMS IM VÖLKERRECHT	107
A) EINFÜHRUNG	107
B) KOHÄRENTE AUSLEGUNG DES FORUM INTERNUMS? INTERPRETATIONSSCHWIERIGKEITEN HINSICHTLICH ZWANGS, INDOKTRINIERENS UND WEITERER RECHTSBEGRIFFE IN DIESEM ZUSAMMENHANG.....	110
I. Einige Klärungen und Eingrenzungen	110
1. Eingriff im Bereich innerer Überzeugungen – Zwang und Indoktrinierung als Beispiele eines Eingriffes in ein absolutes Recht	110
2. Terminologie: Gedanken- und Gewissensfreiheit – Innere Überzeugungen im Sinne der Religions- und Weltanschauungsfreiheit.....	112
3. Umfang des geschützten Rechts	115
II. Auslegung von Zwang und Indoktrinieren.....	115
1. Zwang im Sinne von Art. 18 § 2 ICCPR	115
a) Allgemeines.....	115
b) Entstehungsgeschichte	116
c) Aktuelle Interpretationsversuche	123
aa) Human Rights Committee	124
(1) General Comment No. 22	124
(2) Communications und Concluding Observations	127
bb) Lehre.....	133
d) Schlussfolgerung	135
2. Staatliches Indoktrinieren – zur Interpretation im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention.....	136
a) Rechtsprechung	136
b) Würdigung.....	140
aa) Differenzierung zwischen forum internum und bloßem Manifestieren	141

(1) Absoluter Schutz einzig des Innehabens einer Überzeugung, unter Ausschluss aller nach außen sichtbaren Handlungen.....	141
(2) Richtlinien für eine Differenzierung.....	146
bb) Maßstäbe für eine Definition des Indoktrinierens	149
3. Zusammenfassung	154
III. Schutz des forum internums bezogen auf zugrunde liegende Konflikte zwischen Privaten.....	155
1. Voraussetzung: “Horizontal Effects” der Religionsfreiheit	155
a) Zur beispielhaften Auffassung NOWAKS: Allumfassende Anwendbarkeit der Menschenrechte auch zu Lasten Privater	156
aa) Erläuterung dieses Ansatzes	156
bb) Kritische Anmerkungen.....	158
(1) Sachliche Unterschiede oder begriffliche Verwirrung?	158
(2) Umfassende Aufwertung des Schutzes der Menschenrechte?.....	159
(3) Maßgebliche Voraussetzung eines solchen Ansatzes: Bedarf es keiner besonderen Rechtfertigung, um die Anwendbarkeit hinsichtlich Privater zu begründen?	161
(a) Ungleiche Machtverteilung als Argument gegen eine schlichte Gleichsetzung	161
(b) Umsetzungsschwierigkeiten als Argument gegen eine schlichte Gleichsetzung	162
(c) Rechtstheoretische Überlegungen als Argument gegen eine schlichte Gleichsetzung.....	164
cc) Zusammenfassung	166
b) Lösungsansätze in der Rechtsprechung	167
aa) Human Rights Committee	167
(1) General Comment Nr. 31	167
(2) Communications	169
bb) Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	170
c) Eckpunkte zur Anwendbarkeit der Menschenrechte gegen nicht-staatliche Akteure	173

2.	Zum Schutzanspruch der Betroffenen, gerichtet auf positives Handeln gegen Private	177
a)	Beispiel (1): Konflikte innerhalb einer Religionsgemeinschaft	177
b)	Beispiel (2): Erzwungene Mitwirkung bei Abtreibungen in einem privaten Krankenhaus	184
c)	Beispiel (3): Proselytismus (Variante a)	187
3.	Handlungen des Staates auf eigene Initiative, die darauf gerichtet sind, Verletzungen der Menschenrechte durch Private zu verhindern	189
a)	Berechtigung des Staates zur Eigeninitiative – Übereinstimmung mit der Diskussion um die sog. „Horizontal Effects“?	190
b)	Trägt die Auslegung der Schrankenregelung „ <i>Rechte der anderen</i> “ dazu bei, eben diese Rechte auch in anderen Zusammenhängen zu begreifen?	197
aa)	Theoretische Vorbedingung: Was ist mit „Rechten“ im Sinne der Schrankenregelungen gemeint?	198
bb)	Zur Auslegung durch die Rechtsprechung	201
	(1) Proselytismus (Variante b): Kokkinakis	201
	(2) Die Kopftuchfälle	206
C)	KONSEQUENZEN AUS DEM MANGEL AN ÜBERZEUGENDEN AUSLEGUNGSVERSUCHEN	211
I.	Bemühungen um konkrete Definitionsversuche	211
II.	Zurückhaltung hinsichtlich ausufernder Interpretationen des forum internums	214
D)	ZUSAMMENFASSUNG DER EIGENEN NEUANSÄTZE	215
3. TEIL:	RECHTSVERGLEICH: FEHLENDE JUSTIZIABILITÄT BEI ÄHNLICHER PROBLEMLAGE	216

4. TEIL: ZUSAMMENFASSUNG UND FOLGERUNGEN	220
A) EINORDNUNG DES ERGEBNISSES AM BEISPIEL	220
B) DE LEGE FERENDA: ZUM MÖGLICHEN VERZICHT AUF DEN STRAFZWECK DER BESSERUNG DES TÄTERS IM KIRCHLICHEN RECHT.....	224
SUMMARY	229

LITERATURVERZEICHNIS

- AHLERS, Reinhild, Eucharistie, in: *Ecclesia a sacramentis*, Theologische Erwägungen zum Sakramentenrecht, hrsg. v. ders., *L. Gerosa, L. Müller*, Paderborn 1992, 13–25
- ALEXY, Robert, Begriff und Geltung des Rechts, Studienausgabe, Freiburg, München 2002
- ALKEMA, Evert, Statement at the Conference on Freedom of Conscience (Leiden, 1992), in: *Freedom of Conscience*, hrsg. v. *Council of Europe*, Straßburg 1993, 131
- ALTHAUS, Rüdiger, Kommentierung des can. 915, in: *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici* (Loseblattwerk Stand Januar 2008), Bearb. Juli 2004, Band 4 (cann. 834–1054), hrsg. v. *K. Lüdicke*, Essen seit 1984
- Konversion – Abfall vom Glauben oder Freiheit des Glaubens?, in: *Recht auf Mission contra Religionsfreiheit? Das christliche Europa auf dem Prüfstand*, hrsg. v. *P. Krämer, S. Demel, L. Gerosa, A. E. Hierold, L. Müller* (Kirchenrechtliche Bibliothek, hrsg. v. *L. Gerosa, L. Müller*, Bd. 10), Berlin 2007, 189–200
- ANDERSON, Scott Allen, Coercion, in: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, hrsg. v. *E. N. Zalta* (<http://plato.stanford.edu/>), Bearb. Feb. 2006
- AUER, Alfons, Ist die Kirche heute noch „ethisch bewohnbar“?, in: *Moraltheologie im Abseits? Antwort auf die Enzyklika „Veritatis splendor“*, hrsg. v. *D. Mieth*, Freiburg 1994, 296–315
- AYMANS, Winfried, Kirchliche Grundrechte und Menschenrechte, AfkKR 149 (1980), 389–409
- Die kanonistische Lehre von der Kirchengliedschaft im Lichte des II. Vatikanischen Konzils, zuerst in: AfkKR 142 (1973), 397–417; hier zitiert nach der redaktionell überarbeiteten Version in: ders., *Kirchenrechtliche Beiträge zur Ekklesiologie*, Berlin 1995, 65–86
- BAIR, Johann, *The International Covenant on Civil and Political Rights and its (First) Optional Protocol – A Short Commentary Based on Views, General Comments and Concluding Observations by the Human Rights Committee*, Frankfurt a. M., 2005
- Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit aus dem Blickwinkel des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen, in: *Recht – Bürge der Freiheit*, Festschrift für *Johannes Mühlsteiger SJ* zum 80. Geburtstag, hrsg. v. *K. Breitsching, W. Rees*, Berlin 2006
- BAUM, Gregory, Der Mensch in seiner Welt, in: *Die Autorität der Freiheit, Gegenwart des Konzils und Zukunft der Kirche im ökumenischen Disput*, hrsg. v. *J. C. Hampe*, München, Bd. III, 1967, 68–85

- BELELIEU, Christopher D, The Headscarf as a Symbolic Enemy of the European Court of Human Rights' Democratic Jurisprudence: Viewing Islam Through a European Legal Prism in Light of the Sahin Judgment (2006) 12 Colum J Eur L 573–623
- BIELEFELDT, Heiner, The Practical Priority of the Secular Legal Order – A Response to Javid Gadirov in: Religious Pluralism and Human Rights in Europe: Where to Draw the Line?, hrsg. v. *M. L. P. Loenen, J. E. Goldschmidt*, Antwerpen 2007, 97–102
- BLEIBERG, Benjamin D., Unveiling the Real Issue: Evaluating the European Court of Human Rights' Decision to Enforce the Turkish Headscarf Ban in Leyla Sahin v. Turkey (2005) 91 Cornell L Rev 129–169
- BLOCH, Tamara, Die Stellungnahmen der römisch-katholischen Amtskirche zur Frage der Menschenrechte seit 1215, Frankfurt a. M. 2008, zugleich Diss. Heidelberg 2007
- BLOIS, Matthijs de, Two Cities in Conflict, Religious Pluralism and Human Rights, in: Europe: Where to Draw the Line? hrsg. v. *M. L. P. Loenen, JE Goldschmidt*, Antwerpen 2007, 167–183
- BLUM, Nikolaus, Die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 1990
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, Antike und Mittelalter, Tübingen 2002
- Rom hat gesprochen, die Debatte ist eröffnet. Wenn Enzykliken nicht unfehlbar sind, dann laden sie ein zur Kritik: Das päpstliche Lehramt im Licht der Religionsfreiheit, in: FAZ vom 07.12.2005, S. 39
- Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, zuerst veröffentlicht in: Rechtsfragen der Gegenwart, Festgabe für *Wolfgang Hefermehl* zum 65. Geburtstag, Stuttgart 1972, in: Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt a. M., 2. A. 2006, 209–243
- Vorbemerkung zu: Die Anerkennung der Religionsfreiheit – eine kopernikanische Wende, sowie Über die Autorität päpstlicher Lehrenzyklen – am Beispiel der Äußerungen zur Religionsfreiheit (2006), in: Kirche und Christlicher Glaube in den Herausforderungen der Zeit, Beiträge zur politisch-theologischen Verfassungsgeschichte 1957–2002, 2. A. Münster 2007, 193–195 sowie 471–489
- BÖCKENFÖRDE, Werner, Der neue Codex Juris Canonici, NJW 1983, 2532–2540
- BÖSE, Martin, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze (insbesondere § 34 StGB), ZStW 113 (2001), 40–75
- BØRRESEN, Kari Elisabeth, Religion Confronting Women's Human Rights: The Case of Roman Catholicism, in: Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook, hrsg. v. *T. Lindholm, W. C. Durham, Jr., B. G. Tahzib-Lie*, Leiden 2004, 545–559

- BOOZANG, Kathleen M., Deciding the Fate of Religious Hospitals in the Emerging Health Care Market (1995) 31 *Houston L Rev* 1429–1516
- BOROWSKI, Martin, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, Tübingen 2006
- BOSSUYT, Marc J., Guide to the ‘Travaux Préparatoires’ of the International Covenant on Civil and Political Rights, Dordrecht 1987
- BOYLE, Kevin / SHEEN, Juliet (Hg.), Freedom of Religion and Belief – A World Report, London, 1997
- BOYLE, Kevin / SHERIF, Adel Omar (Hg.), Human Rights and Democracy – The Role of the Supreme Constitutional Court of Egypt, London 1996
- BOYLE, Kevin, Freedom of Conscience in International Law, in: Freedom of Conscience, hrsg. v. *Council of Europe*, Straßburg 1993, 37–53
- Freedom of Religion in International Law, in: Religion, Human Rights and International Law, hrsg. v. *J. Rehman, S. C. Breau*, Leiden 2007, 23–51
- BREMS, Eva, The Approach of the European Court of Human Rights to Religion, in: Die Rechtsstellung des Menschen im Völkerrecht. Entwicklungen und Perspektiven, hrsg. v. *T. Marauhn*, Tübingen 2003, 1–19
- BUERGENTHAL, Thomas, To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations, in: The International Bill of Rights – The Covenant on Civil and Political Rights, hrsg. v. *L. Henkin*, New York 1981, 72–91
- BURKHART, Ernst, Gewissen und kirchliches Lehramt, in: Der Wahrheit verpflichtet, Festschrift für *Kurt Krenn* zum 70. Geburtstag, hrsg. v. *J. Kreiml, I. M. Fux*, Graz 2006, 327–346
- CAPARROS, Ernest, Criminal Law Protection of the Human Rights in Civil and Religious Societies, in: The Penal Process and the Protection of Rights in Canon Law – Proceedings of a conference held at the Pontifical University of the Holy Cross Rome, March 25–26, 2004, hrsg. v. *P. M. Dugan*, Montréal 2005, 203–234
- CARLSON, Scott/ GISVOLD, Gregory, Practical Guide to the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), Ardsley 2003
- CARRAGHER, Michael, The Raison D’Être of Punishment, in: Processo penale e tutela dei diritti nell’ordinamento canonico, hrsg. v. *D. Cito*, Mailand 2005, 449–467
- CATTANEO, Arturo, Grundfragen des Kirchenrechts bei Klaus Mörsdorf, Synthese und Ansätze einer Wertung, deutsche Übersetzung von Questioni Fondamentali della Canonistica nel Pensiero die Klaus Mörsdorf durch *M. Walser*, Kanonistische Studien und Texte Bd. 24, hrsg. v. *G. May*, Amsterdam 1991

- Der konziliare Beitrag zur Theologie der Teilkirche, in: *Communio in ecclesiae mysterio – Festschrift für Winfried Aymans zum 65. Geburtstag*, hrsg. v. *K.-T. Geringer* und *H. Schmitz*, St. Ottilien 2001, 41–60
- CHINKIN, Christine, Women’s Human Rights and Religion: How do they Co-Exist? in: *Religion, Human Rights and International Law*, hrsg. v. *J. Rehman*, *S. C. Breau*, Leiden, 2007, 53–78
- CLAPHAM, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford 2006
- CORRECO, Eugenio, Der Katalog der Pflichten und Rechte des Gläubigen im CIC, in: *Ministerium Justitiae, Festschrift für Heribert Heinemann zur Vollendung des 60. Lebensjahres*, hrsg. v. *A. Gabriels*, *H. J. F. Reinhardt*, Essen 1985, 179–202
- CUMPER, Peter, Freedom of Thought, Conscience, and Religion, in: *The International Covenant on Civil and Political Rights and United Kingdom Law*, hrsg. v. *D. Harris*, *S. Joseph*, Oxford 1995, 355–389
- Inciting Religious Hatred: Balancing Free Speech and Religious Sensibilities in a Multi-Faith Society, in: *Does God Believe in Human Rights? – Essays on Religion and Human Rights*, hrsg. v. *N. Ghanea*, *A. Stephens*, *R. Walden*, Leiden 2007, 233–258
- DE JONG, Cornells Dennis, *The Freedom of Thought, Conscience and Religion or Belief in the United Nations (1946–1992)*, Antwerpen 2000
- Freedom of Religion and Belief in the Light of Recent Challenges: Needs, Clashes and Solutions, in: *Does God Believe in Human Rights? – Essays on Religion and Human Rights*, hrsg. v. *N. Ghanea*, *A. Stephens*, *R. Walden*, Leiden 2007, 181–205
- DE MORTANGES, René Pahud, *Zwischen Vergebung und Vergeltung, Eine Analyse des kirchlichen Straf- und Disziplinarrechts*, zugleich Habil. Freiburg (Schweiz) 1991, Baden-Baden 1992
- DE PAOLIS, Velasio, *Aspectus theologici et iuridice in sistemate poenali canonico*, *PerRMCL* 75 (1986), 221–254
- The Application of Penalties (cann. 1341–1353) sowie Commentary: can. 1341, in: *Exegetical Commentary on the Code of Canon Law, Volume IV/1*, hrsg. v. *A. Marzoa*, *J. Miras*, *R Rodríguez-Ocaña* und für die englische Edition zusätzlich *E. Caparros*, Montréal 2004, 358–363
- Penal Sanctions, Penal Remedies and Penances in Canon Law, in: *The Penal Process and the Protection of Rights in Canon Law – Proceedings of a conference held at the Pontifical University of the Holy Cross Rome, March 25–26, 2004*, hrsg. v. *P. M. Dugan*, Montréal 2005, 145–182

- DEFEIS, Elizabeth F., Religious Liberty and Protections in Europe (2007) 45 *J Catholic Legal Studies* 73–114
- DEMEL, Sabine, Abtreibung zwischen Straffreiheit und Exkommunikation – Weltliches und kirchliches Strafrecht auf dem Prüfstand, Stuttgart 1995, zugleich Habil. Eichstätt 1995
- Zwischen Seelsorge und Ökumene – Das neue Verständnis von Mission seit dem II. Vatikanischen Konzil und seine Umsetzung im CIC/1983, in: *Recht auf Mission contra Religionsfreiheit? Das christliche Europa auf dem Prüfstand*, hrsg. v. P. Krämer, S. Demel, L. Gerosa, A. E. Hierold, L. Müller (Kirchenrechtliche Bibliothek, hrsg. v. L. Gerosa, L. Müller, Bd. 10), Berlin 2007, 89–112
- DENLI, Özlem, Between Laicist State Ideology and Modern Public Religion: The Head-Cover Controversy in Contemporary Turkey, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, hrsg. v. T. Lindholm, W. C. Durham, Jr., B. G. Tahzib-Lie, Leiden 2004, 497–511
- DENZINGER, Heinrich/ HÜNERMANN, Peter, Kompendium der Glaubensbekenntnisse und kirchlichen Lehrentscheidungen, Freiburg, Basel, Wien, 40. A. 2005
- DIJK, van P. / HOOF, van G. J. H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag, 3 A. 1998; Deventer, 2. A. 1990
- DONNELLY, Jack, *International Human Rights*, Boulder, 3. A. 2007
- The Relative Universality of Human Rights (2007) 29 *HRQ* 281–306
- Human Rights: Both Universal and Relative (A Reply to Goodhart) (2008) 30 *HRQ* 194–204
- DURHAM, W. Cole, Jr., Facilitating Freedom of Religion or Belief Through Religious Association Laws, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, hrsg. v. T. Lindholm, ders., B. G. Tahzib-Lie, Leiden 2004, 321–405
- DURHAM, W. Cole, Jr./ WOOD, Mary Anne Q./ CONDIE, Spencer J., Accomodation of Conscientious Objection to Abortion: A Case Study of the Nursing Profession [1982] *BYUL Rev* 253–370
- EHLERS, Dirk, Allgemeine Lehren/ EMRK, in: *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, hrsg. v. dems., Berlin, 2. A. 2005, 23–62
- EICHOLT, Bernd, Geltung und Durchbrechungen des Grundsatzes „nullum crimen nulla poena sine lege“ im kanonischen Recht, insbesondere in c. 1399 CIC/1983, (Adnotationes in ius canonicum, hrsg. v. E. Güthoff, K.-H. Selge, Bd. 43), Frankfurt a. M. 2006

- ELTAYEB, Mohamed, Legal Protection of the Right to Freedom of Thought, Conscience, and Religion or Belief in Muslim Countries, in: *Freedom of Religion: A Precious Human Right – A Survey of Advantages and Drawbacks*, hrsg. v. *J. M. M. Naber*, Assen 2000, 100–118
- EMON, Anver M., On the Pope, Cartoons, and Apostates: Shari'a 2006 (2006–2007) 22 *J L & Religion* 303–321
- ERDÖ, Péter, The Theological Foundations of Canon Law According to the Works of John Henry Newman, in *Folia Theologica* 1 (1990), 115–130
- *Theologie des Kanonischen Rechts, Ein systematisch-historischer Versuch (Kirchenrechtliche Bibliothek*, hrsg. v. *L. Gerosa, L. Müller*, Bd. 1), Münster 1999
- *Die Quellen des Kirchenrechts (Adnotationes in ius canonicum*, hrsg. v. *E. Güthoff, K.-H. Selge*, Bd. 23), Frankfurt a. M. 2002
- *Die Wirksamkeit des kanonischen Strafsystems. Fragen zur Verhängung von Kirchenstrafen auf dem Verwaltungsweg*, in: *Iudicare inter fideles, Festschrift für Karl-Theodor Geringer zum 65. Geburtstag*, hrsg. v. *W. Aymans, S. Haering, H. Schmitz*, Sankt Ottilien 2002, 77–91
- EVANS, Carolyn / THOMAS, Christopher A., Church-State Relations in the European Court of Human Rights [2006] *BYUL Rev* 699–725
- EVANS, Carolyn, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford 2001
- *Religious Freedom in European Human Rights Law: The Search for a Guiding Conception*, in: *Religion and International Law*, hrsg. v. *M. W. Janis*, ders., Leiden 2004 (Paperback, Nachdruck der Hardcoverausgabe 1999) 385–400
- *The 'Islamic Scarf' in the European Court of Human Rights* (2006) 7 *Melbourne J Intl L* 52–73
- EVANS, Malcolm D., *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge 1997
- *Believing in Communities, European Style*, in: *The Challenge of Religious Discrimination at the Dawn of the New Millennium*, hrsg. v. *N. Ghanea*, Leiden 2003, 133–155
- *Historical Analysis of Freedom of Religion or Belief as a Technique for Resolving Religious Conflicts*, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, hrsg. v. *T. Lindholm, W. C. Durham, Jr., B. G. Tahzib-Lie*, Leiden 2004, 1–17
- *Introduction*, in: *Does God Believe in Human Rights? – Essays on Religion and Human Rights*, hrsg. v. *N. Ghanea, A. Stephens, R. Walden*, Leiden 2007, 1–16

- FARIS, John D., Penal Law in the Catholic Churches: A Comparative Overview, in: *Folia Canonica* 2 (1999) 53–93
- FROWEIN, Jochen Abr., Die Bedeutung des Art. 9 EMRK, in: *Die Einigung Europas und die Staat-Kirche-Ordnung – Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche* (Bd. 27), hrsg. v. *H. Heinemann, H. Marré*, Münster 1993, 46–60
- Religionsfreiheit und internationaler Menschenrechtsschutz, in: *Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht – Völker- und verfassungsrechtliche Perspektiven*, hrsg. v. *R. Grote* und *T. Marauhn* (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, hrsg. v. *Frowein, Wolfrum*, Bd. 146) Berlin 2001, 243–252
- Religion and Religious Symbols in European and International Law, in: *Religion in the Public Sphere: A Comparative Analysis of German, Israeli, American and International Law*, hrsg. v. *W. Brugger, M. Karayanni*, Berlin, 2007, 243–252
- GARLICKI, Lech, Relations between Private Actors and the European Convention on Human Rights, in: *The Constitution in Private Relations, Expanding Constitutionalism*, hrsg. v. *A. Sajó, R. Uitz*, Utrecht 2005, 129–143
- GEROSA, Libero, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam, *Theologische Erwägungen zur Grundlegung und Anwendbarkeit der kanonischen Sanktionen*, Paderborn 1995, zugleich ist Teil I die deutsche Übersetzung der Dissertation „La scomunica è una pena?“, Fribourg 1984
- Dialogbeiträge, in: *Kirche ohne Recht? Stand und Aufgaben der Kirchenrechtswissenschaft heute*, *Libero Gerosa* und *Ludger Müller* im Gespräch, Paderborn 2003
- „Communio“ und „Excommunicatio“, in: „Strafrecht“ in einer Kirche der Liebe – Notwendigkeit oder Widerspruch?, hrsg. v. *L. Müller, A. E. Hierold, S. Demel, L. Gerosa, P. Krämer* (Kirchenrechtliche Bibliothek, hrsg. v. *L. Gerosa, L. Müller*, Bd. 9), Berlin 2006, 97–110
- Religionsfreiheit und Absolutheitsanspruch der Religionen, in: *Recht auf Mission contra Religionsfreiheit? Das christliche Europa auf dem Prüfstand*, hrsg. v. *P. Krämer, S. Demel, L. Gerosa, A. E. Hierold, L. Müller* (Kirchenrechtliche Bibliothek, hrsg. v. *L. Gerosa, L. Müller*, Bd. 10), Berlin 2007, 83–88
- GHANEA, Nazila, The 1981 UN Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief: Some Observations, in: *The Challenge of Religious Discrimination at the Dawn of the New Millennium*, hrsg. v. *N. Ghanea*, Leiden 2003, 9–31
- Apostasy and Freedom to Change Religion or Belief, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, hrsg. v. *T. Lindholm, W. C. Durham, Jr., B. G. Tahzib-Lie*, Leiden 2004, 669–688

- GOLSER, Karl, Gewissen, in: Neues Lexikon der christlichen Moral, hrsg. v. H. Rotter, G. Virt, Innsbruck, Wien 1990, 278–286
- GOODHART, Michael E, Neither Relative nor Universal: A Response to Donnelly (2008) 30 HRQ 183–193
- GONZÁLES DEL VALLE, José M., The Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion or Belief in Spain (2005) 19 Emory Intl L Rev 1033–1086
- GRABENWARTER, Christoph, Europäische Menschenrechtskonvention, München, 2. A. 2005
- GREEN, Thomas J., Penal Law: A Review of Selected Themes, The Jurist 50 (1990), 221–256
- Penal Law: Reflectiones on the Eastern Code Revision Process, The Jurist 51 (1991), 18–37
- GRIEF, Nicholas, British Quakers, the Peace Tax and International Law, in: Religion and International Law, hrsg. v. M. W. Janis, C. Evans, Leiden 2004 (Paperback, Nachdruck der Hardcoverausgabe 1999) 339–355
- GROCHTMANN, Ansgar, Rezension zu Funke, Die Religionsfreiheit im Verfassungsrecht der USA (Berlin, 2006), DPM 14 (2007), im Erscheinen
- GRUBB, Andrew, Case Comment on *R v Salford Health Authority, ex parte Janaway* [1988] 2 WLR 442 [1988] Cambridge L J 162–165
- GRÜNDEL, Johannes, Verbindlichkeit und Reichweite des Gewissensspruches, in: Das Gewissen, Subjektive Willkür oder oberste Norm, hrsg. v. dems., Düsseldorf 1990, 99–126
- GUGGENBERGER, Alois, Die Würde der menschlichen Person, in: Die Kirche in der Welt von heute, hrsg. v. W. Sandfuchs, Würzburg 1966, 12–33
- GULLO, Carlo, Reasons for Legal Protection in a Penal Environment, in: The Penal Process and the Protection of Rights in Canon Law – Proceedings of a conference held at the Pontifical University of the Holy Cross Rome, March 25–26, 2004, hrsg. v. P. M. Dugan, Montréal 2005, 129–144
- GUNN, Jeremy, Adjudicating Rights of Conscience Under the European Convention on Human Right, in: Religious Human Rights in Global Perspective, hrsg. v. J. D. van der Vyver, J. Witte, Jr., Den Haag 1999, 305–330
- GÜTHOFF, Elmar, Kanonistische Erwägungen zur eigenständigen Bedeutung der Apostasie, in: Iudicare inter fideles, Festschrift für Karl-Theodor Geringer zum 65. Geburtstag, hrsg. v. W. Aymans, S. Haering, H. Schmitz, Sankt Ottilien 2002, 109–119

- HABERMAS, Jürgen, Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates?, in: *Habermas/Ratzinger, Dialektik der Säkularisierung, Über Vernunft und Religion*, Freiburg 2005, 15–37
- HAFNER, Felix, Kirchen im Kontext der Grund- und Menschenrechte, Freiburger Veröffentlichungen auf dem Gebiete von Kirche und Staat, Bd. 36, hrsg. v. *L. Carlen*, Freiburg (Schweiz) 1992, zugleich Habil. Basel 1991
- HAGEN, August, Die kirchliche Mitgliedschaft, Rottenburg am Neckar 1938
- HAMMER, Leonard M., *The International Human Right to Freedom of Conscience*, Aldershot 2001
- HÄRING, Bernhard, Ethik des Mit-Seins in Wahrheit und Liebe, in: *Die Autorität der Freiheit, Gegenwart des Konzils und Zukunft der Kirche im ökumenischen Disput*, hrsg. v. *J. C. Hampe*, Bd. III, München, 1967, 113–119
- HARRIS, D. J./ O'BOYLE, M./ WARBRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, London 1995
- HARTKAMP, A. S., *Der Zwang im Römischen Privatrecht*, Amsterdam 1971
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1821, neu editierte Ausgabe, mit HEGELS eigenhändigen Notizen und mündlichen Zusätzen, von *E. Modenhauer, K. M. Michel*, Frankfurt a. M. 1970
- HEINEMANN, Heribert, *Die rechtliche Stellung der nichtkatholischen Christen und ihre Wiederversöhnung mit der Kirche*, München 1964, zugleich Diss. München 1960/61
- *Menschenrechte? Eine Anfrage an das Kirchenrecht*, ÖAfKR 25 (1974) 238–255
- HEINZMANN, Richard, *Der Mensch als Person, Zum Verständnis des Gewissens bei Thomas von Aquin*, in: *Das Gewissen, Subjektive Willkür oder oberste Norm*, hrsg. v. *J. Gründel*, Düsseldorf 1990, 34–52
- HENDRIKS, Aart, *Dealing with Different Religious Convictions and Practices*, in: *Religious Pluralism and Human Rights in Europe: Where to Draw the Line?*, hrsg. v. *M. L. P. Loenen, J. E. Goldschmidt*, Antwerpen 2007, 147–154
- HENKIN, Louis, *Introduction*, in: *The International Bill of Rights – The Covenant on Civil and Political Rights*, hrsg. v. *dems.*, New York 1981, 1–31
- HERBE, Donald W., *The Right to Refuse: A Call for Adequate Protection of a Pharmacist's Right to Refuse Facilitation of Abortion and Emergency Contraception* (2004) 17 *J L & Health* 77–102
- HERDEGEN, Matthias, *Völkerrecht*, München, 5. A. 2006

- HERVADA, Javier / LOMBARDÍA, Pedro, Prologue I – Introduction to Canon Law, in: Exegetical Commentary on the Code of Canon Law, Volume I, hrsg. v. *A. Marzoa, J. Miras, R. Rodríguez-Ocaña* und für die englische Edition zusätzlich *E. Caparros*, Montréal 2004, 1–119
- HESSBRUEGGE, Jan Arno, Human Rights Violations Arising From Conduct of Non-State Actors (2005) 11 *Buff Hum Rts L Rev* 21–88
- HIEROLD, Alfred E., Vom Sinn und Zweck kirchlicher Strafe, in: *Ministerium Justitiae*, Festschrift für *Heribert Heinemann* zur Vollendung des 60. Lebensjahres, hrsg. v. *André Gabriels* und *Heinrich J. F. Reinhardt*, Essen 1985, 331–341
- HILPERT, Konrad, Die Menschenrechte – Geschichte, Theologie, Aktualität, Düsseldorf 1991
- HONECKER, Martin, Testimonium conscientiae. Was ist norma proxima des sittlichen Urteils?, in: *Der Streit um das Gewissen*, hrsg. v. *G. Höver, L. Honnefelder*, zugleich Gedenkschrift für *Franz Böckle*, Paderborn, München, Wien, Zürich 1993, 83–92
- HOUTEPEN, Anton, From Freedom of Religion Towards a Really Free Religion, in: *Freedom of Religion: A Precious Human Right – A Survey of Advantages and Drawbacks*, hrsg. v. *J. M. M. Naber*, Assen 2000, 43–53
- HÖVER, Gerhard, Normativität und Gewissen, in: *Der Streit um das Gewissen*, hrsg. v. dems., *L. Honnefelder*, zugleich Gedenkschrift für *Franz Böckle*, Paderborn, München, Wien, Zürich 1993, 11–24
- HUIZING, Peter, Delikte und Strafen, *Concilium* 3 (1967), 657–664
- HUIZING, Peter / BASSETT, William, Glauben auf Befehl? Rechtsprobleme rund um die Lehrautorität, *Concilium* 12 (1976), 405–409
- HÜNERMANN, Peter, Der Text: Werden – Gestalt – Bedeutung. Eine hermeneutische Reflexion, in: *Herders theologischer Kommentar zum Zweiten Vatikanischen Konzil*, hrsg. v. dems., *B. J. Hilberath*, Band 5, Freiburg, Basel, Wien, 2006, 5–101
- IPGRAVE, Michael, Religion in a Democratic Society: Safeguarding Freedom, Acknowledging Identity, Valuing Partnership, in: *Does God Believe in Human Rights? – Essays on Religion and Human Rights*, hrsg. v. *N. Ghanea, A. Stephens, R. Walden*, Leiden 2007, 45–64
- ISENSEE, Josef, Keine Freiheit für den Irrtum – Die Kritik der katholischen Kirche des 19. Jahrhunderts an den Menschenrechten als staatsphilosophisches Paradigma, in: *Menschenrechte und Menschenwürde: Historische Voraussetzungen – säkulare Gestalt – christliches Verständnis*, hrsg. v. *E.-W. Böckenförde, R. Spaemann*, Stuttgart 1987, 138–174; ferner namensgleicher Aufsatz veröffentlicht in *ZRG Kan. Abt. 73* (1987), 296–336

- JANIS, Mark Weston, Faith, the State, and the Humility of International Law (2007) 45 J Catholic Legal Studies 59–72
- JONE, Heribert, Gesetzbuch der lateinischen Kirche, Erklärung der Kanones, I. Band, Allgemeine Normen und Personenrecht, Kan. 1 – Kan. 725, Paderborn, 2. A. 1950
- JOSEPH, Sarah / SCHULTZ, Jenny / CASTAN, Melissa, The International Covenant on Civil and Political Rights, Cases, Materials, and Commentary, Oxford, 2. A. 2004
- JOSEPH, Sarah, United Nations Human Rights Committee: Recent Cases (2006) 6 Hum Rts L Rev 361–377
- KADIVAR, Mohsen, Freedom of Religion and Belief in Islam, in: The New Voices of Islam, hrsg. v. dems., London 2006, 119–142
- KAHN, Robert A., Cross-Burning, Holocaust Denial, and the Development of Hate Speech Law in the United States and Germany (2006) 83 U Detroit Mercy L Rev 163–194
- KAISER, Matthäus, Der gute Glaube im Codex Iuris Canonici, zugleich Habil. München 1963/64, München 1965
- KANT, Immanuel, Metaphysik der Sitten, hrsg. v. K. Vorländer, Band 42 der philosophischen Bibliothek, Leipzig, 3. A. 1919, Erstveröffentlichung der hier zitierten Abschnitte 1797
- KASPER, Walter, Theologische Bestimmung der Menschenrechte im neuzeitlichen Bewußtsein von Freiheit und Geschichte, in: ders., Theologie und Kirche, Bd. I, Mainz 1987, 176–193, zuerst veröffentlicht in: Modernes Freiheitsethos und christlicher Glaube, hrsg. v. Schwartländer, München 1981, 285–302
- Wahrheit und Freiheit – Die „Erklärung über die Religionsfreiheit“ des II. Vatikanischen Konzils, Vortrag vom 28.11.1987, Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse, Bericht 4, Jahrgang 1988, 5–41
- Religionsfreiheit als theologisches Problem, in: Freiheit der Religion – Christentum und Islam unter dem Anspruch der Menschenrechte, hrsg. v. J. Schwartländer, Forum Weltkirche: Entwicklung und Frieden, Bd. 2, Mainz 1993, 210–229
- KAUFMANN, Beat, Das Problem der Glaubens- und Überzeugungsfreiheit im Völkerrecht, Zürich 1989
- KÉRY, Lotte, Canonica severitas und amor correctionis – Zur Ausbildung des kirchlichen Strafrechts im Spannungsfeld zwischen Strafanspruch und Besserungsverlangen, in: „Strafrecht“ in einer Kirche der Liebe – Notwendigkeit oder Widerspruch?, hrsg. v. L. Müller, A. E. Hierold, S. Demel, L. Gerosa, P. Krämer (Kirchenrechtliche Bibliothek, hrsg. v. L. Gerosa, L. Müller, Bd. 9), Berlin 2006, 23–42

- Gottesfurcht und irdische Strafe, Köln 2006, zugl. Habil. Bonn 2003
- KIMMINICH, Otto, Religionsfreiheit als Menschenrecht, Untersuchung zum gegenwärtigen Stand des Völkerrechts, Mainz 1990
- KISS, Alexandre Charles, Permissible Limitations on Rights, in: *The International Bill of Rights – The Covenant on Civil and Political Rights*, hrsg. v. *L. Henkin*, New York 1981, 290–310
- KLEIN, Eckart, SCHÄFER, Bernhard, Religionsfreiheit und Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, in: *Religion und Internationales Recht*, hrsg. v. *A. Zimmermann*, Berlin 2006
- KNEIB, Michael, Entwicklungen im Verständnis der Gewissensfreiheit, Zur Rezeption der Gewissensfreiheit durch die katholische Moraltheologie und das kirchliche Lehramt zwischen 1832 und 1965, Frankfurt a. M. 1996, zugleich Diss. Trier 1994/1995
- KNIGHTS, Samantha, Religious Symbols in the School: Freedom of Religion, Minorities and Education [2005] *Eur Human Rights L* 499–516
- Freedom of Religion, Minorities, and the Law, Oxford 2007
- KOKOTT, Juliane, Kommentierung des Art. 16 GG, in: *Grundgesetz, Kommentar*, hrsg. v. *M. Sachs*, 4. Auflage München 2007
- KOTZULA, Stephan, Zur Exkommunikation im CIC/1983, Eine Definitionsmöglichkeit vom Communiobegriff her, *AfkKR* 156 (1987), 432–459
- KRÄMER, Peter, Religionsfreiheit in der Kirche: Das Recht auf religiöse Freiheit in der kirchlichen Rechtsordnung, Trier 1981
- Menschenrechte – Christenrechte, Das neue Kirchenrecht auf dem Prüfstand, in: *Ministerium Justitiae, Festschrift für Heribert Heinemann zur Vollendung des 60. Lebensjahres*, hrsg. v. *André Gabriels* und *Heinrich J. F. Reinhardt*, Essen 1985, 169–177
- Kirchenrecht I, Wort – Sakrament – Charisma, Stuttgart, Berlin, Köln 1992
- Die Zugehörigkeit zur Kirche, § 15, in: *Handbuch des katholischen Kirchenrechts*, hrsg. v. *J. Listl*, *H. Schmitz*, Regensburg, 2. A. 1999, 200–209
- Religionsfreiheit und Absolutheitsanspruch der Religionen – aus der Perspektive des Christentums, Recht auf Mission contra Religionsfreiheit? Das christliche Europa auf dem Prüfstand, hrsg. v. *P. Krämer*, *S. Demel*, *L. Gerosa*, *A. E. Hierold*, *L. Müller*, (Kirchenrechtliche Bibliothek, hrsg. v. *L. Gerosa*, *L. Müller*, Bd. 10), Berlin 2007, 35–51

- Strafen in einer Kirche der Liebe, in: „Strafrecht“ in einer Kirche der Liebe – Notwendigkeit oder Widerspruch?, hrsg. v. *L. Müller, A. E. Hierold, S. Demel, L. Gerosa, P. Krämer* (Kirchenrechtliche Bibliothek, hrsg. v. *L. Gerosa, L. Müller*, Bd. 9), Berlin 2006, 9–22
- KRÄTZL, Helmut, Öffnung der Kirche zur Welt – Neue Sicht des Menschen, der Ehe und der irdischen Wirklichkeit, Anmerkungen zu *Gaudium et Spes*, besonders zu den Artikeln 12–17; 22; 36; 40–45; 47–52, S. 27–42, in: *Zweites Vatikanisches Konzil – Ende oder Anfang?*, hrsg. v. *A. E. Hierold*, Münster 2004, 27–42
- KRIELE, Martin, Grundprobleme der Rechtsphilosophie, Münster, 2. A. 2004
- KRISHNASWAMI, Arcot, ‘Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices’ (1960) UN Doc E/CN.4/Sub.2/200/Rev.1
- LANGLAUDE, Sylvie, Indoctrination, Secularism, Religious Liberty, and the ECHR (2006) 55 ICLQ 929–944
- LAUN, Andreas, Das Gewissen – Oberste Norm sittlichen Handelns, Innsbruck 1984
- LEHMANN, Karl, Hermeneutik für einen künftigen Umgang mit dem Konzil, in: *Zweites Vatikanisches Konzil – Ende oder Anfang?*, hrsg. v. *A. E. Hierold*, Münster 2004, 57–74
- LERNER, Natan, The Nature and Minimum Standards of Freedom of Religion or Belief, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, hrsg. v. *T. Lindholm, W. C. Durham, Jr., B. G. Tahzib-Lie*, Leiden 2004, 63–83
- Religion, Secular Beliefs and Human Rights, 25 Years After the 1981 Declaration, *Studies in Religion, Secular Beliefs, and Human Rights*, Vol. 2, Leiden 2006
- LILLICH, Richard B., Civil Rights, in: *Human Rights in International Law, Legal and Policy Issues*, Volume I, hrsg. v. *T. Meron*, Oxford 1984, 69–113
- LINDHOLM, Tore, Philosophical and Religious Justification of Freedom of Religion or Belief, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, hrsg. v. *dems., W. C. Durham, Jr., B. G. Tahzib-Lie*, Leiden 2004, 19–61
- LINDHOLM, Tore/ DURHAM, W. Cole, Jr./ TAHZIB-LIE, Bahia G./ GHANEA, Nazila, Introduction, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, hrsg. v. *dems.*, Leiden 2004, xxvii–xliii
- LING, Michael Andreas, Zum gegenwärtigen kirchlichen Strafrecht, *JZ* 2004, 596–605
- LÜDICKE, Klaus, Kommentierung der *cann. 1311–1399*, in: *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici (Loseblattwerk Stand Januar 2008)*, Band 6 (*cann. 1311–1752*), hrsg. v. *dems.*, Essen seit 1984

- LUF, Gerhard, Der Begriff der Freiheit als Grundlage der Menschenrechte in ihrem christlich-theologischen Verständnis, in: *Menschenrechte und Menschenwürde: Historische Voraussetzungen – säkulare Gestalt – christliches Verständnis*, hrsg. v. *E.-W. Böckenförde, R. Spaemann*, Stuttgart 1987, 119–137
- Gewissen und Recht, Erwägungen zu strukturellen Gemeinsamkeiten im staatlichen und kirchlichen Recht, *ÖAfKR* 38 (1989), 18–36
- Glaubensfreiheit und Glaubensbekenntnis, § 67, in: *Handbuch des katholischen Kirchenrechts*, hrsg. v. *J. Listl, H. Schmitz*, Regensburg, 2. A. 1999, 700–708
- MARGIOTTA-BROGLIO, Francesco, Statement at the Conference on Freedom of Conscience (Leiden, 1992), in: *Freedom of Conscience*, hrsg. v. *Council of Europe*, Straßburg 1993, 132
- MARÍNEZ-TORRÓN, Javier / NAVARRO-VALLS, Rafael, The Protection of Religious Freedom in the System of the Council of Europe, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, hrsg. v. *T. Lindholm, W. C. Durham, Jr., B. G. Tahzib-Lie*, Leiden 2004, 209–238
- MARÍNEZ-TORRÓN, Javier, Limitations on Religious Freedom in the Case Law of the European Court of Human Rights (2005) *19 Emory Intl L Rev* 587–636
- MARTIN, Francisco Forrest/ SCHNABLY, Stephen J./ WILSON, Richard J./ SIMON, Jonathan S./ TUSHNET, Mark V., *International Human Rights and Humanitarian Law, Treaties, Cases and Analysis*, Cambridge 2006
- MARTINEZ-RUIZ, Luis Fernando, Statement at the Conference on Freedom of Conscience (Leiden, 1992), in: *Freedom of Conscience*, hrsg. v. *Council of Europe*, Straßburg 1993, 130–131
- MARZOA, Ángel, Introduction cc. 1311–1399, in: *Exegetical Commentary on the Code of Canon Law, Volume IV/1*, hrsg. v. *A. Marzoa, J. Miras, R Rodríguez-Ocaña* und für die englische Edition zusätzlich *E. Caparros*, Montréal 2004, 196–207
- MAY, Georg, Das Verhältnis von Gesetz und Gewissen im kanonischen Recht, dargestellt an den cc. 915/916 CIC/1983, *Forum Katholische Theologie* 9 (1993) 117–130
- Das Verhältnis von Gesetz und Gewissen angesichts der kanonischen Rechtsordnung, in: *Neue Positionen des Kirchenrechts*, hrsg. v. *K. Lüdicke, H. Paarhammer, D. A. Binder*, Graz 1994, 49–79
- MAY, Georg/ EGLER, Anna, *Einführung in die kirchenrechtliche Methode*, Regensburg 1986
- MAYER, Jean-François, Freedom of Conscience and the New Religious Pluralism: Questions regarding ‘Sects’, in: *Freedom of Conscience*, hrsg. v. *Council of Europe*, Straßburg 1993, 54–63

- MEISNER, Joachim, Das Gewissen – normierte Norm des Handelns, in: Der Wahrheit verpflichtet, Festschrift für *Kurt Krenn* zum 70. Geburtstag, hrsg. v. *J. Kreiml, I. M. Fux*, Graz 2006, 169–175
- MELINA, Livio, Gewissen, Freiheit und Lehramt, *Forum Katholische Theologie* 9 (1993), 241–259
- MERON, Theodor, *The Humanization of International Law*, Den Haag Academy of International Law Monographs, Volume 3, Leiden 2006
- MEYER-LADEWIG, Jens, *Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar*, Baden-Baden, 2. A. 2006
- MEYERS großes Taschenlexikon (Chefredaktion: Digel/Kwiatkowski), Mannheim, Wien, Zürich, 3. A. 1990
- MIETH, Dietmar, Die Moralenzyklika, die Fundamental-moral und die Kommunikation in der Kirche, in: *Moraltheologie im Abseits? Antwort auf die Enzyklika „Veritatis splendor“*, hrsg. v. *dems.*, Freiburg, Basel, Wien 1994, 9–24
- MINNERATH, Roland, *The Right to Autonomy in Religious Affairs*, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, hrsg. v. *T. Lindholm, W. C. Durham, Jr., B. G. Tahzib-Lie*, Leiden 2004, 291–319
- MÖRS DORF, Klaus, *Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex Iuris Canonici*, begründet von Eduard *Eichmann*, III. Band: Prozeß- und Strafrecht, Paderborn, 6. A. 1950; 10. A. 1959
- *Der Codex Iuris Canonici und die nichtkatholischen Christen*, AfkKR 130 (1961), 31–58
- MOWBRAY, Alastair, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights* Oxford 2001 (Nachdruck 2004)
- MÜLLER, Hubert, Freiheit in der kirchlichen Rechtsordnung? Die Frage nach individueller und gemeinschaftlicher Verwirklichung von Freiheit im kanonischen Recht. *Heinrich Flatten* zur Vollendung des 75. Lebensjahres, AfkKR 150 (1981) 445–476
- MÜLLER, Ludger, Dialogbeiträge, in: *Kirche ohne Recht? Stand und Aufgaben der Kirchenrechtswissenschaft heute*, *Libero Gerosa* und *Ludger Müller* im Gespräch, Paderborn 2003
- *Warum und wozu kirchliche Sanktionen?*, in: *„Strafrecht“ in einer Kirche der Liebe – Notwendigkeit oder Widerspruch?*, hrsg. v. *L. Müller, A. E. Hierold, S. Demel, L. Gerosa, P. Krämer* (Kirchenrechtliche Bibliothek, hrsg. v. *L. Gerosa, L. Müller*, Bd. 9), Berlin 2006, 183–202

- Glaubensabwerbung – ein legitimes Mittel der Mission?, in: *Recht auf Mission contra Religionsfreiheit? Das christliche Europa auf dem Prüfstand*, hrsg. v. *P. Krämer, S. Demel, L. Gerosa, A. E. Hierold, L. Müller*, (Kirchenrechtliche Bibliothek, hrsg. v. *L. Gerosa, L. Müller*, Bd. 10), Berlin 2007, 113–120
- MURRAY, Rachel/ EVANS, Malcolm (Hg.), *Documents of the African Commission on Human and Peoples' Rights*, Oxford 2001
- MUTUA, Makau wa, *Limitations on Religious Rights: Problematizing Religious Freedom in the African Context*, in: *Religious Human Rights in Global Perspective*, hrsg. v. *J. D. van der Vyver, J. Witte, Jr.*, Den Haag 1999, 417–440
- *Limitations on Religious Rights: Problematizing Religious Freedom in the African Context* (1999) 5 *Buff Hum Rts L Rev* 75–105
- *Returning to my Roots*, in: *Proselytization and Communal Self-Determination in Africa*, hrsg. v. *A. A. An-Na'im*, Maryknoll 1999, 169–190
- *Human Rights – A Political and Cultural Critique*, Philadelphia 2002
- *Proselytism and Cultural Integrity*, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, hrsg. v. *T. Lindholm, W. C. Durham, Jr., B. G. Tahzib-Lie*, Leiden 2004, 651–668
- NELSON, Jessica J., *Freedom of Choice for Everyone: The Need for Conscience Clause Legislation for Pharmacists* (2005) 3 *U St. Thomas L J* 139–168
- NEWMAN, John Henry, *Letter addressed to the Duke of Norfolk, on Occasion of Mr Gladstone's Expostulation of 1874*, in: *Certain difficulties Felt by Anglicans in Catholic Teaching*, Vol. II, London 1900
- *An Essay on the Development of Christian Doctrine* (Nachdruck der 2. A., Oxford 1878 (unverändert 6. A. 1888), Notre Dame 1989)
- NOWAK, Manfred / VOSPERNIK, Tanja, *Permissible Restrictions on Freedom of Religion or Belief*, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, hrsg. v. *T. Lindholm, W. C. Durham, Jr., B. G. Tahzib-Lie*, Leiden 2004, 147–172
- NOWAK, Manfred, *Introduction to the International Human Rights Regime*, Leiden 2003
- *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl, 2. A. 2005
- O'FLAHERTY, Michael / HEFFERNAN, Liz, *International Covenant on Civil and Political Rights: International Human Rights Law in Ireland*, Dublin 1995
- OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlin, 7. A. 2004

- OUGUERGOUZ, Fatsah, *The African Charter on Human and Peoples' Rights, A Comprehensive Agenda for Human Dignity and Sustainable Democracy in Africa*, Den Haag 2003
- OWENS, Alexandra, *Protecting Freedom of and from Religion: Questioning the Law's Ability to Protect Against Unethical Conversions in Sri Lanka* (2006) 1 *Religion and Human Rights* 41–73
- *Using Legislation to Protect Against Unethical Conversions in Sri Lanka* (2006–2007) 22 *J L & Religion* 323–351
- ÖZTÜRK, Ilknur, *Das Kopftuch sorgt weiterhin für Gesprächsstoff in Deutschland – Einblicke in die türkische und europäische Rechtsprechung*, in *DÖV* 2007, 993–1002
- PAARHAMMER, Hans, *Das spezielle Strafrecht des CIC*, in: *Recht im Dienste des Menschen, Eine Festgabe Hugo Schwendenwein zum 60. Geburtstag*, hrsg. v. *K. Lüdicke*, dems., *D. A. Binder*, Graz, Wien, Köln 1986, 403–466
- PACK, Heinz, *Methodik der Rechtsfindung im staatlichen und kanonischen Recht, Relations- und Urteiltstechnik im kanonischen Recht*, Essen 2004
- PARKER, M. Todd, *The Freedom to Manifest Religious Belief: An Analysis of the Necessity Clauses of the ICCPR and the ECHR* (2006) 17 *Duke J Comp & Intl L* 91–129
- PARTSCH, Karl Josef, *Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms*, in: *The International Bill of Rights – The Covenant on Civil and Political Rights*, hrsg. v. *L. Henkin*, New York 1981, 211–245
- PAWLOWSKI, Hans-Martin, *Einführung in die Juristische Methodenlehre, Ein Studienbuch zu den Grundlagenfächern Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie*, Heidelberg, 2. A. 2000
- PERATHONER, Anton, *Das kirchliche Gesetzbuch (Codex juris canonici), sinngemäß wiedergegeben und mit Anmerkungen versehen*, Bressanone, 2. A. 1922
- PERRY, Michael J., *Toward a Theory of Human Rights, Religion, Law, Courts*, Cambridge 2007
- PLESNER, Ingwill Thorson, *Legal Limitations to Freedom of Religion or Belief in School Education* (2005) 19 *Emory Intl L Rev* 557–586
- PLÖCHL, Willibald M., *Geschichte des Kirchenrechts, Band V, Das katholische Kirchenrecht in der Neuzeit, Dritter Teil*, Wien, München 1969
- PREE, Helmuth, *Imputabilitas – Erwägungen zum Schuldbegriff des kanonischen Rechts*, *ÖAfkR* 38 (1989), 226–243

- Die Ausübung der Leitungsvollmacht, § 12, in: Handbuch des katholischen Kirchenrechts, hrsg. v. *J. Listl, H. Schmitz*, Regensburg, 2. A. 1999, 156–175
 - Forum externum und forum internum – Zur Relevanz des Gewissensurteils im Kanonischen Recht, AfkKR 168 (1999), 25–50
 - Das Gewissen vor dem Forum des Kirchenrechts, *Folia Theologica* 15 (2004), 95–107
 - Kirchenrecht in der Ökumene, in: Dienst an Glaube und Recht, Festschrift für *Georg May* zum 80. Geburtstag, hrsg. v. *A. Egler, W. Rees*, Berlin 2006, 527–539
- PUTZ, Gertraud, Christentum und Menschenrechte, Innsbruck, Wien 1991, zugleich Habil. (ohne weitere Angabe)
- QUINN, Gerard, Conscientious Objection in Labor Relations (Civil Service and Liberal Professions), in: Freedom of Conscience, hrsg. v. *Council of Europe*, Straßburg 1993, 107–122
- RAHNER, Karl, Situationsethik und Sündenmystik, *Stimmen der Zeit* 1949–1950, 330–342
- RAMBAUD, Dennis, Prescription Contraceptives and the Pharmacist’s Right to Refuse: Examining the Efficacy of Conscience Laws (2006) 4 *Cardozo Pub L Poly & Ethics J* 195–231
- RATZINGER, Joseph, Kommentar zum ersten Kapitel des Ersten Teils von „Gaudium et spes“, in: LThK, Das Zweite Vatikanische Konzil, Dokumente und Kommentare, hrsg. v. *H. S. Brechter* u. a., Ergänzungsband III, 313–354, Freiburg, Basel, Wien 1968, 313–353
- Wenn du den Frieden willst... Gewissen und Wahrheit, in: Werte in Zeiten des Umbruchs, die Herausforderungen der Zukunft bestehen, Freiburg, Basel, Wien 2005, S. 102–124, zuerst veröffentlicht in: *Fides quaerens intellectum*, Beiträge zur Fundamentaltheologie, hrsg. v. *M. Kessler, W. Pannenberg, H. J. Pottmeyer*, Tübingen 1992
 - (Benedikt XVI.) Jesus von Nazareth, Erster Teil, Freiburg 2007
- REES, Wilhelm, Die Strafgewalt der Kirche, das geltende kirchliche Strafrecht – dargestellt auf der Grundlage seiner Entwicklungsgeschichte, Berlin 1993, zugleich Habil. Augsburg 1992
- Grundfragen des kirchlichen Strafrechts, § 105, in: Handbuch des katholischen Kirchenrechts, hrsg. v. *J. Listl, H. Schmitz*, Regensburg, 2. A. 1999, 1117–1125
 - Glaubensschutz durch Strafmaßnahmen und andere Rechtsinstitute. Zur neueren Entwicklung kirchlicher Bestimmungen, in: *Iudicare inter fideles*, Festschrift für *Karl-Theodor Geringer* zum 65. Geburtstag, hrsg. v. *W. Aymans, S. Haering, H. Schmitz*, Sankt Ottilien 2002, 367–390

- REINELT, Ekkehart, Entscheidungsfreiheit und Recht – Determinismus contra Indeterminismus, NJW 2004, 2792
- REINER, Hans, Gewissen, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Band 3, hrsg. v. J. Ritter, Basel, Stuttgart 1974, 574–592
- REINHARDT, Heinrich J. F., Kommentierung der cann. 204–293, in: Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici (Loseblattwerk Stand Juli 2005), Band 2 (cann. 204–459), hrsg. v. Lüdicke, Essen seit 1984
- Das Recht der Gläubigen auf Sakramentenempfang, Katechetische Blätter 1991, 614–621
- Religionsfreiheit aus kanonistischer Sicht, in: Neue Positionen des Kirchenrechts, hrsg. v. K. Lüdicke, H. Paarhammer und D. A. Binder, Graz 1994, 181–201
- Communio und Excommunicatio – Ein Streitgespräch, Anfragen an Libero Gerosa, in: „Strafrecht“ in einer Kirche der Liebe – Notwendigkeit oder Widerspruch?, hrsg. v. L. Müller, A. E. Hierold, S. Demel, L. Gerosa, P. Krämer (Kirchenrechtliche Bibliothek, hrsg. v. L. Gerosa, L. Müller, Bd. 9), Berlin 2006, 111–116
- REMMELINK, Jan, General Report on Freedom of Conscience, in: Freedom of Conscience, hrsg. v. Council of Europe, Straßburg 1993, 197–212
- RICHTER, Dagmar, Relativierung universeller Menschenrechte durch Religionsfreiheit? in: Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht – Völker- und verfassungsrechtliche Perspektiven, hrsg. v. R. Grote, T. Marauhn (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, hrsg. v. Frowein/Wolfrum, Bd. 146) Berlin 2001, 89–212
- ROBERT, Jaques, Freedom of Conscience, Pluralism and Tolerance, in: Freedom of Conscience, hrsg. v. Council of Europe, Straßburg 1993, 22–36
- RODLEY, Nigel S. Conceptual Problems in the Protection of Minorities International Legal Developments (1995) 17 HRQ 48–71
- ROTH, Gerhard, Aus Sicht des Gehirns, Frankfurt a. M. 2003
- SAGMEISTER, Raimund, Das neue kirchliche Strafrecht und der Schutz des Lebens, in: Recht im Dienste des Menschen, Eine Festgabe Hugo Schwendenwein zum 60. Geburtstag, hrsg. v. K. Lüdicke, D. Paarhammer, D. A. Binder, Graz, Wien, Köln 1986, 493–516
- SAKAYAN, Nerses, Mission – Glaubensabwerbung – Proselytismus, Missionsverständnis bei nichtkatholischen Ostkirchen, Recht auf Mission contra Religionsfreiheit? Das christliche Europa auf dem Prüfstand, hrsg. v. P. Krämer, S. Demel, L. Gerosa, A. E. Hierold, L. Müller (Kirchenrechtliche Bibliothek, hrsg. v. L. Gerosa, L. Müller, Bd. 10), Berlin 2007, 121–134

- SALA, Giovanni B., *Gewissensentscheidung: philosophisch-theologische Analyse von Gewissen und sittlichem Wissen*, Innsbruck, Wien 1993
- SANDER, Hans-Joachim, *Gaudium et spes*, Kommentar, in: *Herders theologischer Kommentar zum Zweiten Vatikanischen Konzil*, hrsg. v. P. Hünermann, B. J. Hilberath, Band 4, Freiburg, Basel, Wien, 2005, 585–884
- SCHAAF, Dagmar, *Der Kirchliche Strafanspruch – Die Begründung der kirchlichen Strafgewalt vom Ius Publicum Ecclesiasticum bis zum CIC/1983 (Adnotationes in ius canonicum)*, hrsg. v. E. Güthoff, K.-H. Selge, Bd. 43), Frankfurt a. M. 2007
- SCHALLENBERG, Peter, *Moraltheologie / Christliche Gesellschaftslehre*, Paderborn 2001
- SCHANDA, Balázs, *Religious Freedom Issues in Hungary*, [2002] *BYUL Rev* 405–433
- *The Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion or Belief in Hungary* (2005) *19 Emory Intl L Rev* 889–911
- *Staatskirchenrecht in den neuen Mitgliedstaaten der Europäischen Union*, in: *Recht in Kirche und Staat, Joseph Listl zum 75. Geburtstag*, hrsg. v. W. Rees, Berlin 2004, 797–810
- SCHARFFS, Brett G. *The Autonomy of State and Church* [2004] *BYUL Rev* 1217–1348
- SCH EININ, Martin, *The Human Rights Committee and Freedom of Religion or Belief*, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, hrsg. v. T. Lindholm, W. C. Durham, Jr., B. G. Tahzib-Lie, Leiden 2004, 189–202
- SCHENK, Richard, *Evangelisierung und Religionstoleranz: Thomas von Aquin und die Gewissenslehre des II. Vatikanums*, *Forum Katholische Theologie* 8 (1992), 1–17
- SCH EUERMANN, Audomar, *Erwägungen zur kirchlichen Strafrechtsreform*, *AfkKR* 131 (1962), 393–415
- SCH IEMANN, Anja, *Kann es einen freien Willen geben? – Risiken und Nebenwirkungen der Hirnforschung für das deutsche Strafrecht*, *NJW* 2004, 2056–2059
- SCH OCH, Friedrich, *Polizei- und Ordnungsrecht*, in: *E. Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht*, Berlin, 13. A. 2005, 121–275
- SCH OCKENHOFF, Eberhard, *Das umstrittene Gewissen. Eine theologische Grundlegung*, Mainz 1990
- *Testimonium conscientiae. Was ist norma proxima des sittlichen Urteils?*, in: *Der Streit um das Gewissen*, hrsg. v. G. Höver, L. Honnefelder, zugleich Gedenkschrift für Franz Böckle, Paderborn, München, Wien, Zürich 1993, 73–81
- *Wie gewiss ist das Gewissen? Eine ethische Orientierung*, Freiburg, Basel, Wien 2003

- Beruht die Willensfreiheit auf einer Illusion? Hirnforschung und Ethik im Dialog, Basel 2004
- SCHÜLLER, Bruno, Überlegungen zum Gewissen, Vortrag gehalten in der Rheinisch-Westfälischen Akademie der Wissenschaften am 20. Februar 1991 in Düsseldorf, Opladen 1991
- SCHWENDENWEIN, Hugo, Probleme um die disziplinäre Verantwortung im kirchlichen Dienst, in: Dienst an Glaube und Recht, Festschrift für *Georg May* zum 80. Geburtstag, hrsg. v. A. Eglér, W. Rees, Berlin 2006, 611–634
- SEBOTT, Reinhold, Die Zuordnung und Berufung zur Kirche, § 10, in: Grundriss des nachkonziliaren Kirchenrechts, hrsg. v. J. Listl, H. Müller, H. Schmitz, Regensburg 1980, 97–99
- Das kirchliche Strafrecht, Kommentar zu den Kanones 1311–1399 des Codex Iuris Canonici, Frankfurt a. M. 1992
- Fundamentalkanonistik, Grund und Grenzen des Kirchenrechts, Frankfurt a. M. 1993
- SHESTACK, Jerome J, The Jurisprudence of Human Rights, in: Human Rights in International Law, Legal and Policy Issues, Volume I, hrsg. v. T. Meron, Oxford 1984, 69–113
- SINGER, Wolf, Ein neues Menschenbild?, Frankfurt a. M. 2003
- SKACH, Cindy, Case comment: Sahin v. Turkey [...] and ‘Teacher Headscarf’ Case No. 2 BVR 1436/02 [...] German Constitutional Court (2006) 100 AJIL 186–196
- From ‘Just’ to ‘Just Decent’? Constitutional Transformations and the Reordering of the Twenty-First-Century Public Sphere, (2007) 67 Maryland L Rev 258–280
- SOCHA, Hubert, Kommentierung der cann. 1–95 und 129–203, in: Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici (Loseblattwerk Stand Januar 2008), Band 1 (cann. 1–203), hrsg. v. K. Lüdicke, Essen seit 1984
- STAHNKE, Tad, The Right to Engage in Religious Persuasion, in: Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook, hrsg. v. T. Lindholm, W. C. Durham, Jr., B. G. Tahzib-Lie, Leiden 2004, 619–649
- STANKE, Gerhard, Freiheit und religiöser Gehorsam des Willens und des Verstandes: Zum Verhältnis von Gewissen und kirchlichem Lehramt, Frankfurt a. M. 1993
- STÖHR, Johannes, Persönliches Gewissen und kirchliche Lehre, Theologisches 21 (1991) Sp. 173–180; 242–255

- STRIGL, Richard Adolf, Kirchenstrafen, §§ 101–103, in: *Handbuch des katholischen Kirchenrechts*, hrsg. v. *J. Listl, H. Müller, H. Schmitz*, Regensburg, 1. A. 1983, 923–950
- SULLIVAN, Donna J., Advancing the Freedom of Religion or Belief Through the UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination (1988) 82 *AJIL* 487–520
- TAHZIB, Bahiyyih G., Freedom of Religion or Belief, Ensuring Effective International Legal Protection, *International Studies in Human Rights Volume 44*, Den Haag 1996
- TAHZIB-LIE, Bahia G., Dissenting Women, Religion or Belief, and the State: Contemporary Challenges that Require Attention, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, hrsg. v. *T. Lindholm, W. C. Durham, Jr.*, dies., Leiden 2004, 455–495
- TAYLOR, Paul M., *Freedom of Religion, UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge 2005
- TEMPERMAN, Jeroen, The Neutral State: Optional or Necessary? A Triangular Analysis of State-Religion Relationships, Democratisation and Human Rights Compliance (2006) 1 *Religion and Human Rights* 269–303
- TURNER, Maximilien, The Price of a Scarf: The Economics of Strict Secularism (2005) 26 *U Pa J Intl Econ L* 321–346
- UERPMANN-WITZACK, Robert, Art. 9 EMRK, in: *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, hrsg. v. *D. Ehlers*, Berlin, 2. A. 2005, 74–77
- UITZ, Renáta, Freedom of religion – In European Constitutional and International Case Law, Straßburg 2007
- VAKULENKO, Anastasia, Islamic Dress in Human Rights Jurisprudence: A Critique of Current Trends (2007) 7 *Hum Rts L Rev* 717–739
- VALDERRAMA ADRIANSÉN, Carlos, Tolerance and Religious Freedom: The Struggle in Peru to Tolerate Multiple Cultures in Light of Principles of Religious Freedom [2007] *BYUL Rev* 775–790
- VERMEULEN, Ben, Scope and Limits of Conscientious Objections, in: *Freedom of Conscience*, hrsg. v. *Council of Europe*, Straßburg 1993, 74–93
- Freedom of Religion in Western Europe: Past and Present, in: *Freedom of Religion: A Precious Human Right – A Survey of Advantages and Drawbacks*, hrsg. v. *J. M. M. Naber*, Assen 2000, 18–27
- VILLIGER, Mark E, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage*, Zürich, 2. A. 1999

- VIRT, Günter, Wie ernst ist das Gewissen zu nehmen? Zum Ringen um das Gewissen auf dem 2. Vatikanischen Konzil, in: *Aufbruch des Zweiten Vatikanischen Konzils heute*, hrsg. v. Jacob *Kremer*, Innsbruck 1993, 130–153
- VITERITTI, Joseph P., *The Last Freedom – Religion from the Public School to the Public Square*, Princeton 2007
- VORGRIMLER, Herbert, *Neues theologisches Wörterbuch*, Freiburg, 4. A. 2000
- VYVER, Johan D. van der, The Relationship of Freedom of Religion or Belief Norms to Other Human Rights, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook*, hrsg. v. *T. Lindholm*, *W. C. Durham, Jr.*, *B. G. Tahzib-Lie*, Leiden 2004, 85–123
- Limitations of Freedom of Religion or Belief: International Law Perspectives (2005) 19 *Emory Intl L Rev* 499–537
- WALDSTEIN, Wolfgang, Fragen der Wirkung falscher Interpretationen kirchenrechtlicher Normen, in: *Dienst an Glaube und Recht*, Festschrift für *Georg May* zum 80. Geburtstag, hrsg. v. *A. Egler*, *W. Rees*, Berlin 2006, 635–655
- WALF, Knut, Die Menschenrechte in der katholischen Kirche, in: *Menschenrechte in der Kirche*, hrsg. v. *M. Pilters*, dems., Düsseldorf 1980, 104–119
- Evangelium, Kirchenrecht und Menschenrechte: Begründung und Defizite, *Concilium* 26 (1990), 112–118
- WALL, Heinrich de, Die Religionen in der Verfassung der Europäischen Union, in: *Recht auf Mission contra Religionsfreiheit? Das christliche Europa auf dem Prüfstand*, hrsg. v. *P. Krämer*, *S. Demel*, *L. Gerosa*, *A. E. Hierold*, *L. Müller*, (Kirchenrechtliche Bibliothek, hrsg. v. *L. Gerosa*, *L. Müller*, Bd. 10), Berlin 2007, 201–217
- WALTER, Christian, *Religionsverfassungsrecht – in vergleichender und internationaler Perspektive*, Tübingen 2006
- From the Acceptance of Interdenominational Christian Schools to the Inadmissibility of Christian Crosses in the Public Schools, in: *Religions in the Public Sphere: A Comparative Analysis of German, Israeli, American and International Law*, hrsg. v. *W. Brugger*, *M. Karayanni*, Berlin 2007, 165–180
- WEBER, Helmut, Konkurrenten oder Weggenossen? Das Verhältnis von Gewissen und kirchlichem Lehramt, in: *Das Gewissen, Subjektive Willkür oder oberste Norm*, hrsg. v. *J. Gründel*, Düsseldorf 1990
- WESTERFIELD, Jennifer M. Behind the Veil: An American Legal Perspective on the European Headscarf Debate (2006) 54 *Am J Comp L* 637

WIEDMANN, Franz, Die Strategie des Gentleman, 71–84, in: Das Gewissen, Subjektive Willkür oder oberste Norm, hrsg. v. *J. Gründel*, Düsseldorf 1990

WIHER, Ein biblisch-soteriologisches Gewissensmodell, in: Scham- und Schuldorientierung in der Diskussion, Kulturanthropologische, missiologische und theologische Einsichten, hrsg. v. von *T. Schirmacher, K. W. Müller*, Nürnberg, Bonn 2006

WING, Adrien Katherine/ NIGH SMITH, Monica, Critical Race Feminism Lifts the Veil?: Muslim Women, France, and the Headscarf Ban (2006) 39 UC Davis L Rev 743–785

WITTE, John, Jr., A Primer on the Rights and Wrongs of Proselytism (2000/2001) 31 Cumberland L Rev 619–629

WOESTMAN, William H., Ecclesiastical Sanctions and the Penal Process – A Commentary on the Code of Canon Law, Ottawa 2000

ZIPPELIUS, Reinhold, Rechtsphilosophie, München, 5. A. 2007

Hinsichtlich der englischsprachigen Zusammenfassung folgt die Zitierweise weitestgehend den Empfehlungen des Oxford Standard for Citation of Legal Authorities (OSCOLA) 2006 (http://denning.law.ox.ac.uk/published/oscola_2006.pdf). Mit Blick auf die englischsprachigen Aufsätze zum Völkerrecht wurde insoweit einzig die dort übliche Zitierweise der Zeitschriften beibehalten.

Übersetzungen der Originaltexte, die nicht eigens bezeichnet sind, stammen vom Autor.

QUELLENVERZEICHNIS

- Alexander II./ Licet ex
Brief an Fürst Landulf von Benevent, 1065, in:
Collectio Britannica, Brief 39 (*)
- Benedikt XVI./ Sacramentum
Caritatis
Nachsynodales Apostolisches Schreiben
v. 22.2.2007, Deutsche Bischofskonferenz,
Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls Nr. 177,
Bonn 2007
- Benedikt XVI./ Polenreise 2006
Predigt in Warschau v. 26.5.2006
- Benedikt XVI./ Kurienansprache
Weihnachten 2005
Ansprache an das Kardinalskollegium und die
Mitarbeiter der römischen Kurie beim
Weihnachtsempfang v. 22.12.2005, Deutsche
Bischofskonferenz, Verlautbarungen des
Apostolischen Stuhls Nr. 172, Bonn 2005 @
- Benedikt XVI./ Deus Caritas Est
Enzyklika v. 25.12.2005, Deutsche
Bischofskonferenz, Verlautbarungen des
Apostolischen Stuhls Nr. 171, Bonn 2006
- Benedikt XVI./ Ansprache
anlässlich des 25. Jahrestages der
Promulgation des CIC 2008
Ansprache anlässlich der Audienz am 25.1.2008 für
die Teilnehmer der vom Päpstlichen Rat für die
Interpretation von Gesetzestexten veranstalteten
Studientagung anlässlich des 25. Jahrestages der
Promulgation des Codex des kanonischen Rechtes,
ORdt 38 (2008), Nr. 6, S. 10
- Benedikt XVI./ Ansprache an die
Römische Rota 2008
Ansprache anlässlich der Audienz am 26.1.2008 für
die Mitglieder der Römischen Rota anlässlich der
Eröffnung des Gerichtsjahres, ORdt 38 (2008),
Nr. 7, S. 7
- Codex Canonum Ecclesiarum
Orientalium
Auctoritate Ioannis Pauli II. PP. promulgatus,
18.10.1990, hier zitiert nach der lateinisch-
deutschen Ausgabe, hrsg. v. L. Gerosal P Krämer,
Paderborn 2000
- Codex Iuris Canonici
Auctoritate Ioannis Pauli II. PP. promulgatus,
25.1.1983, hier zitiert nach der lateinisch-deutschen
Ausgabe, 5. A. Kevelaer 2001

Codex Iuris Canonici (1917)	Pii XII. Pontificis Maximi Jussu Digestus Benedicti Papae XV. Auctoritate Promulgatus, Romae 1918
Corpus Iuris Civilis / Digesten	Digesten 1–10, hier zitiert nach Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, Bd. II, gemeinschaftlich übersetzt und herausgegeben von Okko <i>Behrends</i> , Rolf <i>Knütel</i> , Berthold <i>Kupisch</i> , Hans Hermann <i>Seiler</i> , Heidelberg 1995
Gregor XVI./ Mirari vos arbitramur	Enzyklika v. 15.8.1832, ASS 4, 341–345 (*)
Johannes Paul II., Kongregation für die Glaubenslehre/ Donum veritatis	Instruktion über die kirchliche Berufung des Theologen v. 24.5.1990, AAS 82 (1990), 1552–1568
Johannes Paul II./ Dominum et vivificantem	Enzyklika v. 18.5.1986 @
Johannes Paul II./ Veritatis splendor	Enzyklika v. 6.8.1993, AAS 85 (1993), 1159–1223
Johannes Paul II./ Weltfriedenstag 2002	Botschaft v. 1.1.2002 @
Johannes Paul II./ Ansprache an die Römische Rota 1993	Ansprache vom 29.1.1993 an die Mitglieder der Römischen Rota zur Eröffnung des Gerichtsjahres, AAS 85 [1993], 1256–1260, abgedruckt in hier zitierter deutscher Übersetzung in AfkKR 162 (1993) 146–149
Johannes XXII./ Licet iuxta doctrinam	Konstitution, an den Bischof von Worcester, 1327, BarAE, zum Jahr 1327, Nr. 29–33 (*)
Johannes XXIII./ Pacem in terris	Enzyklika v. 11.4.1963, AAS 55 (1963), 257–301 (*)
Justitia et Pax (Päpstliche Kommission) / Arbeitspapier Kirche und Menschenrechte	Die Kirche und die Menschenrechte, ein Arbeitspapier der Päpstlichen Kommission Justitia et Pax, mit Vorwort des Präsidenten vom 10.12.1974, deutsche Übersetzung, München 1976
Katechismus der katholischen Kirche (KKK)	Latina Catechismi Catholicae Ecclesiae, typica editio, hier zitiert nach der deutschen Neuübersetzung, München, Wien, Leipzig, Freiburg 2003

- Katechismus der katholischen Kirche – Kompendium hier zitiert nach der Übersetzung aus dem Italienischen im Auftrag der Deutschen Bischofskonferenz, München 2005
- Leo XIII. / Stellungnahme v. 15.3.1879, zur Kreierung von J. H. Newman zum Kardinal @
- LEO XIII., Aeterni Patris Enzyklika „Aeterni Patris“ v. 4.8.1879, ASS 12 (1879/80), 98–114 (*)
- Leo XIII./ Libertas praestantissimum Enzyklika v. 20.6.1888, ASS 20, 593–595 (*)
- Paul VI./ Ansprache An die Ansprache an die Sacra Rota Romana v. 29.1.1970, AAS 62 (1970), 111–118
- Pius IX./ Syllabus Sammlung von Irrtümern, herausgegeben am 8.12.1864, ASS 3, 168–176 (*)
- Pius VI./ Auctorem fidei Konstitution, an alle Gläubigen, 1794, BullRCt 9,396a-417b (*)
- Pius X / Brief v. 10.3.1908, zur Lehre von J. H. Newman @
- Pius XII., Rundfunkbotschaft Weihnachten 1942 v. 24.12.1942, AAS [1943] 9–24, hier zitiert in dt. Übersetzung aus Aufbau und Entfaltung des gesellschaftlichen Lebens – Soziale Summe Pius XII., hrsg. v. *Utz/Groner*, Bd. I, Freiburg (Schweiz) 1954, Nr. 219–271
- Pius XII., Ansprache an die Römische Rota 1946 Ansprache an die Mitglieder der Römischen Rota anlässlich der Eröffnung ihres Gerichtsjahres, AAS [1946], 391–397, hier zitiert in dt. Übersetzung aus Aufbau und Entfaltung des gesellschaftlichen Lebens – Soziale Summe Pius XII., hrsg. v. *Utz/Groner*, Bd. II, Freiburg (Schweiz) 1954, Nr. 2725–2743
- Pius. XII., Radioansprache zum Tag der Familie 1952 Radioansprache zum Tag der Familie v. 23.3.1952, AAS [1952], 270–278, hier zitiert in dt. Übersetzung aus Aufbau und Entfaltung des gesellschaftlichen Lebens – Soziale Summe Pius XII., hrsg. v. *Utz/Groner*, Bd. I, Freiburg (Schweiz) 1954, Nr. 1744–1770

Pius XII., Ansprache an den Internationalen Strafrechtskongress 1953	Ansprache an die Teilnehmer des 6. Internationalen Kongresses für Strafrecht v. 3.10.1953, AAS 45, 730–744, hier zitiert in dt. Übersetzung aus <i>Aufbau und Entfaltung des gesellschaftlichen Lebens – Soziale Summe Pius XII.</i> , hrsg. v. <i>Utz/Groner</i> , Bd. I, Freiburg (Schweiz) 1954, Nr. 432–484
Pius XII., Ansprache an Juristen Italiens 1953	Ansprache an den Verband der katholischen Juristen Italiens v. 6.12.1953, AAS 45, 794–802, hier zitiert in dt. Übersetzung aus <i>Aufbau und Entfaltung des gesellschaftlichen Lebens – Soziale Summe Pius XII.</i> , hrsg. v. <i>Utz/Groner</i> , Bd. II, Freiburg (Schweiz) 1954, Nr. 3963–3986
Pius XII., Hl. Offizium	Instruktion v. 2.2.1956, AAS 48 (1956), 144–145 (*)
Thomas von Aquin, STh I-II q. 18–21	Summa theologiae I–II q. 18–21, hier zitiert nach Thomas von Aquin, <i>Über sittliches Handeln</i> , Lateinisch/Deutsch, übersetzt und hrsg. v. Rolf <i>Schönberger</i> , Stuttgart 2001
Zweites Vatikanisches Konzil/ Dei verbum	Dogmatische Konstitution über die göttliche Offenbarung, AAS 58 (1966), 817–835
Zweites Vatikanisches Konzil/ Dignitatis humanae	Erklärung über die Religionsfreiheit, in: AAS 58 (1966), 929–946
Zweites Vatikanisches Konzil/ Gaudium et spes	Pastorale Konstitution über die Kirche in der Welt von heute, AAS 58 (1966), 1025–1120
Zweites Vatikanisches Konzil/ Gravissimum educationes	Erklärung über die christliche Erziehung, AAS 58 (1966), 728–739
Zweites Vatikanisches Konzil/ Inter mirifica	Dekret über die sozialen Kommunikationsmittel, AAS 56 (1964), 145–157
Zweites Vatikanisches Konzil/ Lumen gentium	Dogmatische Konstitution über die Kirche, AAS 57 (1965), 5–75

Die mit @ gekennzeichneten Quellen sind dem Internet entnommen, die genaue Fundstelle findet sich jeweils in den entsprechenden Fußnoten.

Bei den mit (*) genannten Fundstellen sind diese jeweils DENZINGER, Heinrich/ HÜNERMANN, Peter, *Kompendium der Glaubensbekenntnisse und kirchlichen Lehrentscheidungen*, 40. A. Freiburg, Basel, Wien 2005 entnommen.

Etwaiige deutsche Übersetzungen der hier genannten Quellen sind jeweils in den entsprechenden Fußnoten benannt.

RECHTSPRECHUNGSVERZEICHNIS**I. International Court of Justice**

Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v United States of America), Preliminary Objection, Urteil, [1996] ICJ Rep 803

II. United Nations Human Rights Committee (nur Communications)

Franz Nahlik v Austria, Communication Nr. 608/1995, (22.6.1996), abgedruckt bei UNGA 'Report of the Human Rights Committee – Volume II' UN GAOR 51st Session Supp No 40, UN Doc A/51/40 Vol II (1997), S. 259–62.

Hudoyberganova v Uzbekistan, Communication Nr. 931/2000 (5.11.2004), abgedruckt bei UNGA 'Report of the Human Rights Committee – Volume II' UN GAOR 60th Session Supp No 40, UN Doc A/60/40 Vol II (2005), S. 44–49

Kang v Korea, Communication Nr. 878/1999 (15.6.2003), abgedruckt bei UNGA 'Report of the Human Rights Committee – Volume II' UN GAOR 58th Session Supp No 40, UN Doc A/58/40 Vol II (2003), S. 152–160

Malakhovsky v Belarus, Communication Nr. 1207/2003 (26.6.2005), abgedruckt bei UNGA 'Report of the Human Rights Committee – Volume II' UN GAOR 60th Session Supp No 40, UN Doc A/60/40 Vol II (2005), S. 237–244

Sister Immaculate Joseph et. alt. v Sri Lanka, Communication Nr. 1249/2004 (21.10.2005), UN Doc CCPR/C/85/D/1249/2004

W. Delgado Paéz v Colombia, Communication Nr. 195/1985 (12.6.1990), abgedruckt bei UNGA 'Report of the Human Rights Committee – Volume II' UN GAOR 45th Session Supp No 40, UN Doc A/45/40 Vol II (1990), S. 43–9

III. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Anokhin v Russia (Zlk.-Entsch., 31.5.2007, Nr. 25867/02) @

Appleby v UK (6.5.2003, Nr. 44306/98) (2003) 37 EHRR 38

Assenov u. a. v Bulgaria (28.10.1998, Nr. 24760/94) (1999) 28 EHRR 652

- Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v Ireland* (GK, 30.6.2005, Nr. 45036/98) (2006) EHRR 1
- Buscarini v San Marino* (GK, 18.2.1999, Nr. 24645/95) (2000) 30 EHRR 208
- Camp and Bourimi v Netherlands* (3.10.2000, Nr. 28369/95) (2002) 34 EHRR 59
- Dahlab v Switzerland* (Zlk.-Entsch., 15.2.2001, Nr. 42393/98) @
- Fadeyeva v Russia* (30.11.2005, Nr. 55723/00) (2007) 45 EHRR 10
- Fuentes Bobo v Spain* (29.2.2000, Nr. 39293/98) (2001) 31 EHRR 50
- Gaskin v UK* (7.6.1989, Nr. 10454/83) (1990) 12 EHRR 36
- Ignaccolo-Zenide v Romania* (25.1.2000, Nr. 31679/96) (2001) 31 EHRR 7
- Johnston v Ireland* (18.12.1986, Nr. 9697/82) (1987) 9 EHRR 203
- Keegan v Ireland* (26.5.1994, Nr. 16969/90) (1994) 18 EHRR 342
- Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v Denmark* (7.12.1976, Nr. 5095/71 u. a.) (1979–80) 1 EHRR 711
- Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 397
- Larissis u. a. v Greece* (24.2.1998, Nr. 23372/94 u. a.) (1999) 27 EHRR 329
- McCann u. a. v UK* (GK, 27.9. 1995, Nr. 18984/91) (1996) 21 EHRR 97
- Menson v UK* (Zlk.-Entsch., 6.5.2003, Nr. 47916/99) @
- Leyla Şahin v Turkey* (GK, 10.11.2005, Nr. 44774/98) (2007) 44 EHRR 5
- Murphy v Ireland* (10.6.2003, Nr. 44179/98) (2004) 38 EHRR 13 (p. 212)
- Osman v UK* (28.10.1998, Nr. 23452/94) (2000) 29 EHRR 245
- Otto-Preminger Institute v Austria* (20.9. 1994, Nr. 13470/87) (1995) 19 EHRR 34
- Özgür Gündem v Turkey* (16.3.2000, Nr. 23144/93) (2001) 31 EHRR 49
- Serif v Greece* (14.12.1999, Nr. 38178/97) (2001) 31 EHRR 20
- Pla v Andorra* (13.6.2004, Nr. 69498/01) (2006) 42 EHRR 25
- Plattform 'Ärzte für das Leben' v Austria* (21.6.1988, Nr. 10126/82) (1991) 13 EHRR 204
- Valsamis v Greece* (18.12.1996, Nr. 21787/93) (1997) 24 EHRR 294

Vgt Verein gegen Tierfabriken v Switzerland (28.6.2001, Nr. 24699/94) (2002) 34 EHRR 4

X and Y v The Netherlands (26.3.1985, Nr. 8978/80) (1986) 8 EHRR 235

Young, James and Webster v UK [‘Closed Shop Case’] (26.6.1981, Nr. 7601/76) (1982) 4 EHRR 38

Sondervoten

Tulkens, Abweichendes Sondervotum, *Leyla Şahin v Turkey* (GK, 10.11.2005, Nr. 44774/9) (2007) 44 EHRR 5

Bratza, Teilweise abweichendes Sondervotum, *Pla v Andorra* (13.6.2004, Nr. 69498/01) (2006) 42 EHRR 25

Garlicki, Abweichendes Sondervotum, *Pla v Andorra* (13.6.2004, Nr. 69498/01) (2006) 42 EHRR 25

Martens, Teilweise abweichendes Sondervotum, *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 432

Pettiti, Teilweise übereinstimmendes Sondervotum, *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 425

Foighel and Loizou, Gemeinsames abweichendes Sondervotum, *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 439

Valticos, Abweichendes Sondervotum, *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 429

IV. Europäische Kommission für Menschenrechte

Ahmad v United Kingdom (Zlk.-Entsch., 1.3.1981, Nr. 8160/78) (1982) 4 EHRR 126

Angeleni v Sweden (Zlk.-Entsch., 3.12.1988, Nr. 10491/83) (1988) 10 EHRR CD 123 [= DR 51, S. 41]

Arrowsmith v UK (12.10.1978, Nr. 7050/75) (1981) 3 EHRR 218

C v UK (Zlk.-Entsch., 15.12.1983, Nr. 10358/83) DR 37, S. 142

Choudhury v UK (Zlk.-Entsch., 5.3.1990, Nr. 17439/90) @

Çiftçi v Turkey (17.6.2004, Nr. 71860/01) @

CJ, JJ and EJ v Poland (Zlk.-Entsch., 16. Januar 1996, Nr. 23380/94)

D v France (Zlk.-Entsch., 6.12.1983, Nr. 10180/82) DR 35, S. 201

Gay News Ltd. and Lemon v United Kingdom (Zlk.-Entsch., 7.5.1982, Nr. 8710/79) (1983)
5 EHRR 123

Gottesmann v Switzerland (Zlk.-Entsch., 4.12.1984, Nr. 10616/83) DR 37, S. 284

Konttinen v Finland (Zlk.-Entsch., 03.12.1996, Nr. 24949/94) @

X v Denmark (Zlk.-Entsch., 8.3.1976, Nr. 7374/76) DR 5, S. 157

X v UK (Zlk.-Entsch., 10.1.1975, Nr. 6084/73) DR 3, S. 62

Die mit @ gekennzeichneten Fundstellen sind dem Internetportal „HUDOC“ des ECtHR entnommen.

V. Andere

Inter-American Court of Human Rights, *Velasquez Rodríguez*, Urteil vom 29.6.1988 (1989) 28 ILM 294–330

Urteil des International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals (*Goering et. alt.*), 30. September and 1. Oktober 1946, siehe <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/judcont.htm>, eingesehen am 1.5.2008

OVG Münster, Urteil v. 12.2.2008, Az 5 A 130/05, siehe <http://www.ovg.nrw.de/>, eingesehen am 12.3.2008

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Ebenso wie beim Literaturverzeichnis gilt hinsichtlich der Abkürzungen, dass ich mich bezüglich des englischsprachigen Bereichs auf die Regeln des „Oxford Standard for Citation of Legal Authorities (OSCOLA) 2006“ beziehe (http://denning.law.ox.ac.uk/published/oscola_2006.pdf), einschließlich des Appendix *ibid.* auf S. 38 ff. Die hier mit aufgeführten Abkürzungen sind daher nur solche, die sich nicht schon nach Maßgabe der dort aufgeführten Regeln ergeben (S. 38, z. B.: St. Thomas L Rev = St. Thomas Law Review) oder die nicht Teil der dortigen Tabelle auf den S. 38–39 sind.

A.	Auflage
AAS.....	Acta Apostolicae Sedis, Rom 1909 ff.
Add.	Addendum, addenda
AfkKR.....	Archiv für katholisches Kirchenrecht, Mainz 1862 ff.
a. E.	am Ende
AJIL.....	American Journal of International Law
Am J Comp L.....	American Journal of Comparative Law
Art.....	Artikel
ASS.....	Acta Sanctae Sedis, Rom 1865–1908
Bd.	Band
Bearb.	Stand der zitierten Bearbeitung bei einem Loseblattwerk
Beschl. v.	Beschluss vom
BHRC.....	Butterworths Human Rights Cases
BYUL Rev.....	Brigham Young University Law Review
can.	canon
cann.	canones
Cardozo Pub L Poly & Ethics J.....	Cardozo Public Law, Policy and Ethics Journal
CCEO.....	Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium v. 18.10.1990
CD.....	European Commission of Human Rights Decisions & Reports (Recueil de Decisions)
CIC.....	Codex Iuris Canonici v. 25.1.1983

CIC/1917	Codex Iuris Canonici v. 27.5.1917
DBK	Deutsche Bischofskonferenz
ders.	derselbe
dems.	demselben
dens.....	denselben
DH	DENZINGER/HÜNERMANN oder Dignitatis humanae (Vat. II)
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DR	Collection of Decisions of the European Commission of Human Rights
Duke J Comp & Intl L.....	Duke Journal of Comparative and International Law
ebd.	ebenda
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EHRR	European Human Rights Reports
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
f./ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FS	Festschrift
Fn.	Fußnote(n)
GAOR.....	UN General Assembly Official Records
GA Res	General Assembly Resolution
GE.....	Gravissimum educationes (Vat. II)
GK	Große Kammer
GG.	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GS.....	Gaudium et spes (Vat. II)
Habil.	Habilitation
HdbKathKR.....	Handbuch des katholischen Kirchenrechts

Hg.	Herausgeber(in)
HRQ	Human Rights Quarterly
hrsg. v.	herausgegeben von
HUDOC.....	ECHR Document Collection, Search Engine
Hum Rts L Rev.....	Human Rights Law Review
ibid.....	ibidem
ICLQ.....	International & Comparative Law Quarterly
IM	Inter mirifica (Vat. II)
JZ.	Juristenzeitung
Kan.	Kanon
KKK	Katechismus der Katholischen Kirche
KR	Kirchenrecht
LG.....	Lumen gentium (Vat. II)
LThK.....	Lexikon für Theologie und Kirche (E = Ergänzungsband)
marg-no	margin-number
MK-CIC	Münsterischer Kommentar zum CIC
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW.....	Neue Juristische Wochenschrift, München 1947 ff.
NRW.....	Nordrhein-Westfalen
ÖAfKR	Österreichisches Archiv für Kirchenrecht, Wien 1950 ff.
ORdt	L'Osservatore Romano, Wochenausgabe in deutscher Sprache, Vatikanstadt, Ostfildern 1971 ff.
Rn.	Randnummer
S.	Seite(n)
Sess.....	Session
Supp No.....	Supplement Number (bei UN-Dokumenten)

ThPQ	Theologisch-praktische Quartalschrift, Linz 1848 ff.
UN	United Nations
UNCHR.....	United Nations, Commission on Human Rights
UN Doc	UN Document
UNGA	United Nations, General Assembly (Vollversammlung)
UNHCR.....	United Nations, Human Rights Committee
UNTS	United Nations Treaty Series
Vat. II	Zweites Vatikanisches Konzil (siehe Quellen)
WVK	“Wiener Vertragskonvention” (Wiener Überein- kommen über das Recht der Verträge, siehe S. 116, Fn. 526)
Zlk.-Entsch.	Entscheidung über die Zulässigkeit
ZRG Kan. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung, Wien 1911 ff.
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Berlin 1881 ff.

EINLEITUNG

Kirchliches Strafrecht steht unter Rechtfertigungszwang. Nicht allein systemimmanent – wie im staatlichen Recht gilt auch hier das ultima-ratio-Prinzip (can. 1341 CIC) –, sondern tiefgreifender von seinen theologischen Grundlagen her. Es bedarf einer Erläuterung, weshalb die Kirche Strafmaßnahmen ergreifen darf, um ihrem Auftrag gerecht zu werden, allumfassendes Heils-sakrament (LG 1; 48) zu sein.

Wenn nun im Folgenden geprüft wird, inwieweit der Strafzweck, den Täter zu bessern („emendatio rei“), Anwendung finden darf, so ist damit ein Aspekt dieser theologischen Rechtfertigungsfrage herausgegriffen. Es stellt sich nämlich die Frage, ob die Anerkennung der Gewissensfreiheit als übergeordnetes Prinzip, das kirchlichem Handeln zugrunde liegt, dazu zwingt, kirchliches Strafrecht insoweit einzuschränken. In diesem Sinne wird vorgetragen, dass der Glaube eine „notwendig freie Haltung des Menschen“ sei. Gerade deshalb könne und müsse „die Kirche das Gewissen eines Rechtsbrechers akzeptieren“. Sie dürfe ihn nicht „durch Androhung von Maßnahmen zu einer Änderung seiner Gesinnung zwingen“.¹ Eine gleichsam gewissenhafte Rechtsanwendung führt hiernach dazu, aufgrund des unbedingt zu achtenden Schutzes des Gewissens den Besserungsstrafzweck aufgeben zu müssen. Es geht also darum zu prüfen, ob einer Kritik zu folgen ist, die sich zwar auf übergeordnete anerkannte Prinzipien beruft, daraus aber ganz konkrete, insoweit durchaus kontroverse Folgerungen ableitet.

Nun ist es so, dass ganz ähnliche Prinzipien auch im Völkerrecht zur Anwendung kommen. Auch dort ist zu untersuchen, inwieweit aus dem Schutz der Gewissensfreiheit Konsequenzen zu ziehen sind. Fragt man etwa, was verbotener Zwang mit Blick auf völkerrechtliche Verbürgungen der Gewissensfreiheit ist, so sind sehr vergleichbare Problemlagen zu bewältigen. Dabei ist die Rechtslage im Völkerrecht so diffizil – und gleichzeitig reichhaltiger mit Blick auf die umfangreiche Jurisprudenz –, dass der hier zu ziehende Rechtsvergleich nur Frucht bringen kann, wenn wirklich eingehend analysiert wird, wie die Gewissensfreiheit bzw. der Schutz des forum internum gewährleistet werden, und zwar durch die hier exemplarisch herangezogenen Art. 18 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (ICCPR)² sowie Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)³. Die völkerrechtliche Untersuchung sollte dabei jedoch auch über den eigentlichen Zweck des Rechtsvergleichs mit dem kanonischen Strafrecht hinaus ertragreich sein. Schließlich sind diejenigen völkerrechtlichen Normen

¹ LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 11 (Bearb. 1992).

² International Covenant on Civil and Political Rights, verabschiedet am 16.12.1966; in Kraft getreten am 23.5.1976, GA Res 2200A (XXI), UN GAOR, 21st Sess., Supp No. 16, at 52, UN Doc A/6316 (1966), 999 UNTS 171; von nun an ICCPR.

³ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, verabschiedet am 4.11.1950; in Kraft getreten am 3.9.1953, 213 UNTS 221; von nun an EMRK.

auszulegen, die für die Rolle der Kirche in der Welt von zentraler Bedeutung sind. Die Kirche bekennt sich ihrerseits immer wieder zur Religionsfreiheit. Hier nun geht es darum, was auf der Ebene der Vereinten Nationen und Europas – bezogen auf den wichtigen Teilaspekt des forum internums – darunter konkret verstanden wird.

So wird nun im 1. Teil die Problematik des kirchlichen Strafzwecks erörtert, um dann im 2. Teil die völkerrechtlichen Fragestellungen zu behandeln. Abschließend folgt, im Anschluss an rechtsvergleichende Anmerkungen im 3. Teil, eine Absicherung der gefundenen Lösungen hinsichtlich des Strafzwecks der Besserung. Bevor all dem nachgegangen werden kann, bedarf es einiger Präzisierungen der Fragestellung hinsichtlich der kanonistischen Ausgangsfrage.

– **Keine kirchenpolitische Stellungnahme bzw. Kritik de lege ferenda**

Kirchliche Strafmaßnahmen – so sie denn einmal verhängt oder zumindest öffentlich diskutiert werden – wirken polarisierend. In welchem Maße Strafe als Mittel adäquat ist, einerseits dem Täter auf seinem Glaubensweg zu helfen und andererseits die Glaubensgemeinschaft Kirche zu festigen, wird sicherlich stets wieder Anlass zu Zweifeln und Kritik geben. Insoweit sei klarstellend vorweg genommen, dass im Rahmen dieser Arbeit eines nicht geleistet werden kann: Die Angemessenheit des Mittels Kirchenstrafe als solche sowie die konkrete Praxis⁴ kirchlicher Straftätigkeit in den Blick zu nehmen.

Auch ein Weiteres ist nicht unmittelbarer Gegenstand dieser Untersuchung: Zu prüfen, ob nicht gute Gründe dafür sprechen, das kirchliche Strafverständnis mit Blick auf die Gewissensfreiheit zu reformieren. Insoweit ist eine Sichtweise de lege ferenda und die hier zugrunde gelegte Kritik de lege lata zu unterscheiden: Erstere nimmt Maß an der Überzeugungskraft; Letztere setzt voraus, dass der Geltungsanspruch übergeordneter Prinzipien eine einschränkende Interpretation und notfalls eine Neukodifizierung notwendig werden lässt, um Widerspruchsfreiheit zu erlangen.

Behandelt wird hier daher zunächst eingrenzend nur, ob die de lege lata kirchlich anerkannte Gewissensfreiheit dazu zwingt, kirchliches Strafrecht umzudeuten oder neu zu fassen.

– **Beschränkung auf eine kategorische und nicht bloß einzelfallbezogene Grenzziehung**

Folgerungen aus der Gewissensfreiheit für die Strafrechtsdoktrin können in zweifacher Hinsicht gezogen werden. So mag der kirchliche Richter einerseits in concreto gezwungen sein, bei der Frage, ob und wie eine Strafe zu verhängen ist, aufgrund dieses Rechtsgutes Straffreiheit oder Strafmilderung zu gewähren. Denn der Einzelfall kann zeigen, dass andernfalls die Gewissens-

⁴ Eine Strafpraxis, die allerdings zahlenmäßig kaum ins Gewicht fällt, vgl. nur GULLO, Reasons for Legal Protection in a Penal Environment, in: *The Penal Process*, hrsg. v. *Dugan*, Montréal 2005, 131 m. w. N.

freiheit verletzt wäre, ohne dass andere, möglicherweise überwiegende Strafzwecke eine Strafe hätten rechtfertigen können.

Gleichsam auf einer höheren Ebene liegend kann jedoch andererseits auch gefragt werden, ob nicht die Gewissensfreiheit dazu zwingt, den Strafzweck „Besserung des Täters“ prinzipiell aufzugeben. Darum geht es hier. Denn nur die Frage nach einer kategorischen, d. h. absoluten, vom Einzelfall unabhängigen Grenzziehung ist gestellt. Anders gewendet: nicht eine Alles-oder-nichts-Entscheidung mit Blick auf die Gewissensfreiheit – Beachtung dieses Rechtsprinzips oder nicht – gilt es hier zu treffen. Diese Untersuchung dient ganz unabhängig von ihrem Ergebnis daher nicht dazu, den kirchlichen Strafrichter seiner Verantwortung zu entheben, gegebenenfalls den Konflikt zwischen Strafgewalt und Gewissensfreiheit bei seiner Entscheidung auszutragen.

– **Besonderheiten der Strafverhängung *latae sententiae***

Bei der Erörterung kirchlicher Strafzwecke soll hier der Aussage des can. 1314 CIC folgend die *poena ferendae sententiae* im Vordergrund stehen.⁵ Es soll bei der Erörterung zunächst unterstellt werden, ein kirchliches Gericht habe es bei der Verhängung einer Spruchstrafe in der Hand, die Strafzwecke eigens zu bedenken und abzuwägen. Die Besonderheiten einer Strafverhängung *latae sententiae* sollen daher außer Betracht bleiben, sofern nicht eigens darauf abgestellt wird.

⁵ Den Hinweis, dass die unterschiedlichen Strafformen bei der Argumentation besser nicht leichtfertig über einen Kamm geschoren werden dürfen, verdanke ich Dr. LAUKEMPER-ISERMANN. Auch mag es zutreffen, dass Tatstrafen – angesichts des sonst praktisch nur wenig angewendeten Strafrechts – eine besondere Bedeutung zukommt. Die hier zu beleuchtende Problematik soll allerdings gleichwohl grundsätzlich mit Blick auf die Spruchstrafe erörtert werden.

1. TEIL: GEWISSENSFREIHEIT IM KONFLIKT MIT DEM KIRCHLICHEN STRAFZWECK DER BESSERUNG DES TÄTERS

Im Folgenden ist nun (1.) darzulegen, inwieweit das kirchliche Recht die Besserung des Täters als Strafzweck kennt und rechtfertigt. Gerade bei einer solchen gezielten Einwirkung auf den Täter mit den Mitteln des Strafrechts kommt es nämlich zu einer Konfrontation mit dem Grundsatz der Gewissensfreiheit. Dann gilt es (2.), die Kritik an einem solchen Strafzweckverständnis aufzuzeigen. Die Darstellung der Gewissensfreiheit (3.) ist dann Basis für die Darlegung der eigenen Auffassung (4.).

A) Besserung des Täters als kirchlicher Strafzweck – Herleitung und Rechtfertigung nach herkömmlicher Lehre

Es entspricht traditionellem kirchlichem Verständnis, dass Strafen verhängt werden können, um so die Umkehr des Täters um seines eigenen Seelenheiles willen zu erreichen.⁶

I. Verortung im CIC 1983

An einem solchen Strafzweck hält auch der 1983 promulierte Codex fest.

1. Fehlen einer umfassenden Strafzweckdoktrin

Allerdings fehlt es an einer näheren theologischen Grundlegung eines solchen Strafzweckes. Dies ist auch Folge des Verzichts der Codex-Reform-Kommission, Aussagen über den Zweck kirchlicher Strafen zu machen. Vielmehr sollte die Ausarbeitung einer systematischen Strafzwecklehre der Doktrin überlassen bleiben.⁷ Unabhängig von der Frage, inwieweit es zwingend

⁶ Vgl. nur, mit Blick auf Gratian, KÉRY, *Canonica severitas und amor correctionis*, in: „Strafrecht“ in einer Kirche der Liebe, hrsg. v. Müller u. a., Berlin 2006, 30–37, zusammenfassend 43 sowie ausführlicher *dies.*, *Gottesfurcht und irdische Strafe* (Köln 2006), 275–286 mit der Darstellung des Umgangs mit der sich wandelnden Auffassung des AUGUSTINUS’ (zu den Folgen siehe auch KASPER, *Wahrheit und Freiheit*, Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse, 1988, 9–10); DE MORTANGES, *Zwischen Vergebung und Vergeltung*, Baden-Baden 1992, 35–36 schon mit Blick auf die Dekretisten; GEROSA, *Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam*, Paderborn 1995, 101 mit Blick auf das Konzil von Trient und die folgende Zeit; siehe zu Letzterer auch PLÖCHL, *Geschichte des Kirchenrechts*, Bd. V, Wien, München 1969, 33; das Seelenheil des Delinquenten schon als Zweck neutestamentlicher Sanktionen bezeichnend vgl. MÜLLER, *Warum und wozu kirchliche Sanktionen?*, in: „Strafrecht“ in einer Kirche der Liebe, hrsg. v. dems. u. a., Berlin 2006, 189–190.

⁷ Vgl. LÜDICKE, in: *MK-CIC*, 1312, Rn. 1, 10 (Bearb. 1992); Einl. vor 1311, Rn. 10 (Bearb. 1992); 1341, Rn. 1 (Bearb. 1993); HIEROLD, *Vom Sinn und Zweck kirchlicher Strafe*, in: *FS Heinemann*, hrsg. v. Gabriels u. a., Essen 1985, 337, jeweils mit Nachweisen. Siehe zur Entstehungsgeschichte auch GREEN, *Penal Law: A Review of Selected Themes*, *The Jurist* 50 (1990), 226–227.

einer expliziten Klärung und Festlegung bedurfte hätte, zu welchen Zwecken gestraft wird,⁸ lässt sich dem CIC 1983 gleichwohl deutlich genug entnehmen, dass der Täter durch Strafe gebessert werden soll.

2. Normative Anknüpfungspunkte

a) Can. 1341 CIC 1983

Die „emendatio rei“, von der can. 1341 CIC handelt, ist aussagekräftigster Anknüpfungspunkt im Normtext des Codex. Zwar ist Kernaussage dieser Norm, das ultima-ratio-Prinzip zu verankern. Wenn jedoch die anderen Wege, die vor einer Strafverhängung zu beschreiten sind, die Besserung des Täters zum Ziel haben sollen, so gilt Gleiches auch für die Strafe selbst.⁹

b) Poena medicinalis

Durch Einführung¹⁰ des (alternativ zur Kennzeichnung als Zensur zu gebrauchenden) Begriffs der poena medicinalis in can. 1312 § 1, 1° CIC hat der Gesetzgeber verdeutlicht, sich durch Strafverhängung als Heilmittel um den Täter sorgen zu wollen. Das ist nichts anderes als eine Betonung des Besserungszwecks.¹¹

c) Beibehaltung der poenae latae sententiae

Ergänzend sei erwähnt, dass – wie im Blick auf die Entstehungsgeschichte festgestellt werden kann – die poenae latae sententiae gerade deshalb beibehalten werden sollten, da nur so in bestimmten Konstellationen gesichert werden könne, zum Heil der Seelen zu wirken. Durch die Bestrafung verborgen gebliebener Delikte, die nur durch Tatstrafen möglich ist, werde so die Besserung der Täter erstrebt.¹²

⁸ Dazu LÜDICKE, in: MK-CIC, 1312, Rn. 10 (Bearb. 1992).

⁹ Siehe etwa DE PAOLIS, Commentary: c. 1341 in: Exegetical Commentary on the Code of Canon Law, Vol. IV/1, hrsg. v. Marzoa u. a., Montréal 2004, S. 365–366; CAPARROS, Criminal Law Protection of the Human Rights in Civil and Religious Societies, in: The Penal Process, hrsg. v. Dugan, Montréal 2005, 209; CARRAGHER, The Raison D’Être of Punishment, in: Processo penale, hrsg. v. Cito, Mailand 2005, 466, 460. Das can. 1341 CIC gar der Schlüsseltext sei, anhand dessen das gesamte Strafrecht begriffen werden müsse, wird hervorgehoben von DE PAOLIS, The Application of Penalties (cann. 1341–1353), *ibid.*, Rn. 5 (S. 360), ebenso ders., Penal Sanctions, Penal Remedies and Penances in Canon Law, in: The Penal Process, hrsg. v. Dugan, Montréal 2005, 163; vgl. m. w. N. auch ERDÖ, Die Wirksamkeit des kanonischen Strafsystems, in: FS Geringer, hrsg. v. Aymans u. a., Sankt Ottilien 2002, 85.

¹⁰ Im Vergleich zum CIC/1917; näher dazu LÜDICKE, in: MK-CIC, 1312, Rn. 3 (Bearb. 1992).

¹¹ Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, 1312, Rn. 12, 4 (Bearb. 1992). Die „Medizin“ wird dem Einzelnen, nicht der Gemeinschaft zuteil. Siehe so auch DE PAOLIS, Penal Sanctions, Penal Remedies and Penances, in: The Penal Process (Fn. 9, 2005), 158.

¹² Vgl. GEROSA, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam (Fn. 6, 1995), 188; LÜDICKE, in: MK-CIC, 1314, Rn. 1, 4 (Bearb. 1992); GREEN (Fn. 7) The Jurist 50 (1990), 236–237 jeweils m. w. N. hierzu.

d) Ergebnis

Mit Blick auf die geltende Normierung kirchlichen Strafrechts kann trotz Verzichts einer ausdrücklichen Strafzwecklehre festgestellt werden, dass der Strafzweck, den Täter zu bessern, anerkannt, wenn nicht gar in den Vordergrund gerückt wurde.¹³

II. Theologische Rechtfertigung dieses Strafzwecks

Da es an einer expliziten Grundlegung kirchlicher Strafzwecke fehlt, ist eine theologische Rechtfertigung des Besserungszwecks nicht allein anhand des CIC zu bestimmen.

1. Traditionelle Begründungen kirchlicher Strafgewalt (*societas perfecta*)

Möglicherweise gelingt eine Rechtfertigung unter Rückgriff auf die traditionelle Herleitung kirchlicher Strafgewalt. Insoweit bildeten Belege aus der Heiligen Schrift,¹⁴ Hinweise auf die Apologetik sowie das in Analogie zum monarchischen Staat hergeleitete Konzept der „*societas perfecta*“¹⁵ bei der Promulgation des CIC/1917 noch die selbstverständliche Grundlage, Strafen zu verhängen. Die Kritik SOHMS¹⁶ konnte dieses Konzept nicht erschüttern.¹⁷

Ausfluss einer solchen *societas-perfecta*-Lehre ist die später von Papst PIUS XII. vorgebrachte Strafzwecklehre. Hiernach gelte es, Wiedergutmachung zu leisten für die durch die Straftat verursachte Verletzung der rechten Ordnung. So erweise sich dann durch das Strafen die

¹³ Zu Letzterem vgl. REES, *Strafgewalt der Kirche*, Berlin 1993, 68; LÜDICKE, in: MK-CIC, 1341, Rn. 5 (Bearb. 1993); SCHAAF, *Der Kirchliche Strafanspruch – Die Begründung der kirchlichen Strafgewalt*, Frankfurt a. M. 2007, 218–221 (zum etwaigen Vorrang des Besserungszwecks ibid. 220–221). Siehe allerdings auch KKK 2266 mit der Betonung, die „durch das Verbrechen herbeigeführte Unordnung wiedergut[zu]machen“, jedoch mit Blick auf das staatliche Strafrecht.

¹⁴ Vgl. etwa Mt 18, 15–18; 1 Kor 5, 1–11 sowie 11, 27–30; 2 Kor 2, 5–11; 2 Thess 3, 14; hier referiert nach REES, in: *HdbKathKR*, Regensburg 1999, 1117; weitere Belege finden sich etwa bei LÜDICKE, in: MK-CIC, 1311, 3.

¹⁵ Weil also der Kirche alle Rechte zukommen, die auch der Staat für sich beansprucht, so darf sich die Kirche auch der Strafgewalt bedienen.
Eingehend zu diesem Verständnis der Kirche als *societas perfecta* GEROSA, *Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam* (Fn. 6, 1995), 47–61.

¹⁶ Vgl. dazu beispielsweise die Darstellung bei SEBOTT, *Fundamentalkanonistik*, Frankfurt a. M. 1993, 85–92, speziell zur Darstellung des „neukatholischen“ Kirchenbegriffs durch SOHM; zur Auseinandersetzung mit SOHM vgl. auch GEROSA, *Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam* (Fn. 6, 1995), 167.

¹⁷ Siehe mit Nachweisen auf die Promulgation durch Papst BENEDIKT XV. so BÖCKENFÖRDE, *Der neue CIC*, NJW 1983, 2538; LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 2 (Bearb. 1992); HIEROLD, *Vom Sinn und Zweck kirchlicher Strafe*, in: *FS Heinemann* (Fn. 7, 1985) 332–333.

Vgl. im Wortlaut beispielsweise JONE, *Gesetzbuch der Lateinischen Kirche*, Bd. I, Paderborn 1950, Erläuterung zu can. 1 (S. 15): *Das Recht der Kirche, Gesetze zu geben, ergebe sich „aus der von den Apologeten und Dogmatikern bewiesenen Tatsache, dass Christus die Kirche als vollkommene Gesellschaft gegründet hat“.* Insbesondere die Strafgewalt ist Folge einer als „vollkommene, selbständige Gesellschaft“ verstandenen Kirche, so PERATHONER, *Das kirchliche Gesetzbuch*, Bressanone 1922, 499, 507; ferner HAGEN, *Kirchliche Mitgliedschaft*, Rottenburg 1938, 78.

Zur geschichtlichen Entwicklung des mit dem Konzept der *societas perfecta* einhergehenden kirchlichen Anspruchs, Autorität auch über Anders- und Nichtgläubige auszuüben, siehe SEBOTT, in: *Grundriss des nachkonziliaren Kirchenrechts*, hrsg. v. Listl u. a., Regensburg 1980, 99.

Überlegenheit des Guten über das Böse.¹⁸ In der apologetischen Formulierung des can. 1311 CIC klingt diese hergebrachte Lehre an.¹⁹

Einer näheren Auseinandersetzung mit diesen Thesen bedarf es im Rahmen dieser Arbeit jedoch nicht.²⁰ Denn dieses Konzept mag herangezogen werden, um ganz allgemein das prinzipielle Recht zur Strafverhängung sowie möglicherweise noch den Strafzweck der Wiederherstellung der Gerechtigkeit (*iustitiam restituere*)²¹ zu rechtfertigen. Für eine Notwendigkeit, durch Strafe zielgerichtet den Täter zu bessern, lässt sich aus dieser Lehre jedoch nichts Wesentliches entnehmen.²²

2. Sonstige Rechtfertigungsansätze

Das Augenmerk ist daher auf diejenigen Stimmen des Schrifttums zu richten, die ausdrücklich Stellung dazu nehmen, weshalb auch die Besserung des Täters zulässiger Strafzweck sein dürfe.

So wird vorgetragen, dass es dem der Kirche eingestifteten Wesen entspreche, umfassend für das geistliche Wohl ihrer Glieder zu sorgen. Davon sei die Strafe keine Ausnahme. Sie könne und müsse nur dann verhängt werden, wenn auf diese Weise eine Besserung beim Täter eintreten

¹⁸ Kommentiert und wiedergegeben bei LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 13 (Bearb. 1992); GEROSA, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam (Fn. 6, 1995), 107–113, insbesondere 111. Siehe die vollständige Wiedergabe zu PIUS XII., Ansprache an den Internationalen Strafrechtskongress 1953, bei *Utz/Groner*, Bd. I (1954, siehe Quellenverzeichnis), hier interessierend Nr. 476–483.

¹⁹ So auch die Einschätzung etwa bei FARIS, *Penal Law in the Catholic Churches*, in: *Folia Canonica* 2 (1999) 57; LING, *Zum gegenwärtigen kirchlichen Strafrecht*, JZ 2004, 596.

Auch in der kanonistischen Literatur finden sich weiterhin Stimmen, die an dieses Konzept anknüpfen, so etwa REES, *Strafgewalt der Kirche* (Fn. 13, 1993), 54 (bei Fn. 64), 55 (bei Fn. 68), 57 (bei Fn. 71), sowie 58, wo es heißt: „Das angeborene Recht der Kirche zur Strafverhängung und die Notwendigkeit, die Ordnung im Volke Gottes erforderlichenfalls auch durch Strafen sicherzustellen, bleiben unbestreitbar, solange die Kirche auf der Pilgerschaft ist. Eine Gesellschaft, die nicht mehr den Willen aufbietet, ihre Güter und Rechte durch Sanktionen zu verteidigen, bezeugt damit, dass sie sich selbst nicht mehr ernst nimmt“. Vgl. nun aber REES, *Glaubenschutz durch Strafmaßnahmen*, in: FS *Geringer*, hrsg. v. *Aymans* u. a., Sankt Ottilien 2002, 374, wo er den Strafzweck der Besserung ausschließt u. a. unter Berufung auf GEROSAS Verständnis.

Kritikloser Bezug auf das *societas-perfecta*-Konzept anstelle einer „Kirche der freien Gefolgschaft“ auch bei SEBOTT, *Das kirchliche Strafrecht*, Frankfurt a. M. 1992, 21, kritisch dazu GEROSA, *Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam* (Fn. 6, 1995), 317; siehe auch MÜLLER, *Warum und wozu kirchliche Sanktionen?*, in: „Strafrecht“ in einer Kirche der Liebe (Fn. 6, 2006), 187, bei und in Fn. 16. Weitere Nachweise auf Autoren, die sich auf das *societas-perfecta*-Verständnis berufen, finden sich bei SCHAAF, *Der Kirchliche Strafanspruch* (Fn. 13, 2007), 226–227.

²⁰ Zur Kritik daran statt vieler vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 13 (Bearb. 1992); GEROSA, *Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam* (Fn. 6, 1995), 54–61; CATTANEO, *Der konziliare Beitrag zur Theologie der Teilkirche*, in: FS *Aymans*, hrsg. v. *Geringer* u. a., St. Ottilien 2001, 43–44, 51–52; MÜLLER, *Warum und wozu kirchliche Sanktionen?*, in: „Strafrecht“ in einer Kirche der Liebe (Fn. 6, 2006), 184–187 (danach verbrämen beispielsweise die Bibelzitate nur ausschmückend eine rein philosophische Argumentation).

²¹ Auch dieser Strafzweck kann can. 1341 CIC entnommen werden, zur diesbezüglichen Argumentation vgl. oben S. 5.

²² Auf einem anderen Blatt steht es, dass die Verfechter dieser Lehre gerade auch das Besserungsmoment nutzten, um ihre Lehre zu plausibilisieren, sprich, die Notwendigkeit zu begründen, weshalb überhaupt die Kirche – ebenso wie der Staat – einer Strafgewalt bedarf (so nach GEROSA, *Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam* (Fn. 6, 1995), 51, m. w. N.). Im umgekehrten Sinn jedoch wäre eine solche Argumentation zirkulär.

könne.²³ Man solle sich zwar dessen bewusst sein, dass der Täter möglicherweise auf die Strafe gar nicht oder nur zum Schein rein äußerlich eingehe. Dann aber sei die Strafverhängung nur im konkreten Fall ohne Erfolg; etwaige Misserfolge änderten aber nichts daran, dass die vorherige Strafverhängung immer nur in der Hoffnung geschehen dürfe, so auch dem Seelenheil des Täters selbst zu dienen.²⁴ Neben den Schutz der kirchlichen Gemeinschaft²⁵ tritt hiernach als weiterer Strafzweck also die Besserung des Täters hinzu.²⁶

²³ Vgl. neben STRIGL – Nachweis zu diesem gesamten Absatz siehe nächste Fußnote – auch REES, Strafgewalt der Kirche (Fn. 13, 1993), 69: „Die Besserung des Bestraften darf im kirchlichen Strafrecht nie außer acht gelassen werden. Auf diese Weise wird der Zusammenhang von kirchlicher Strafe und Heilsauftrag deutlich.“ Siehe auch HIEROLD, Vom Sinn und Zweck kirchlicher Strafe, in: FS *Heinemann* (Fn. 7, 1985) 339.

²⁴ Vgl. zum gesamten Absatz STRIGL, Kirchenstrafen, in: HdbKathKR, hrsg. v. *Listl* u. a., 1. A. Regensburg 1983, 924–925. Siehe ferner SAGMEISTER, Das neue kirchliche Strafrecht, in: Festgabe *Schwendenwein*, hrsg. v. *Lüdicke* u. a., Graz 1986, 497: „Mag eine Kirchenstrafe immer auch nur Anwendung eines äußeren Zwangsmittels bleiben und daher als ungeeignet zum Erzielen einer inneren Änderung des Menschen erscheinen, so steht dennoch dahinter die Grundidee einer Appellation an die sittliche Verantwortlichkeit des Menschen. Eine kirchliche Strafe, die nur ein äußeres Sich-Beugen zur Folge hat und nicht auch als innerer Gewissensanruf verstanden wird, verfehlt ihren Sinn.“ Vgl. zu Letzterem auch HIEROLD, Vom Sinn und Zweck kirchlicher Strafe, in: FS *Heinemann* (Fn. 7, 1985) 339.

²⁵ Der allerdings bisweilen schon als vorrangig gegenüber dem gleichfalls bejahten Besserungszweck betrachtet wird, siehe so SCHEUERMANN, Erwägungen zur kirchlichen Strafrechtsreform, AfkKR 131 (1962), 396–398. Die Notwendigkeit einer gemeinschaftsbezogenen Begründung erkennt er überdies daran, dass der Besserungszweck heutzutage – etwa mangels Wertschätzung der Sakramente –, ins Leere greifen könne.

²⁶ Vgl. STRIGL, Kirchenstrafen, in: HdbKathKR (Fn. 24, 1983), 926: „Mit dem Strafschwert geht die kirchliche Autorität gegen jene Glieder vor, die durch Fehlverhalten ihr eigenes Heil in Gefahr bringen oder durch Ärgernis und schlechtes Beispiel die Grundlagen der sittlichen Gemeinschaftsordnung untergraben. [...] Die streitende Kirche auf Erden würde [...] ihrer Sendung nicht gerecht, wollte sie darauf verzichten, heilsame Strafen als *remedia necessaria* zur Abwehr von Störungen. ihres Auftragsvollzuges anzudrohen und einzusetzen.“ „Die Rechtfertigung eines Einsatzes von Strafmitteln im kirchlichen Bereich kann nicht aus pragmatisch-utilitaristischen Erwägungen [sprich: Disziplin] gewonnen werden, sondern allein aus dem Wesen und der Zielsetzung der Kirche.“

B) Gegenauffassung: Besserungsstrafrecht als Verstoß gegen die Gewissensfreiheit

Wie schon in der Einleitung²⁷ angesprochen, wird im Schrifttum vorgetragen, Strafrecht dürfe nicht als Mittel zur Bekehrung des Täters eingesetzt werden, da dies gegen die (Religions- und) Gewissensfreiheit²⁸ verstieße. Im Vordergrund der Diskussion wird dabei insbesondere die Konzeption LÜDICKES stehen, doch werden ähnelnde Ansätze sowie einzelne Argumente anderer Autoren jeweils miteinbezogen.²⁹

I. Einbettung der Kritik in eine umfassende Konzeption zur Strafzwecklehre

Einer solchen Auffassung wie der LÜDICKES könnte man jedoch nicht gerecht werden, stellte man sie nicht in ihrem Gesamtkontext dar. Die dort postulierte Notwendigkeit, den Besserungsstrafzweck fallen zu lassen, lässt sich nämlich erst vor diesem Hintergrund voll erschließen. Nur so kann zunächst erkannt werden, dass diese Ansicht nicht etwa eine prinzipielle Verwerfung kirchlicher Strafe befürwortet. Die Gewissensfreiheit wird keineswegs herangezogen, jedwedes strafrechtliche Mittel als ausgeschlossen zu betrachten.³⁰ Darüber hinaus vermag nur mit Blick auf die Gesamtkonzeption das Argument erschlossen werden, den Besserungsstrafzweck auch deshalb entfallen zu lassen, um die Ernsthaftigkeit der übrigen theologisch fundierten Strafzwecke hervorzuheben.³¹

Ausgangspunkt der daher nun darzustellenden alternativen Strafrechtstheorie ist die stärkere Reflexion kirchlichen Selbstverständnisses, d. h. die zentrale Bezugnahme auf die durch

²⁷ Siehe S. 1 bei Fn. 1.

²⁸ Die Gewissensfreiheit steht insoweit im Vordergrund, als hinsichtlich der auch kircheninternen Beachtung des Gewissens kein Streit besteht. Zu einem Unterscheidungsversuch zwischen absolut geltender Gewissensfreiheit sowie der immament durch die entgegengesetzte kollektive Religionsfreiheit eingegrenzten individuellen Religionsfreiheit vgl. WALF, *Evangelium, Kirchenrecht und Menschenrechte*, Concilium 26 (1990), 115.

²⁹ Im Laufe dieser Arbeit wird sich zeigen, weshalb hier insbesondere LÜDICKES Ansicht im Vordergrund steht, siehe insoweit schon sogleich Fn. 33.

Diese besondere Bezugnahme auf LÜDICKES ändert natürlich nichts daran, dass auch für dessen Ansicht GEROSAS Arbeiten von entscheidender Bedeutung waren, vgl. als Beispiel für viele Bezugnahmen LÜDICKES, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 3 (Bearb. 1992): „In gründlicher und einnehmender Weise hat Gerosa versucht, das kirchliche Strafrecht nach dem 2. Vatikanischen Konzil theologisch zu begründen.“

³⁰ Vgl. insoweit allerdings differenzierter zur Qualifizierung einer Exkommunikation als Zwang unten S. 18 bei Fn. 81.

In welcher Weise nach der Konzeption von HUINZING, *Delikte und Strafen*, Concilium 3 (1967) passim, sowie HUINZING/BASSETT, *Glauben auf Befehl?*, Concilium 12 (1976), passim, materiell auf Strafrecht verzichtet werden soll, lässt sich, da in den Ausführungen de lege ferenda nur grobe Leitlinien ausgeformt sind, nicht ganz leicht beurteilen. Der Grundgedanke ist jedenfalls derselbe: Die Glaubensfreiheit lasse sich nicht mit Zwang verbinden; deshalb dürfe die Kirche nur tätig werden, um sich selbst zu schützen, vgl. HUINZING, *ibid.*, 658, 663, sowie HUINZING/BASSETT, *ibid.*, 409. Allerdings spricht HUINZING davon, ein Disziplinarrecht anstelle des bisherigen Strafrechts formen zu wollen.

Hierin sei keine bloß sprachliche Abänderung zu sehen, so GEROSA, *Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam* (Fn. 6, 1995), 77–85, der dessen Position als nicht haltbar zurückweist.

³¹ Vgl. die dahin gehende Argumentation bei LÜDICKES, in: MK-CIC, 1312, Rn. 16 (Bearb. 1992).

das Konzil entscheidend beeinflusste Ekklesiologie. Als erste Konsequenz dessen zeige der Blick auf die grundverschiedenen Ziele und Konzeptionen von Staat einerseits und Kirche andererseits, dass eine kritiklose Übernahme staatlichen Strafzweckverständnisses (*societas-perfecta*-Lehre) entschieden zurückzuweisen sei.³²

Darüber hinausgehend werden jedoch Folgerungen gezogen aus der *communio*-Ekklesiologie. Ausgehend davon könne kirchliches Strafrecht theologisch begründet werden (1.) als Reaktion auf die Zerstörung oder Beeinträchtigung der *communio* durch den Täter. Es könnten zudem (2.) disziplinarische Maßnahmen gerechtfertigt werden, die (insbesondere) das Wirken kirchlicher Bediensteter reglementierten.³³

1. Bruch der *communio fidei*

Zunächst wird also das Strafen erklärt mit Blick auf die Glaubensgemeinschaft, wie sie kirchlichem Selbstverständnis entspricht.

a) Grundsätzliche Erwägungen

Dem Auftrag der Kirche, Heilssakrament zu sein,³⁴ könne sie nur gerecht werden, wenn sie den ihr von Gott anvertrauten Glauben in seiner Reinheit bewahrt. Glaubenseinheit und -reinheit seien zu wahren, um die Heiligkeit der Kirche im Sinne des Glaubensbekenntnisses zu sichern. Soweit der Einzelne in seinem Verhalten diesen Glaubenskern beeinträchtige und dadurch bei anderen Zweifel über Inhalt und Grenzen des kirchlichen Glaubens provoziere, könne die Kirche ihn um ihres wesensimmanenten Auftrages willen ausschließen.³⁵

³² Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 2, 11 (Bearb. 1992).

³³ So neben den Nachweisen sogleich im Text zu LÜDICKE, in: MK-CIC, insbesondere auch GEROSA, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam (Fn. 6, 1995), der in Konsequenz seines Strafrechtsverständnisses zu ähnlichen Ergebnissen gelangt und auf den LÜDICKE sich auch beruft. GEROSA geht allerdings zunächst einmal von der Beschreibung des Wesens der Exkommunikation aus; zu seiner Herangehensweise vgl. 23–26, nochmals zusammenfassend 306–307. Im Ergebnis bezieht auch GEROSA zur Frage der Gewissensfreiheit im selben Sinn wie LÜDICKE Stellung, vgl. etwa 298–299.

GEROSAS Ansatz unterscheidet sich von LÜDICKE in mehrfacher Hinsicht. Wenngleich beide Autoren etwa bei der Darstellung der zulässigen Strafzwecke oder der Unvereinbarkeit von echter Strafe und Gewissensfreiheit sich ähneln, so führt dies bei GEROSA dazu, gleich das gesamte Strafrecht umzudeuten insoweit, als diesem insgesamt keine Zwangswirkung zukomme (vgl. etwa S. 330, sowie insgesamt auch die Zusammenfassung bei DE PAOLIS, Penal Sanctions, Penal Remedies and Penances, in: *The Penal Process* (Fn. 9, 2005), 156–157 (Fn. 10)). LÜDICKE will nur den Besserungsstrafzweck ausgeschlossen wissen, ohne im Übrigen Zwangsgewalt auszuschließen.

Letzteres ist der Grund, weshalb hier insbesondere LÜDICKE'S Ansicht dargestellt wird, denn konzeptionelle Engführungen können zumindest theoretisch so vermieden werden. Wenn GEROSAS Ansicht dagegen ganz generell Konsequenzen aus dem Zusammentreffen von Gewissensfreiheit und Strafgewalt zieht, so bietet dieser gleichsam globale Ansatz besondere Angriffsflächen für Gegner einer solchen Auffassung.

³⁴ Vgl. oben S. 1, siehe auch LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 12 ((Bearb. 1992) „Grundauftrag..., die Menschen zum Heil zu führen“).

³⁵ Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 12, 16 (Bearb. 1992); 1311, Rn. 8 (Bearb. 1992); vor 1331, Rn. 3 (Bearb. 1993); *ibid.* (Rn. 1) beruft er sich zudem auf 1 Kor 5, 6–9, woraus sich die Gemeinschafts-

Fehlt mit dem unabdingbaren Glaubensgut die Grundlage für eine *communio*, so werde die Kirche also um ihrer selbst willen handeln.³⁶ Trotz dieser von der Gemeinschaft ausgehenden Zielrichtung sei mit Blick auf den jeweils Betroffenen festzustellen, dass ein solcher Zwangsausschluss nicht per se mit dem Stigma belegt werden könne, er sei eine überharte Reaktion. Gerade der Ausschluss, die „Exkommunikation“, erscheine nämlich als eine kirchliche Strafform, die theologisch unter Rückgriff auf die *communio*-Ekklesiologie gerechtfertigt werden kann.³⁷

Zunächst sei unabhängig davon der Blick auf die biblischen Perikopen zu lenken, die ihrerseits auf den Ausschluss aus der Gemeinschaft als Reaktion auf Fehlverhalten verweisen.³⁸ Nach Mt 18, 17 ist derjenige, der nicht umkehrbereit sei, „wie ein Heide oder Zöllner“ zu behandeln. Paulus verlangt die Trennung von denjenigen Brüdern, die schweres Unrecht begehen (1 Kor 5, 11: „habt nichts zu schaffen“ mit ihnen; V. 13: „Schafft den Übeltäter weg aus eurer Mitte“). Darüber hinaus sei als entscheidend festzuhalten, dass der Ausschluss grundsätzlich³⁹ als bloße Konsequenz der selbst gewählten Entscheidung des Betroffenen erscheint.⁴⁰ Er nehme die Glaubensgemeinschaft ebenso ernst wie die abweichende Glaubensentscheidung des Ausgeschlossenen.

Dabei ist der Schutz der *communio fidei*, der Gemeinschaft des Glaubens, von einer solchen Wichtigkeit, dass in Konsequenz dieser Konzeption hier die Frage des Verschuldens des Täters grundsätzlich nicht von beherrschender Bedeutung sein müsste.⁴¹ Strafzweck ist hiernach schließlich der Schutz des Glaubens, der unabhängig davon gewährleistet werden kann, ob der Täter durch persönliche Schuld oder noch weitergehend durch eigene Sündhaftigkeit die abzuwehrende Gefährdung auslöst.⁴²

bezogenheit des Ausschlusses (V. 13) ergebe, denn die Reinigung von dem „alten Sauerteig“, nicht aber die Besserung des Täters stehe im Vordergrund.

³⁶ Vgl. insoweit auch die maßgebliche Betonung des Schutzes der *communio* in der Definition der Exkommunikation bei KOTZULA, Zur Exkommunikation im CIC/1983, AfKKR 156 (1987), 459. Die *communio* wird auch betont bei SCHWENDENWEIN, Probleme um die disziplinäre Verantwortung im kirchlichen Dienst, in: FS May, hrsg. v. Egler u. a., Berlin 2006, 616.

³⁷ Vgl. KOTZULA, *ibid.*, 444. Nach LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 5 zu 1312 (Bearb. 1992), sind Ausgrenzung oder aber Disziplinarmaßnahmen im Wesentlichen die einzigen zu rechtfertigenden Strafmittel.

³⁸ So zu den sogleich genannten Bibelstellen LÜDICKE, in: MK-CIC, vor 1331, Rn. 1 (Bearb. 1993).

³⁹ Zu besonderen Fallgruppen siehe sogleich näher im Text.

⁴⁰ Vgl. dazu sogleich die Nachweise S. 12, Fn. 47.

⁴¹ Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, 1321, Rn. 4–5 (Bearb. 1992); Einl. vor 1311 (Bearb. 1992), Rn. 17, 19, 24, ferner Rn. 5 Stichwort 1321; 1312, Rn. 20 (Bearb. 1992).

⁴² Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, Einführung vor 1321, 5 (Bearb. 1992); Einl. vor 1311, Rn. 17 (Bearb. 1992) mit Blick auf die Straftatbestände des can. 1364 CIC.

Allenfalls sei die Frage nach der Schuld mittelbar zu berücksichtigen. Denn wer schuldlos handelt, mag gerade deshalb durch sein Handeln keine Verwirrung hinsichtlich der Glaubensinhalte der Kirche hervorrufen. Dadurch entfiele dann letztlich auch der gemeinschaftsbezogene Strafzweck, den Glauben in seiner Reinheit zu bewahren. Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, Einführung vor 1321, Rn. 5 (Bearb. 1992).

Umgekehrt führe allein das Aufgeben der gemeinschaftswidrigen Haltung des Täters dazu, dass für das Aufrechterhalten der Ausgrenzung keine Rechtfertigung mehr bestehe.⁴³ Jemand, der durch eine bestimmte Verhaltensweise beispielsweise zugleich eine Sünde als auch eine zum Ausschluss führende Tat begangen hat, nun aber einzig aus Opportunitätsgründen davon ablässt, der mag weiterhin Sünder sein – was die Beichte klären könnte: Strafwürdig ist sein Verhalten nach Maßgabe der hier referierten Auffassung nun jedenfalls nicht mehr.

b) Einzelfragen

Fraglich ist, ob und wie aus dem gemeinschaftsbezogenen Schutzzweck weitere Konsequenzen gezogen werden können.

aa) Poena latae sententiae als Rechtsfolge

Teilweise wird das geltende Strafrecht des CIC 1983 insoweit als angemessen erachtet, als es als grundsätzliche Rechtsfolge⁴⁴ der einschlägigen Delikte die poena latae sententiae, die von selbst eintretende Tatstrafe vorsieht, vgl. beispielhaft can. 1364 CIC.⁴⁵

Schließlich setze der Ausschluss aufgrund der Zerstörung der *communio fidei* grundsätzlich voraus, dass der Täter andere Grundentscheidungen getroffen hat als die kirchliche Gemeinschaft.⁴⁶ GEROSA schließt daraus, dass die kirchliche „Strafe“ der Exkommunikation nichts anderes als ein Selbstausschluss des Täters sei⁴⁷, der nur deklaratorisch festgestellt werden könne. Die Sanktionsfolge selbst jedoch werde systemgerecht schon durch die Tatverwirklichung herbeigeführt. Daher sei die vom Kirchenrecht vorgesehene *excommunicatio latae*

⁴³ Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 23 (Bearb. 1992); siehe ferner Rn. 24 dazu, dass die im Vergleich zum geltenden Strafrecht geänderte Strafzwecklehre zwangsläufig auch zu Konsequenzen mit Blick auf den Strafnachlass führt.

⁴⁴ Zur Qualifizierung dieser Rechtsfolge als „Grundmodell“ siehe die Untersuchung der Normen des CIC bei GEROSA, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam (Fn. 6, 1995), 182–183.

⁴⁵ Zur Entstehungsgeschichte, etwa dem Eingreifen Kardinal RATZINGERS, und zu einer rechtspolitischen Kritik an der Einführung der Tatstrafe vgl. GREEN (Fn. 7) *The Jurist* 50 (1990), 250–252, 255; ferner LÜDICKE, in: MK-CIC, 1364, 1. Im CCEO finden sich keine Tatstrafen, vgl. nur GREEN, *Penal Law: Reflectiones on the Eastern Code Revision Process*, *The Jurist* 51 (1991), 25–26.

⁴⁶ Es sei also nicht erst ein voluntaristisches Tätigwerden des Gesetzgebers, das zur Strafe führe, GEROSA, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam (Fn. 6, 1995), 186. Vgl. zum Zusammenhang zwischen substantieller Lage – Selbstausschluss des Täters – und rechtlicher Entsprechung auch CATTANEO, *Grundfragen des Kirchenrechts bei Klaus Mörsdorf*, Amsterdam 1991, 282.

⁴⁷ Vgl. etwa GEROSA, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam (Fn. 6, 1995), 188, 244–245; 274–275; ders., „*Communio*“ und „*Excommunicatio*“, in: „Strafrecht“ in einer Kirche der Liebe, hrsg. v. Müller u. a., Berlin 2006, 104–106; knappe Wiedergabe seiner Position auch bei LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 14 (Bearb. 1992); siehe auch REINHARDT, *Anfragen an Libero Gerosa*, in: „Strafrecht“ in einer Kirche der Liebe, *ibid.*, 114–115.

Unabhängig von der Richtigkeit der weitgehenden These GEROSAS, die Exkommunikation exklusiv als Selbstausschluss zu verstehen, wird doch zumindest ein allgemeiner Erklärungswert eines solchen Gedankenganges, der die Schärfe eines aufoktroierten Strafurteils mildert, des Öfteren anerkannt. Vgl. neben LÜDICKE beispielsweise die Erwähnung bei GÜTHOFF, *Kanonistische Erwägungen zur eigenständigen Bedeutung der Apostasie*, in: FS *Geringer*, hrsg. v. Aymans u. a., Sankt Ottilien 2002, 119, Fn. 42; REES, *Glaubensschutz durch Strafmaßnahmen*, in: FS *Geringer* (*ibid.* (siehe auch Fn. 19)), 374.

sententiae – mit bloß fakultativer zusätzlicher deklaratorischer Feststellung – die zutreffend normierte Rechtsfolge.⁴⁸

Von anderen wird diese Ansicht abgelehnt.⁴⁹ Zunächst wird darauf verwiesen, dass es zwar richtig sei, dass Häresie, Apostasie und Schisma ipso facto – d. h. wie eben ausgeführt, nicht mehr zwingend abhängig⁵⁰ vom subjektiven Vorsatz – die *communio* zerstörten. Darauf bezogen wäre eine Tatstrafe daher denkbar. Doch gebe es auch andere Taten, die rechtstechnisch kaum noch als Tatstrafe zu fassen seien. Denn bei ihnen hinge die Feststellung der Strafbarkeit noch davon ab, dass ein substantieller subjektiver, nach außen nicht mehr erkennbarer Tatbestand gegeben ist. Es handele sich also um Taten, die von ihrem objektiven Gehalt her noch nicht per se zu einem solchen Bruch der *communio* führten. Unter Einbeziehung der subjektiven Willensrichtung des Täters könne im Einzelfall gleichwohl ein vergleichbarer Selbstausschluss festgestellt werden.

Es könne ein Vergleich zur Lehre über die schwere Sünde gezogen werden.⁵¹ Dort sei schließlich anerkannt, dass es Taten gebe, die allein aufgrund ihrer Materie als solche zu qualifizieren seien (z. B. Apostasie). Ferner sei auf schwere Sünden zu verweisen, die als solche nur deshalb zu qualifizieren seien, wenn und weil im Einzelfall Willensfreiheit, Erkenntnis sowie eine immerhin noch gravierende Materie zusammenträfen. Parallel dazu gebe es einen Selbstausschluss aus der *communio* i. S. d. Strafrechts in Fällen, in denen der – zwar nicht unerhebliche – objektive Gehalt der Tat hierfür allein nicht ausreiche. Dies sei erst dann der Fall, wenn hinzukommend eine spezifische subjektive, gegen die *communio* und deren Werte gerichtete Willensrichtung⁵² festgestellt werden könne.⁵³ Als Beispiel für einen solchen Selbstausschluss wird die Schändung eucharistischer Gestalten in *contemptum ecclesiasticae communionis* genannt.⁵⁴

Unabhängig davon, dass folglich für diesen soeben genannten Teil der in Betracht kommenden Delikte eine *poena latae sententiae* von vornherein unangemessen sei, könne die Unangemessenheit dieser Strafform auch im Übrigen festgestellt werden. Eine Tatstrafe nehme schließlich allein den Täter selbst in die Pflicht, während die Gemeinschaft, um deren Schutz es

⁴⁸ Vgl. GEROSA, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam (Fn. 6, 1995), 183–184; 186–189.

⁴⁹ Ablehnend beispielsweise auch DE PAOLIS, Penal Sanctions, Penal Remedies and Penances, in: *The Penal Process* (Fn. 9, 2005), beispielsweise 167–169; SCHAAP, Der Kirchliche Strafanspruch (Fn. 13, 2007), 261–262.

⁵⁰ Wobei das geltende Recht dem Wortlaut nach die Zurechenbarkeit für alle Straftaten unisono verlangt. Die Auffassung übersteigt hier also die vom Gesetzgeber getroffene Normierung.

⁵¹ Zum Verhältnis zwischen schwerer Sünde und Exkommunikation vgl. die Nachweise unten S. 17, Fn. 75.

⁵² Angesichts der konstitutiven Bedeutung der subjektiven Komponente reiche allerdings die bloße Verschuldensvermutung des can. 1321 CIC nicht aus, um diese bejahen zu können, vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 18 (Bearb. 1992).

⁵³ Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 18 (Bearb. 1992).

⁵⁴ Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 18 (Bearb. 1992).

gehe, unbeteiligt bleibe.⁵⁵ Auch die kirchlichen Autoritäten würden ihrer – ihnen möglicherweise unangenehmen – Verantwortung entbunden, das Strafrecht selbst in ordentlicher Verfahrensweise anzuwenden.⁵⁶ Unter den Gläubigen hingegen könne die Vorstellung, es werde in der Kirche ohne einzelfallbezogenes Verfahren bestraft, für deutliches Missfallen sorgen.⁵⁷

Ferner sei – solange die Zurechenbarkeit Bestandteil⁵⁸ des can. 1364 CIC ist – in concreto das Vorliegen des subjektiven Tatbestand schwer zu bestimmen. Ob nun eine Exkommunikation vorliege oder nicht, müsse aufgrund der schweren Folgen für alle Beteiligten klar erkennbar sein. Daran fehle es zumindest bei der Tatstrafe des can. 1364 CIC.⁵⁹ Ohnehin sei eine Abschreckungswirkung einer solchen Tatstrafe – anders als im Mittelalter – nunmehr kaum noch festzustellen: Sei es, weil die Strafe wegen Unkenntnis gar nicht erst eintrete (can. 1324 § 1, 9° und § 3 CIC), sei es, weil die kirchliche Gemeinschaft keinerlei Druck auf den Straftäter ausübe, sich an die Straffolgen zu halten.⁶⁰

bb) Ausschluss auch ohne Aufkündigung der *communio* durch den Täter

Ferner steht im Streit, ob ein Ausschluss auch dann greifen kann, wenn der Betreffende von sich aus die *communio* nicht verlässt. Auch hier geht es um die Frage, ob mit Blick auf den gemeinschaftsbezogenen Schutzzweck unter besonderen Umständen nicht eine Exkommunikation erfolgen darf.

Teilweise wird betont, das Wesen der Exkommunikation bestehe eben darin, einen schon vollzogenen Bruch kirchlich zur Kenntnis zu nehmen.⁶¹ LÜDICKE hingegen sieht nicht zwingend den „Selbstausschluss“ als entscheidend an, sondern bezieht sich allein auf den Strafzweck, um diese Streitfrage zu entscheiden. Danach könne für die Gemeinschaft ein Ausgrenzungsinteresse bei fortwährenden Verstößen gegen kirchliche Gesetze und Werte bestehen. Während bei einmaligen Taten regelmäßig⁶² kein Ausgrenzungsbedarf bestehe – es könne vielmehr ausschließlich das Bußsakrament greifen – könne dauerhaftes Fehlverhalten dazu führen, dass die Glaubensgemeinschaft mit Ausschluss reagieren müsse. Dies sei dann der Fall, wenn andernfalls

⁵⁵ Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 24 (Bearb. 1992).

⁵⁶ Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, 1314, Rn. 13 (Bearb. 1992).

⁵⁷ Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, 1314, Rn. 14 (Bearb. 1992).

⁵⁸ Vermittelt über die allgemeinen Normen, sprich can. 1321 CIC.

⁵⁹ Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 1 (Bearb. 1992) mit zustimmenden Verweis auf Dokumente aus der Vorbereitungsphase des CIC, ferner *ibid.* Rn. 7, 16. Siehe im Wortlaut hierzu auch unten S. 80, Fn. 380. Vgl. demgegenüber die Argumentation bei GEROSA, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam (Fn. 6, 1995), 187–188, der zumindest den Ausgangspunkt – die schwere Feststellbarkeit – mit LÜDICKE teilt. Auch hält er eine nachfolgende Feststellung für wünschenswert, aber aus theologischen Gründen dürfe diese eben nicht als konstitutiv verstanden werden.

⁶⁰ Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, 1314, Rn. 10 (Bearb. 1992).

⁶¹ Vgl. GEROSA, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam (Fn. 6, 1995), 240–241 und öfter.

⁶² Zwar formuliert LÜDICKE diesen Grundsatz, verweist allerdings an anderer Stelle auch auf Beispiele, die wohl als Ausnahme aufzufassen sind, vgl. sogleich unten in Fn. 64.

ihr Glaubenszeugnis nach außen und innen verdunkelt werden könne. Beispielsweise müsse ein Arzt, der ständig Abtreibungen vornimmt und damit fortdauernd kirchlich zu verteidigende Werte ablehnt, ausgeschlossen werden können. Gilt es, hierdurch die Gemeinschaft zu schützen, so bestehe der Ausgrenzungsbedarf folgerichtig unabhängig von der subjektiven Sündhaftigkeit⁶³, sondern richte sich allein danach, was um der Kirche willen noch toleriert werden könne und was nicht.⁶⁴

2. Disziplinarrecht/ Verstoß gegen die Ordnung der *communio fidelium*

Auch disziplinarische Maßnahmen als Strafmaßnahmen im weiteren Sinne können nach dieser Konzeption sehr wohl gerechtfertigt werden. Das Wirken der Kirche in der Welt, auch insoweit Desiderat des Zweiten Vatikanischen Konzils, setze eine Reflexion über die eigene gesellschaftliche Stellung voraus. Kirche sei – unabhängig von ihrem Sendungsauftrag – nämlich eben auch eine gesellschaftliche Organisationsform.⁶⁵ Insofern habe der *societas*-Gedanke seine Berechtigung, als er die irdische Bedingtheit der Kirche zum Ausdruck bringt (vgl. can. 204 § 2 CIC).⁶⁶ Da die Kirche insoweit weltlich-irdischen Notwendigkeiten unterworfen bleibe, sei es nur legitim, wenn sie sich vor diesem Hintergrund effizient zu organisieren suche. Insbesondere könne mit dem Ziel, das gemeinschaftliche Zusammenwirken zu garantieren, die Ausformung eines

⁶³ Die Frage nach der Sündhaftigkeit sei nach LÜDICKE auch hier allein der Buße zuzuordnen.

⁶⁴ Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 19 (Bearb. 1992). Vgl. ferner LÜDICKE, in: MK-CIC, vor 1331, Rn. 2 (Bearb. 1993) mit den Beispielen der Exkommunikation bei Absolution eines Mitschuldigen nach can. 1378 § 1 CIC oder der Verletzung des Beichtgeheimnisses, dazu auch *ibid.* Rn. 5. Dass auf solch ein Fehlverhalten die Kirche hart reagieren müsse, sei außer Zweifel. Gleichwohl könnten solche Verhaltensweisen schwerlich unter den Tatbestand eines „Selbstausschlusses aus der *communio*“ subsumiert werden.

M. E. wird bei LÜDICKE allerdings nicht hinreichend deutlich ausgedrückt, ob die Exkommunikation ohne Selbstausschluss des Täters tatsächlich der Fallgruppe des Schutzes der *communio fidei* zuzuordnen ist. Mit Blick auf das Beispiel des Arztes, der seinen Lebensunterhalt durch Abtreibungen finanziert, ergibt sich diese Zuordnung aus der systematischen Stellung (erst in der folgenden Rn. 20 wird der Schutz der *communio fidelium* behandelt). Auch bei den eben genannten Beispielen im Zusammenhang mit dem Beichtsakrament liegt eine solche Zuordnung nahe. Denn in der folgenden Randnummer wird gerade vom die Strafe rechtfertigenden Bedürfnis der Gemeinschaft gesprochen, sich abzugrenzen (nicht aber bloß: zu „funktionieren“, vgl. vor 1331, Rn. 3 (Bearb. 1993)).

In der Einführung vor 1321, Rn. 5 (Bearb. 1992) allerdings kann der Leser eher ein entweder – oder erkennen. Dort heißt es zur Frage, wann die Kirche sich von einer Person distanzieren könne: „Das kann geschehen durch Feststellung der Tatsache, dass das Verhalten der Person bereits einen Selbstausschluss aus der Gemeinschaft bedeutet, oder aber aufgrund eines Werturteils, das das Verhalten als mit der Wahrnehmung von Rechten in der *communio fidelium* unvereinbar feststellt“.

Ist der Bruch des Beichtgeheimnisses allerdings nicht zwingend als Selbstausschluss zu begreifen, so stünde nach letzterer zweigeteilter Definition der Schutz der *communio fidelium* im Vordergrund.

Letztlich kann diese Frage der Abgrenzung allerdings auch offen bleiben, da zumindest geklärt ist, dass ein in systematischer Hinsicht tragfähiger Strafzweck die Strafandrohung rechtfertigt, gleich wie er nun zu benennen ist (Schutz der *communio fidei vel fidelium*).

⁶⁵ Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 20 (Bearb. 1992).

⁶⁶ Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 12 (Bearb. 1992); 1311, Rn. 9 (Bearb. 1992) mit Hinweis auf die abweichende herrschende Terminologie.

Disziplinarrechts gerechtfertigt werden.⁶⁷ Die Kirche müsse auf das aus der menschlichen Natur zwangsläufig resultierende Fehlverhalten⁶⁸ reagieren können, soweit es bei denjenigen festzustellen ist, die mit besonderen Diensten von der Kirche beauftragt sind.⁶⁹ Zwar diene ein solchermaßen gerechtfertigtes Disziplinarrecht der Besserung. Die Besserung solle jedoch gerade nicht im Interesse des Täters geschehen, sondern mit Blick auf die Aufgabenerfüllung der Kirche, in deren Interesse der Betroffene tätig wird.⁷⁰ Strafzweck bleibe also auch hier der Schutz der kirchlichen Gemeinschaft.

3. Systematische Erwägungen

Vor dem Hintergrund eines solchen Verständnisses ergeben sich weitere systematische Rückschlüsse und Fragestellungen. Zunächst wird darauf hingewiesen, dass die Strafnormen, die ihrem Inhalt nach als Disziplinarrecht qualifiziert werden könnten, unter dem geltenden CIC mit Blick auf die Außendarstellung schlechter zu rechtfertigen sind. Dies liege daran, dass sie unterschiedslos als Strafrechtsnormen bezeichnet sind, anstatt sie, wie nach dieser Konzeption gewünscht, ausdrücklich vom engeren, eigentlichen Strafrecht zum Schutz der Kirche zu differenzieren.⁷¹ In terminologischer Hinsicht gebe bereits die Bezeichnung als „Strafrecht“ Anlass zu Zweifeln. Teilweise fordert man, anstelle von Strafe nur von kanonischer Sanktion zu sprechen.⁷² Auch wird vorgetragen, dass der Verzicht auf die Kodifizierung einer Strafzweckdoktrin im geltenden Recht bei der praktischen Anwendung zu Rechtsunsicherheit führen müsse.⁷³ Insbesondere die Anwendung disziplinarischer Maßnahmen verlange nach Rechtssicherheit, die Voraussetzung für effektiven Rechtsschutz ist. An dieser jedoch fehle es mit Blick

⁶⁷ Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 20 (Bearb. 1992). Zur Forderung eines Disziplinarstrafrechts siehe auch PAARHAMMER, Das spezielle Strafrecht des CIC, in: Festgabe *Schwendenwein*, hrsg. v. Lüdicke u. a., Graz 1986, 404–405.

⁶⁸ Dabei könnten Disziplinarmaßnahmen entweder auf konkrete Vergehen antworten oder aber im Hinblick auf die fehlende Eignung der Person für den Dienst als Ganzes ergehen, siehe LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 3 (Bearb. 1992).

⁶⁹ Die weitere prinzipiell denkbare Möglichkeit sei die, einfache Gläubige mit Kirchenstrafen zur Einhaltung der Lebensordnung der Kirche anzuhalten, damit durch abweichendes Verhalten nicht etwa ein geordnetes Zusammenleben nachhaltig gestört werden kann (als Beispiele werden der Meineid im kirchlichen Prozess sowie die Wahlfälschung zur Kirchenvorstandswahl benannt). Eine tatsächliche Anwendung kirchlicher Disziplinarmaßnahmen würde jedoch faktisch wohl daran scheitern, dass der Kirche keine adäquaten Strafmittel zur Verfügung stünden. Vgl. dazu näher LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 22 (Bearb. 1992).

⁷⁰ Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 21 (Bearb. 1992).

⁷¹ Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 8 (Bearb. 1992); PAARHAMMER, Das spezielle Strafrecht des CIC, in: Festgabe *Schwendenwein* (Fn. 67, 1986), 404–409. Ähnliche Argumentation zu anderer Sachfrage (Zusammenhang kanonischer „Sanktionen“ mit dem Bußrecht) auch bei GEROSA, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam (Fn. 6, 1995), 347.

⁷² Vgl. GEROSA, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam (Fn. 6, 1995), 275–284, zur fehlenden Vergleichbarkeit mit staatlicher Strafe; u. a. wird (siehe auch S. 18 bei Fn. 81.) ausgeführt, Letztere sei zwingend vergeltend; Exkommunikation sei dies nicht. Ferner fehle es an der typischen Straf Wirkung; das Verbot, an der Eucharistie teilzunehmen, resultiere schon aus der zwingend mitbegangenen schweren Sünde. Das Verbot, ohne weiteres zu beichten, sei Buße bzw. Vorwegnahme der Buße, 282. Vgl. auch *ibid.* 319 gegen LÜDICKE.

⁷³ Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 9 (Bearb. 1992).

auf den Verzicht auf ausführliche Tatbestandsnormierungen sowie den äußerst weiten Spielraum der Richter.⁷⁴

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass sich aus der eben beschriebenen Grundkonzeption keine sicheren Rückschlüsse ergeben, inwieweit das Begehen einer schweren Sünde sanktionsrechtlich zu bewerten ist. Diese Frage und damit zusammenhängend diejenige, ob und inwiefern Strafrecht über das *forum externum* hinaus an das *forum internum* anknüpfen darf, bleibt unabhängig vom strafrechtlichen Grundverständnis umstritten.⁷⁵

II. Kernargumentation

Kehrseite des damit aufgezeigten theologisch begründeten Verständnis von Strafrecht im engeren Sinne sowie dem ergänzenden Disziplinarrecht ist es, dass die übrigen Strafzwecke⁷⁶ daraufhin zu untersuchen sind, ob sie dem Selbstverständnis der Kirche entsprechen. Folgendes wird insoweit von dieser Literaturlauffassung ausgeführt:

Mit Blick auf den hier allein interessierenden Besserungsstrafzweck gilt es den Unterschied zum weltlichen Staat zu erkennen: Nur Letzterer ist zwingend darauf angewiesen, ein *gemeinsames* Leben zu organisieren, da ihm das Mittel der Ausweisung nicht zusteht.⁷⁷ Ist nun ein Zwang zum Zusammenleben gegeben, folgt daraus, dass dann auch die Gewissensfreiheit gegebenenfalls eingeschränkt werden muss: Die Tolerierung von Rechtsbrüchen aus Gewissensnot kollidiert hier mit den Rechten der anderen Bürger. Deren Interesse, die eigene Freiheitsausübung in einem rechtlich geordneten Rahmen ungestört ausüben zu dürfen, verdrängt hier als höherrangiges Recht die Gewissensfreiheit des Rechtsbrechers.⁷⁸

An einer vergleichbaren Situation fehlt es jedoch – so wird des Weiteren dargelegt – bei der Kirche. Zum einen steht ihr das Mittel der Ausweisung zu, wenn die Grundlage der

⁷⁴ Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 9 (Bearb. 1992).

⁷⁵ Vgl. gegen die Begrenzung allein auf das *forum externum* mit zahlreichen Nachweisen auch zur Gegenansicht GEROSA, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam (Fn. 6, 1995), 184–185; ferner zur Frage der schweren Sünde etwa 241 m. w. N.

Für eine Trennung hingegen LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 17 (Bearb. 1992) m. w. N., vor 1331, Rn. 5 (Bearb. 1993), um so die Fragen des *forum internum* auszuschneiden und diese allein dem Bußrecht zuzuordnen.

Gegen die Berücksichtigung des *forum internum* vgl. auch HUINZING (Fn. 30) *Concilium* 3 (1967), 660–661. Zu einer praktischen Fallfrage in diesem Zusammenhang vgl. auch unten die Nachweise auf S. 220, in Fn. 1040.

⁷⁶ Vgl. dazu die Aufzählung im Umkehrschluss aus can. 1341 CIC sowie die im Vergleich zur weltlichen Strafrechtsordnung gewonnenen, hierzu parallelen Strafzwecke, die mitunter genannt werden.

⁷⁷ Diese Ansicht ist zutreffend. In Deutschland etwa ist der Schutz vor Auslieferung dem Status, deutscher Staatsangehöriger zu sein, inhärent, vgl. nur KOKOTT, in: *Sachs*, Grundgesetz, München 2007, Art. 16, Rn. 14 und 36 m. w. N.

⁷⁸ Vgl. LUF, *Gewissen und Recht*, ÖAfKR 38 (1989), 21.

Gemeinschaft, der Glaube, von einem Einzelnen nicht mehr geteilt wird.⁷⁹ Ein solcher Ausschluss ist dabei nicht einmal unbedingt als Zwang zu qualifizieren.⁸⁰ Schließlich ist die – insoweit nur deklaratorische –⁸¹ Ausweisung nur Konsequenz aus der vom Betroffenen selbst gewählten Abkehr von der Glaubensgrundlage.⁸² Es gibt also – so wird dargelegt – keinen der Kirche gleichsam von außen auferlegten Grund, die in ihr gemeinsam Lebenden zu einem Mindestmaß an gemeinsamer (Rechts-)Gesinnung zu zwingen. Wo kein äußerer Zwang zum Zusammenbleiben besteht, bedarf es keines Zwanges zur inneren Konformität.

Zum anderen darf es bei ihr keine Strafe geben, um den Einzelnen, der die gemeinsame Glaubensgrundlage zu verlassen sucht, zu einer „Besserung“ oder „Bekehrung“ zu bewegen.⁸³ Dass dem aus Gewissensgründen abweichend Denkenden keine Strafe für eben diese Abweichung erteilt werden kann, ergibt sich aus dem Wesen des Glaubensaktes. Dieser ist eine wesensnotwendig freie Entscheidung des Menschen. Eine durch Strafe erreichte Gesinnungsänderung erscheint so nicht als Glaubenszugewinn, sondern nur als nicht zu rechtfertigender Verstoß gegen die Gewissensfreiheit.⁸⁴

Mehr noch: Kirche ist konstitutiv darauf angewiesen, dass ein gänzlich frei verantworteter Glaube sich entfalten kann.⁸⁵ Der Glaubensakt muss „lebendig, personal verantwortet und unverfügbar bleiben“.⁸⁶ Jedwede „Einwirkung auf die Gewissensentscheidung des Täters mit den Mitteln des Strafrechtes ist [der Kirche] nicht mehr erlaubt.“⁸⁷ Die Kirche hat „nicht (mehr) den

⁷⁹ Distanzierung, um das Bild der *communio* nach innen und außen nicht zu verdunkeln, vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, 1312, Rn. 16 (Bearb. 1992); siehe auch Einl. vor 1311, Rn. 19 (Bearb. 1992).

⁸⁰ LÜDICKE nimmt mit Blick auf den Schutz der *communio fidei* in hohem Maße die Argumentation GEROSAS auf, hier keinen Zwang anzunehmen mit Blick auf die selbstverantwortete Entscheidung des Täters. Wenn gleich dies nicht ausdrücklich festgehalten wird, bleibt nach LÜDICKE'S Konzeption Zwang auch über die Frage von Disziplinarsanktionen hinaus (vgl. dazu eben Fn. 64) aber möglich, siehe Einl. vor 1311, Rn. 19 (Bearb. 1992): „Exkommunikation setzt nach GEROSAS Konzept voraus, dass der Täter selbst die *communio* verlässt. Demzufolge könnte die Kirche diese *communio* nicht aufkündigen, etwa weil ein Gläubiger sich falsch verhält und Gesetze bricht, die der Kirche wichtig sind. Ich halte dagegen eine solche Exkommunikation für möglich“. Es gibt also eine Exkommunikation, deren Wirkung nicht damit „mildernd“ ausgelegt werden kann, dass nur deklaratorisch die Konsequenzen des Tuns des Täters gezogen werden.

⁸¹ Konstitutiv ist der vorangegangene Gewissensentscheid des Betroffenen, gar nicht oder wesentlich anders zu glauben als die Kirche. Weitere Einzelheiten, weshalb nach der Konzeption GEROSAS kein Zwang anzunehmen ist, siehe eben S. 16, Fn. 72 und unten S. 90, Fn. 425.

⁸² Beispielsweise Reaktion auf fortgesetztes Handeln, das nicht mehr mit wesentlichen Wertvorstellungen bzw. Normen der Glaubensgemeinschaft in Einklang zu bringen ist, siehe genauer hierzu oben die Wiedergabe S. 14. Bei LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. v. 1311, 14 (Bearb. 1992) heißt es im Anschluss an GEROSA: „Wenn die Kirche dem Straftäter dort, wo das theologisch legitim ist, den Heilsverlust vor Augen hält (vgl. LG Art. 14), übt sie nicht Zwang aus, nötigt sie ihn nicht zum Handeln gegen seine Überzeugung, sondern deklariert die Folgen seiner Entscheidung.“

⁸³ Dass es zu begrüßen ist, wenn eine Strafe, die aus anderen Strafzwecken zu rechtfertigen ist, zur Besserung führt, ist selbstverständlich, vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, Überblick vor 1341, Rn. 4 (Bearb. 1993); 1341, Rn. 5 (Bearb. 1993). Hier geht es nur darum auszuschließen, dass diese Besserung Primärzweck ist.

⁸⁴ Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 11 (Bearb. 1992); 1312, Rn. 16 (Bearb. 1992); Einführung vor 1321, Rn. 5 (Bearb. 1992); vor 1331, Rn. 3 (Bearb. 1993); Überblick vor 1341, Rn. 4 (Bearb. 1993).

⁸⁵ LUF (Fn. 78), ÖAfKR 38 (1989) 30.

⁸⁶ LUF (Fn. 78), ÖAfKR 38 (1989) 32.

⁸⁷ LÜDICKE, in: MK-CIC, 1312, Rn. 12 (Bearb. 1992); Einführung vor 1321, Rn. 5 (Bearb. 1992).

Auftrag, einen Menschen mit Androhung von Übeln zu einem Verhalten zu bewegen, das seinem Gewissen nicht entspricht.“⁸⁸ Ferner ist – so wird vorgetragen – in systematischer Perspektive auf das Bußrecht zu verweisen, das geschaffen ist, den Täter um seines Heils willen zu bessern.⁸⁹

⁸⁸ LÜDICKE, in: MK-CIC, 1312, Rn. 16 (Bearb. 1992). Vgl. ferner dens., Einl. vor 1311, Rn. 23 (Bearb. 1992); Überblick vor 1341, Rn. 4 (Bearb. 1993).

⁸⁹ Vgl. LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 23 (Bearb. 1992) m. w. N.

C) Dimensionen der Gewissensfreiheit im kirchlichen Recht

Eine Würdigung der sich gegenüber stehenden Positionen verlangt nach einer näheren Beschreibung, was unter dem Gewissensbegriff zu verstehen ist und was Gewissensfreiheit in diesem Kontext zu bedeuten hat.

I. Eine erste Annäherung

In der Pastoralkonstitution „Gaudium et spes“ sind Worte über das Gewissen gefunden worden, die ein erstes Schlaglicht darauf werfen, was mit dem schillernden Begriff des Gewissens nach katholischem Verständnis gemeint ist: Danach hat Gott nämlich dem Menschen das Gewissen „in seinem Herzen eingeschrieben“. Ihm zu gehorchen, gibt dem Menschen seine Würde. Es „ist der verborgenste Kern und das Heiligtum des Menschen, in dem er allein ist mit Gott, dessen Stimme in seinem Innersten widerhallt“. „Im Innersten seines Gewissens entdeckt der Mensch ein Gesetz, das er sich nicht selbst gibt, sondern dem er gehorchen muss und dessen Stimme ihn immer anruft, das Gute zu lieben und zu tun und das Böse zu meiden“ (GS 16⁹⁰).

Gewissen als Verortung, die dem Menschen Anteil gibt an der Wahrheit. Gewissen als Garant menschlicher Würde. Gewissen als bindendes Organ, dem daher zwingend zu gehorchen ist, um nicht eben diese menschliche Hoheit zu verlieren. Soweit darf man Gemeinsamkeit vermuten bei einer ersten Beschreibung des Gewissens nach katholischem Verständnis. Doch bevor nun einige Präzisierungen des Begriffs vorgenommen werden, soll mit Blick auf die konkrete Aufgabenstellung dieser Arbeit näher fokussiert werden, was bei der Darstellung der Gewissenslehre noch näherer Untersuchung bedarf.

Nicht von ungefähr bezieht sich die auf die Gewissensfreiheit gestützte Kritik am Strafrecht gerade auf das Zweite Vatikanische Konzil.⁹¹ Daher liegt die Frage nahe, ob – wie RATZINGER dies in seiner Abhandlung über das Gewissen eingangs formuliert – eine „Gewissensmoral und eine Autoritätsmoral als zwei gegensätzliche Modelle im Kampf miteinander“ stehen.⁹² Gab es ein „vorkonziliares“ Modell, das die christliche Existenz der Autorität unterwirft⁹³, das nunmehr durch ein erneuertes Verständnis des Gewissens abgelöst wurde? Wenn sich nämlich ein erneuertes, vertieftes Verständnis des Naturrechts bzw. des

⁹⁰ Übersetzung aus KKK 1776.

⁹¹ LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, 11 (Bearb. 1992), spricht denn auch von der Ausarbeitung einer „konzilsgemäßen Strafrechtstheorie“.

⁹² RATZINGER, Gewissen und Wahrheit, in: Werte in Zeiten des Umbruchs, Erstveröffentlichung 1992, Freiburg 2005, 102. Vgl. dazu auch – im Rückgriff auf Erich FROMM – HONECKER, Testimonium conscientiae, in: Der Streit um das Gewissen, hrsg. v. Höver u. a., Paderborn 1993, 90.

⁹³ RATZINGER, Gewissen und Wahrheit, in: Werte in Zeiten des Umbruchs (Fn. 92, 2005), 102.

göttlichen Rechts auf dem Konzil ereignet hätte, so verliert auch das Argument, sich zur Beibehaltung des Besserungsstrafzwecks auf die kirchliche Tradition zu berufen, deutlich an Gewicht. Ferner ist zu hinterfragen, ob in der Diskussion um das Gewissen präzise derjenige Zwang definiert wird, der ausreichend ist, um von einem Eingriff in die Gewissensfreiheit zu sprechen.

II. Allgemeine Darstellung der Gewissensfreiheit

1. Lehramtliche Aussagen

a) Aus der Zeit vor dem Zweiten Vatikanischen Konzil

Während einige der kirchlichen Tradition eine Vorreiterrolle in der Ausarbeitung der Gewissensfreiheit bescheinigen,⁹⁴ setzen andere die kirchliche Lehre vor dem II. Vaticanum insbesondere im 19. Jahrhundert mit einem Bollwerk gegen jede Form der Freiheit und damit auch der Gewissensfreiheit gleich.⁹⁵ Erstere Ansicht stützt sich auf die Patristik⁹⁶ bzw. die Scholastik,⁹⁷ insbesondere auf die Autorität des THOMAS VON AQUIN.⁹⁸ Anknüpfungspunkt für letztere Ansicht ist der Wortlaut lehramtlicher Äußerungen vor allem aus Enzykliken des 19. Jahrhunderts.

⁹⁴ Vgl. NEWMAN, Letter to the Duke of Norfolk, in: *Difficulties Felt by Anglicans*, London 1900, 64–66; SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?*, Freiburg 2003, 57; GUGGENBERGER, *Die Würde der menschlichen Person*, in: *Kirche in der Welt von heute*, hrsg. v. *Sandfuchs*, Würzburg 1966, 18–20. Zur Bezeugung der Gewissensfreiheit durch die alte Kirche vgl. auch NEWMAN, *ibid.*, 19.

Ferner dann mit Blick auf das Mittelalter S. 56, mit einem von ihm dem dem IV. Laterankonzil zugeordneten Zitat: „Quidquid fit contra conscientiam, aedificat ad gehennam“ (was immer gegen das Gewissen gemacht wird, führt zur Verdammnis). Dieses Zitat – im Text des IV. Laterankonzils nicht auffindbar – stammt allerdings vom Papst dieses Konzils, nämlich von Papst INNOZENZ III., und zwar aus einem Schreiben an den Archidiakon von Bourges, vgl. so mit Nachweis auf *Corpus Iuris Canonici*, Ed. Richter-Friedberg II, 287, WEBER, *Konkurrenten oder Weggenossen? Das Verhältnis von Gewissen und kirchlichem Lehramt*, in: *Das Gewissen*, hrsg. v. *Gründel*, Düsseldorf 1990, 86.

⁹⁵ So etwa MIETH, *Die Moralenzyklika*, in: *Moraltheologie im Abseits?*, hrsg. v. *dems.*, Freiburg 1994, 16, der von der „finsternen Zeit kirchlicher Freiheits- und Gewissensverachtung im 19. Jahrhundert“ spricht (in die JOHANNES PAUL II. die Kirche zurücktreibe).

Vgl. auch die Kritik der päpstlichen Lehre bei WIEDMANN, *Die Strategie des Gentleman*, in: *Das Gewissen*, hrsg. v. *Gründel*, Düsseldorf 1990, 83, ohne hierzu – in einer Beschreibung der Lehre NEWMANS (!) – dessen entgegengesetzte eigene Einschätzung auch nur zu erwähnen.

⁹⁶ So insbesondere die Bewertung des Konzils selbst, wenn es sich in DH 10 mit ausführlichen Nachweisen auf die Väter bezieht.

⁹⁷ Vgl. NEWMAN, Letter to the Duke of Norfolk, in: *Difficulties Felt by Anglicans* (Fn. 94, 1900), 65.

Angemerkt sei, dass auch im Mittelalter tatsächlich in der Kirche Bewusstsein dafür bestand, dass es keine gewaltsame Bekehrung geben kann, dass vielmehr die eigene Entscheidung notwendig ist, vgl. sehr deutlich Papst ALEXANDER II, 1065, zitiert bei DENZINGER/HÜNERMANN (=DH), *Kompendium der Glaubensbekenntnisse*, Freiburg, Basel, Wien 2005, Nr. 698; siehe Hinweise auf weitere Fundstellen auf S. 1737, bei Nr. 698 jedoch auch auf solche Verlautbarungen und vor allem praktische Handlungen, die eben diesem Grundsatz entgegenstehen.

⁹⁸ Zu ihm näher sogleich S. 27.

aa) Verurteilung der Lehren des MARSILIUS von Padua und ähnlicher Ansichten

Es hätte jedoch schon lange zuvor Anlass für die Kirche bestanden, näher zur Gewissensfreiheit Stellung zu nehmen. Hierbei ging es konkret um die Frage, ob nicht das Ergreifen von Zwangsmaßnahmen, um einen Häretiker zum Seelenheil zu führen, dem von Christus geforderten freien Glaubensakt widerspricht. Denn genau diese These wurde mit – insbesondere später auf protestantischer Seite – großer Wirkung durch MARSILIUS von Padua vertreten.⁹⁹

Zunächst ist erklärend zu ergänzen, dass eine politische und zum Teil dabei recht polemische Stoßrichtung dieser hier theologisch begründeten These zu erkennen ist, der Kirche sämtliche weltliche Macht abzusprechen. Auf diese Weise sollte nämlich im Umkehrschluss der Kaiser oder allgemeiner die staatliche Obrigkeit als alleinige Herrschaftsinstanz gestärkt werden (um so mangels Konfliktpotentials aufgrund der äußeren Alleinherrschaft Frieden zu schaffen).

In der Verurteilung dieser Thesen von MARSILIUS und anderen¹⁰⁰ nahm die Kirche jedoch diese spezifische theologische Anfrage nicht auf.¹⁰¹ Vielmehr wurde ganz allgemein festgehalten, dass Kirche auch weltliche Zwangsgewalt innehaben dürfe. Zur Frage der Vereinbarkeit von Zwangseinwirkung und freiem Glaubensakt findet sich keine eindeutige¹⁰² lehramtliche Aussage.¹⁰³

⁹⁹ Vgl. zu MARSILIUS die Zusammenfassung bei GEROSA, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam (Fn. 6, 1995), 29–40, zum hier interessierenden theologischen Argument siehe 36–37.

¹⁰⁰ Vgl. die 1753 von DE LABORDE veröffentlichten Thesen, wiedergegeben bei GEROSA, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam (Fn. 6, 1995), 101–102.

Siehe ferner insbesondere die toskanische Synode von Pistoia von 1786, vgl. das Zitat bei GEROSA, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam (Fn. 6, 1995), 103: Der Kirche kommt es nicht zu, „mit äußerer Kraft und Gewalt Unterwerfung unter ihre Dekrete einzufordern. Diese Mittel gehören nicht in ihre Kompetenz, weil sie ihr von Christus nicht gewährt worden sind, und sie zudem unvernünftig und unverhältnismäßig sind. Der Geist lässt sich nicht mit Gewalt überzeugen, und die Gesinnung nicht mit Gefängnissen und Feuer verbessern.“

¹⁰¹ Wenn später nicht im Wege der Verurteilung, sondern der positiven Darlegung des Konzepts der *societas perfecta* die Strafgewalt ausdrücklich durch das Lehramt (insbesondere LEO XIII.) – auch durch Erlass des CIC 1917 – begründet wurde (vgl. hierzu GEROSA, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam (Fn. 6, 1995), 104–107), so wird auch mit dieser Lehre zur hier interessierenden Frage der Vereinbarkeit von Glaubensakt und Zwangseinwirkung nicht explizit Stellung genommen.

¹⁰² Bei unbefangener Lektüre eines Teils der Verurteilung der Synode von Pistoia (siehe DH (Fn. 97), Nr. 2605) ist man geneigt, hier schon die Zulässigkeit von Zwang zur Bekehrung im Umkehrschluss anzunehmen. Aufgrund der Eigenart solcher Verurteilungen – dazu näher unten zur Verteidigung kirchlicher Lehre durch NEWMAN ab S. 31 – wäre ein solcher Umkehrschluss allerdings wohl nicht zulässig, vgl. insoweit auch *ibid.* die deutlich vorsichtigere Verurteilung in Nr. 2604 sowie die Einschätzung bei GEROSA, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam (Fn. 6, 1995), 104: Diese Verurteilung deutet „die Bestreitung einer Zwangsgewalt [...] lediglich im Sinn der Forderung, den Anwendungsbereich der Kirchenstrafen einzuschränken [m. w. N. auf andere Autoren, die GEROSAS Einschätzung teilen]. Das Problem der Grundlagen und des Zwecks eines Zwangs in der Kirche wird so nicht einmal gestreift“.

¹⁰³ Siehe zur Verurteilung der Lehre des Marsilius zunächst die Konstitution „*Licet iuxta doctrinam*“ von Papst JOHANNES XXII. vom 23. Oktober 1327, wiedergegeben und übersetzt bei DH (Fn. 97), Nr. 941–946, insbesondere Nr. 945.

Zur Verurteilung der Synode von Pistoia siehe die Konstitution „*Auctorem fidei*“ von Papst PIUS VI. vom 28.8.1794, wiedergegeben und übersetzt bei DH (Fn. 97), Nr. 2600–2700, hier interessierend 2604–2605.

Zur Verurteilung der Lehre von DE LABORDE vgl. die Wiedergabe bei GEROSA, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam (Fn. 6, 1995), 102.

bb) GREGOR XVI.

Papst GREGOR XVI. wird gewöhnlich als derjenige Papst bezeichnet, mit dessen Lehre die hier näher zu überprüfenden Auffassungen des 19. Jahrhunderts grundgelegt wurden.¹⁰⁴ So geißelt der Papst in seiner Enzyklika „Mirari vos arbitramur“ vom 15. August 1832¹⁰⁵ den sog. Indifferentismus, nach dem mit jedem beliebigen Glaubensbekenntnis das ewige Seelenheil erlangt werden könne. Aus solch einer Auffassung, so heißt es im Zusammenhang mit der Verurteilung dieser Lehre, „fließt jene widersinnige und irrige Auffassung bzw. vielmehr der Wahn, einem jeden müsse die Freiheit des Gewissens zugesprochen und gesichert werden“.¹⁰⁶

cc) Syllabus (PIUS IX.)

Auch im Syllabus aus der Zeit PIUS' IX, d. h. der Sammlung in anderen Dokumenten schon geächteter Irrtümer¹⁰⁷, herausgegeben am 8. Dezember 1864,¹⁰⁸ ist in Nr. 15 wiederum der Indifferentismus mit folgendem Satz verurteilt: „Es steht jedem Menschen frei, diejenige Religion anzunehmen und zu bekennen, die man, vom Lichte der Vernunft geführt, für wahr erachtet“.

dd) LEO XIII.

Restriktive Ausführungen zum Gewissensbegriff finden sich auch in der Enzyklika „Libertas praestantissimum“ LEO XIII. vom 20. Juni 1888.¹⁰⁹ Zunächst wird die Würde des Menschen

¹⁰⁴ Siehe allerdings zu Ausführungen PIUS VI. von 1791 sowie von PIUS VII. (1814) ISENSEE, Keine Freiheit für den Irrtum, ZRG Kan. Abt. 73 (1987), 297–298.

¹⁰⁵ ASS 4 (1868) 341, auszugsweise wiedergegeben und übersetzt bei DH (Fn. 97), Nr. 2730–2732.

¹⁰⁶ Siehe DH (Fn. 97), Nr. 2730.

¹⁰⁷ Zur Funktion sowie Verpflichtungskraft des Syllabus, der nur die verurteilenden Sätze, aber keine eigenständigen Aussagen von Papst PIUS IX. enthält, vgl. eindringlich NEWMAN, Letter to the Duke of Norfolk, in: Difficulties Felt by Anglicans (Fn. 94, 1900), 78–84. Dem Dokument – zu dessen Inhalt vgl. seine Stellungnahme S. 85–90; bei (kon-)textgetreuen Lesen brähe die Kritik weitestgehend zusammen (87) – käme keine direkte päpstliche Autorität zu, da es von einem anonymen Autor stamme, der Papst es sich jedoch durch keinen offiziellen Akt zu eigen gemacht habe („the Syllabus makes no claim to be acknowledged as the word of the Pope“, 80; „the Syllabus [...] has no dogmatic force“, 81; außerdem gebe es die – ihrerseits verpflichtenden – früheren Dokumente nicht immer hinreichend wortgetreu und in deren Kontext wieder; mit Blick auf die Religionsfreiheit siehe 84–86). Das Dokument ist von Kardinal ANTONELLI seinerzeit mit einer gleichzeitig veröffentlichten Enzyklika („Quanta cura“) an die Bischöfe versendet worden.

Zum weltweiten Aufschrei nach Veröffentlichung des Syllabus – der nicht zu seinem Verständnis zu passen scheine – vermerkt NEWMAN (90–94), dass dies insbesondere im Zusammentreffen alter kirchlicher Sprache mit einer parteiischen, Aggression vermutenden Lektüre zusammenhinge. Auch die Abstraktion von konkreten päpstlichen Entscheidungen hin zur Bildung theoretischer Lehrsätze durch Kardinal ANTONELLI habe zum Konflikt beigetragen (Beispiel: Vom Papst behandeltes konkretes Problem mit der Religionsfreiheit in Neu-Granada wird durch die allgemeine Formulierung im Syllabus ausgeweitet zu einer Stellungnahme zur Religionsfreiheit im Allgemeinen).

Kritisch mit Blick auf das Herausreißen von Passagen aus dem ursprünglichen Kontext auch die Einleitung bei DH (Fn. 97), Nr. 2901.

¹⁰⁸ Wiedergegeben und übersetzt bei DH (Fn. 97), Nr. 2901–2980.

¹⁰⁹ ASS 20 (1887/1888), 593–595, wiedergegeben und übersetzt bei DH (Fn. 97), Nr. 3245–3255.

aufgrund seiner Freiheit betont, denn er habe die Vollmacht über seine Handlungen inne.¹¹⁰ Das Naturgesetz sei in die Herzen der einzelnen Menschen geschrieben.¹¹¹

Auch menschlichem Gesetz sei Folge zu leisten insoweit, als dieses sich vom Naturrecht bzw. ewigen Recht ableiten lasse.¹¹² Explizit wird ausgeführt, dass ein Übel – jedweder Widerspruch zum Naturrecht – allenfalls in Notsituationen geduldet werden könne, grundsätzlich aber – da Gesetze dem Gemeinwohl zu dienen haben – niemals durch Normen gestützt werden könne.¹¹³ Da jedwede Abweichung vom Glauben dem ewigen Gesetz widerspräche, könne es keine Religionsfreiheit geben, vielmehr diese allenfalls unter widrigen Umständen geduldet werden.¹¹⁴ Freiheit „im wahren Sinne des Namens“ liegt also „nicht darin, dass du tust, was beliebt, ... sondern darin, dass du vermittels der bürgerlichen Gesetze ungehinderter nach den Vorschriften des ewigen Gesetzes leben kannst“, heißt es ferner.¹¹⁵

Vor diesem Hintergrund wird auch die Gewissensfreiheit auf die Ermöglichung bezogen, nach dem Willen Gottes zu leben, als Rechtfertigung eines Lebens ohne den Glauben jedoch abgelehnt: „Auch jene [Freiheit] wird hochgepriesen, die man die Gewissensfreiheit nennt; wenn sie so aufgefasst wird,¹¹⁶ dass es jedem nach eigenem Gutdünken gleichermaßen erlaubt ist, Gott zu verehren [oder] ihn nicht zu verehren, so wird sie durch die oben angeführten Beweise¹¹⁷ zur Genüge widerlegt.“¹¹⁸

ee) Würdigung der Lehre des 19. Jahrhunderts

Wie nun ist diese im 19. Jahrhundert in solcher Schärfe vorgetragene kirchliche Lehre zu bewerten? Man kann – mit KASPER – die Aussagen wohl „heute nur mit Betretenheit und einer guten Portion Unbehagen zur Kenntnis nehmen“.¹¹⁹ ISENSEE bezeichnet sie „gleichsam [als] das

¹¹⁰ Vgl. DH (Fn. 97), Nr. 3245.

¹¹¹ Vgl. DH (Fn. 97), Nr. 3247, „weil es selbst die menschliche Vernunft ist, die recht zu handeln befiehlt und zu sündigen verbietet“. Die Autorität dieses Gesetzes, Pflichten aufzuerlegen, resultiere dabei daraus, dass eben dieses ewige Gesetz durch den Schöpfer selbst eingepflanzt sei. Auf diese Passagen beruft sich JOHANNES PAUL II., in „Veritatis splendor“, Nr. 44.

¹¹² Vgl. DH (Fn. 97), Nr. 3248.

¹¹³ Vgl. DH (Fn. 97), Nr. 3251.

¹¹⁴ Vgl. DH (Fn. 97), Nr. 3252: „Die menschliche Freiheit könnte [dann] durch kein Gesetz [mehr] gezügelt werden“.

¹¹⁵ Vgl. DH (Fn. 97), Nr. 3249.

¹¹⁶ Hier verwendet Papst LEO XIII. nun ausdrücklich eine Formulierung, die verdeutlicht, dass es um die Zurückweisung eines bestimmten Verständnisses der Gewissensfreiheit geht. Siehe hierzu näher sogleich S. 31. Gemeint ist wohl die Ableitung jeglichen normativ bindenden Befehls aus dem ewigen Sittengesetz.

¹¹⁷ DH (Fn. 97), Nr. 3250. Weiter heißt es: „Sie kann aber auch in dem Sinne aufgefasst werden, dass es dem Menschen im Staate erlaubt ist, ohne jede Behinderung aus Pflichtbewusstsein dem Willen Gottes zu folgen und seine Gebote zu erfüllen. Diese wahre, diese der Söhne Gottes würdige Freiheit nun, die die Würde der menschlichen Person auf ehrenvollste Weise schützt, ist größer als alle Gewalt und alles Unrecht: und sie ist der Kirche immer erwünscht und besonders teuer. Eine derartige Freiheit haben die Apostel beständig für sich in Anspruch genommen“.

¹¹⁹ KASPER, Religionsfreiheit als theologisches Problem, in: Freiheit der Religion, hrsg. v. Schwartländer, Mainz 1993, 211.

ptolemäische Menschenrechtsbild der Kirche“, das insbesondere mit *Dignitatis humanae* seine kopernikanische Wende gefunden habe.¹²⁰ Doch kann es nicht sein Bewenden damit haben, einzig den augenscheinlich fundamentalen Unterschied im Duktus zwischen damals und heute zur Bewertung heranzuziehen.

(1) Bedeutung von Wortlaut und Kontext

Bei einer weitergehenden Würdigung¹²¹ – die Frage, in welcher Weise die Zeitbedingtheit kirchlicher Aussagen zu berücksichtigen ist, sei dabei zunächst ausgeklammert¹²² – ist zunächst zu beachten, dass die Aussagen des Lehramts nicht dazu dienen, positiv zu entfalten, was das Gewissen ausmacht. Bei Papst LEO XIII. wird am deutlichsten sichtbar, dass sich die kirchliche Kritik gegen eine Auffassung richtet, die allein die subjektive Vorstellung als Maßstab über Gut und Böse anerkennt.¹²³ Diese Kritik hat sich bis heute nicht geändert und wurde auch damals schon von unverdächtiger Seite geteilt.¹²⁴ Ferner sei hier hingewiesen auf die äußerst detailreiche Untersuchung von KNEIB zu den Entwicklungen im Verständnis der Gewissensfreiheit zwischen 1832 und Abschluss des Zweiten Vatikanischen Konzils. Er kommt dabei zum Schluss, dass „von einem Widerspruch in der kirchlichen Lehre zur Gewissensfreiheit, wie sie heute allgemein verstanden wird, nicht die Rede sein kann“.¹²⁵ Auch ist zu beachten, dass die Lehrschreiben der Päpste nur einen – wenngleich äußerst wesentlichen – Aspekt kirchlicher Positionierung bedeuten.¹²⁶

¹²⁰ ISENSEE (Fn. 104) ZRG Kan. Abt. 73 (1987), 299–300.

¹²¹ Vgl. insoweit auch die betont zurückhaltende geschichtliche Bewertung bei *Justitia et Pax* (Päpstliche Kommission) / Arbeitspapier Kirche und Menschenrechte, S. 8–10 (Nr. 17–22).

¹²² Vgl. hierzu an späterer Stelle die Ausführungen Papst BENEDIKT XVI., wiedergegeben unten ab S. 54.

¹²³ Siehe auch KASPER, *ibid.* (Fn. 119) S. 211: Es werde nur ein „autonomistische[s], rationalistische[s] und liberalistische[s] Verständnis“ verurteilt. „Am sachlichen Anliegen dieser Erklärungen hat sich auch in den positiven Stellungnahmen zur Religionsfreiheit in unserem Jahrhundert nichts geändert.“ Siehe auch *dens.* (Fn. 6) Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse, 1988, 11–12.

¹²⁴ SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 59, zitiert Karl MARX, der für solche Auffassungen nur Ironie und Verachtung übrig gehabt habe.

Übrigens bezeichnet auch ISENSEE die Ausführungen LEO XIII. als die „philosophisch tiefste, scharfsinnigste, gedankenreichste und differenzierteste Kritik am liberalen Freiheitskonzept“, ISENSEE (Fn. 104) ZRG Kan. Abt. 73 (1987), 299.

¹²⁵ KNEIB, *Entwicklungen im Verständnis der Gewissensfreiheit*, Frankfurt a. M. 1996, 420.

KNEIB arbeitet in genauer Textanalyse sowie Aufzeigen des geschichtlichen Umfelds weiterhin insbesondere heraus, dass sich die Verurteilungen in den Enzykliken nicht auf Konzeptionsfragen des Gewissens beziehen, sondern genauer betrachtet fast ausschließlich auf die Frage nach einem staatlicherseits zu gewährenden Recht auf Religionsfreiheit für jedermann (d. h. auch nicht bezogen auf die Religionsfreiheit als solche).

Vgl. hierzu mit Blick auf GREGOR XVI. zusammenfassend 96–102; mit Blick auf PIUS IX. 210–211 sowie LEO XIII. 235–237.

¹²⁶ ISENSEE (Fn. 104) ZRG Kan. Abt. 73 (1987), 300 weist auf ein handgreifliches Beispiel hin. Papst GREGOR XVI. stimmte der Belgischen Verfassung von 1831 zu, und dies wohl trotz innerkirchlichen Widerstands. Diese Verfassung enthielt aber Freiheiten, die in „*Mirari vos*“ verurteilt wurden (diese Verfassung ist noch heute in Kraft, vgl. hierzu MINNERATH, *The Right to Autonomy in Religious Affairs*, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief*, hrsg. v. Lindholm u. a., Leiden 2004, 302: ‘The Belgian Constitution [...] was considered a vanguard liberal Fundamental Law’). Auch dies ist ein Hinweis darauf, dass möglicherweise auch bei der

Dass es von daher nahe liegt, den „überschießenden“, weil undifferenziert die Gewissensfreiheit¹²⁷ verurteilenden Wortlaut nicht überzubewerten, könnte jedoch den Vorwurf einer krampfhaft kirchenfreundlichen Geschichtsklitterung nach sich ziehen.¹²⁸

(2) Bezugnahme des Lehramts auf die Theologie mit Blick auf eine positiv entfaltete Gewissenslehre

Darüber braucht hier nicht befunden zu werden, doch kann zumindest festgehalten werden, dass ein derartiger Einwand jedenfalls nicht zur Gänze verfinde. Von der hier zu behandelnden Thematik kommt es nämlich vor allem darauf an, ob das Verbot, durch Zwang auf das Gewissen einzuwirken, als gänzliche Neuheit im Vergleich zum 19. Jahrhundert zu gelten hat.¹²⁹ Fokussierend auf diese Fragestellung wird man dies kaum bejahen können.¹³⁰ Denn (1.) kann

Interpretation derartiger Dokumente trotz ihres deutlich erscheinenden Wortlauts Vorsicht walten muss; siehe dazu sogleich im Text näher unter Rückgriff auf NEWMAN. Mit Blick auf das Beispiel der belgischen Verfassung ISENSEE zustimmend siehe auch PUTZ, *Christentum und Menschenrechte*, Innsbruck 1991, 89.

¹²⁷ Zur Begrifflichkeit *Gewissensfreiheit* – in der Scholastik wird das Gewissen in seiner Funktion beschrieben, ohne sich eines solchen Begriffes zu bedienen – siehe KNEIB, *Gewissensfreiheit* (Fn. 125, 1996), 44–45. Die Scheu vor dem Begriff hat sich fortgetragen bis ins Zweite Vatikanische Konzil hinein, das ihn ebenso wenig verwendet, 339.

¹²⁸ Jedenfalls wird mitunter – ganz im Gegenteil hierzu – ohne nähere Prüfung vorgetragen, dass die Religionsfreiheit das klassische Beispiel sei, indem sich eine authentische Lehre völlig geändert habe, vgl. etwa STANKE, *Freiheit und religiöser Gehorsam*, Frankfurt a. M. 1993, 10–11; LINDHOLM, *Philosophical and Religious Justification of Freedom of Religion or Belief*, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief*, hrsg. v. dems. u. a., Leiden 2004) 54–55; GRÜNDEL, *Verbindlichkeit und Reichweite des Gewissensspruches*, in: *Das Gewissen*, hrsg. v. dems., Düsseldorf 1990, 120.

Siehe dazu wiederum ISENSEE (Fn. 104) ZRG Kan. Abt. 73 (1987), 306: „‚Konservative‘ Theologen neigen heute dazu, solche Zeugnisse hervorzuheben, welche Kontinuität in der Menschenrechtsfrage belegen können [...]. Umgekehrt dagegen die Argumentationstaktik ‚progressiver‘, kirchenkritischer Theologen: [...] heben sie die Widersprüche zwischen der älteren und der neueren Lehre hervor, um die Hierarchie zu diskreditieren und um zu belegen, dass die Häresie von heute die Orthodoxie von morgen sein könne“.

Der Vorwurf des offenen Widerspruchs bedarf zumindest näherer Begründung – vgl. insoweit die Gedanken bei BÖCKENFÖRDE S. 31, Fn. 166 oder etwa folgende Wertung dieses Gewissensverständnisses als „extremste objektivistische Ausprägung“ bei VIRT, *Gewissen*, in: *Aufbruch des Vat. II heute*, hrsg. v. *Kremer*, Innsbruck 1993, 138–139, ohne dabei ein echtes Ausbrechen aus dem bisherigen Gewissensbegriff zu konstatieren. Nach VIRT ist im 19. Jahrhundert im Lehrsystem der Neuscholastik eine „einseitige Betonung der objektiven Wahrheit gegenüber dem ängstlich abgewehrten Subjektivismus“ festzustellen, nebst dem Versuch, auf abstrakter Ebene ein möglichst lückenloses Moralsystem zu installieren, das das Gewissen als Folge im Wesentlichen nur einfach vorzunehmende deduktive Ableitungen zu leisten hat. Vgl. allerdings dazu auch die der Ansicht VIRTs diametral entgegengesetzte Einschätzung von NEWMAN, *Letter to the Duke of Norfolk*, in: *Difficulties Felt by Anglicans* (Fn. 94, 1900), 43–44.

¹²⁹ Einzig das Zwangsverbot ist es, das zu einer Verwerfung des Besserungsstrafzwecks führen könnte. Die Frage der „Neuheit“ des Zwangsverbot ist insoweit wichtig, als sich damit die Frage nach der Bedeutung der Tradition bemisst, die dieser hier zukommen könnte: Liegt neue Erkenntnis vor, vermag die Tradition, die sich dieser Kenntnis nicht erfreute, wenig Hilfestellung zu geben.

¹³⁰ Selbst wenn also nach damaligem kirchlichen Rechtsverständnis nach einem bekannten BÖCKENFÖRDE-Diktum das Recht der Wahrheit dem Recht der Person vorgehen mag (vgl. auch KASPER, *Theologische Bestimmung der Menschenrechte*, in: dems., *Theologie und Kirche*, Bd. I, Mainz 1987, 177), so ist das zunächst eine sittliche Einschätzung, wonach Staat, Gesellschaft und der Einzelne sich auszurichten haben: Auf den Schutz der (vom Lehramt vorgelegten) Wahrheit. Wenn danach dem Irrtum kein Freiraum verbleiben soll, heißt das aber eben noch nicht, dass er durch zwangsweise Einwirkung auf das Gewissen vertrieben werden soll. Allein um dieses Mittel – den Zwangseinsatz – geht es hier. Siehe allerdings auch insoweit zur Frage der fehlenden Unterscheidung von Legalität und Moralität – mit Verweis auf BÖCKENFÖRDE – ISENSEE (Fn. 104) ZRG Kan. Abt. 73 (1987), 321.

kein Zweifel an der fortwährenden Bedeutung der im Schoß der Kirche entwickelten Gewissenslehre bestehen, insbesondere in der Ausformung durch THOMAS VON AQUIN. Dessen Bedeutung für die Kirche würde nicht gerecht werden, wer die päpstlichen Aussagen als direkt der Lehre des Aquinaten entgegenstehend verstünde.¹³¹ (2.) ist die besondere Rolle John Henry Kardinal NEWMANS zu beachten, der schließlich gerade im 19. Jahrhundert seine wegweisenden Ausführungen zum Gewissen entwarf¹³², und sich im Allgemeinen – wie nicht nur die Kreierung zum Kardinal zeigt¹³³ – der besonderen Wertschätzung der Päpste erfreute.¹³⁴

(a) THOMAS VON AQUIN

THOMAS nun hat insbesondere mit seinen Ausarbeitungen zum irrenden Gewissen und dessen Verbindlichkeit das benannt, was noch heute – bei ausdrücklicher und umfassender Anerkennung einer Gewissensfreiheit – den Kern kirchlicher Verkündigung ausmacht.¹³⁵

Indem THOMAS die Bindung an das Gewissensurteil als ausnahmslos – jedwede kirchliche und göttliche Lehre kann einzig durch Annahme im Gewissen konkrete Verbindlichkeit erlangen – definierte,¹³⁶ wies er die Anschauung zurück, die Gewissenslehre sei nur für noch nicht eindeutig kirchlich entschiedene und deshalb noch sittlich indifferente Fragen anzuwenden.¹³⁷

¹³¹ Vgl. insoweit auch LEO XIII. (vgl. dazu oben S. 24), der sich kurz nach Darlegung der Ausführungen zum Gewissensbegriff wieder auf die Autorität des THOMAS VON AQUIN beruft. Ausdrücklich zu Autorität von Thomas siehe etwa LEO XIII., Enzyklika „Aeterni Patris“ v. 4.8.1879, ASS 12 (1879/80), 98–114, wiedergegeben und übersetzt bei DH (Fn. 97), Nr. 3139–3140.

Siehe ergänzend noch SCHOCKENHOFF, *Testimonium conscientiae*, in: *Der Streit um das Gewissen*, hrsg. v. Höver u. a., Paderborn 1993, 73–74, mit der Wiedergabe des Gewissensbegriffs – gestützt auf THOMAS – bei ALFONS VON LIGUORI, dessen Morallehre entscheidende innerkirchliche Bedeutung zukam.

¹³² Dabei aber selbst ausdrücklich davon ausging, diese auf dem Boden der Lehre der Kirche zu entfalten, vgl. NEWMAN, *Letter to the Duke of Norfolk*, in: *Difficulties Felt by Anglicans* (Fn. 94, 1900), 64–65.

¹³³ Vgl. anlässlich dessen die Stellungnahme im Auftrag von Papst LEO XIII. vom 15. März 1879, wiedergegeben bei <http://www.newmanreader.org/canonization/popes/cardinal.html> (eingesehen am 20.2.2008).

Auch im Übrigen gilt nach SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 60, das seinerzeit „kein Bischof oder Theologe von Rang [es] wagte [...], ihm [hinsichtlich seiner Gewissenslehre] öffentlich zu widersprechen“.

¹³⁴ Dies gilt ausdrücklich für sämtliche LEO XIII. nachfolgenden Päpste, beginnend mit PIUS X., der in einem Brief vom 10. März 1908 ausdrücklich die volle Übereinstimmung dessen gesamten Werks mit der katholischen Lehre zumindest seit seiner Konversion – und damit auch dessen Ausführungen zum Gewissen – bestätigt; zweisprachig wiedergegeben auf <http://www.newmanreader.org/canonization/popes/acta10mar08.html> (eingesehen am 20.2.2008).

¹³⁵ Eine umfassende Darstellung von dessen Konzeption bedarf es hier nicht. Denn aufgezeigt werden sollen nur Kernpunkte, die aufzeigen sollen, dass eine schlichte Marginalisierung des Gewissens – die als Verweigerung der Gewissensfreiheit bezeichnet werden könnte – nicht mit der Lehre des Aquinaten zu vereinbaren wäre und die deshalb nicht ohne weiteres päpstlichen Äußerungen unterstellt werden darf.

Eingehendere Darstellung finden sich in fast jeder längeren Abhandlung zum Gewissen, vgl. beispielsweise SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 104–122 m. w. N.

¹³⁶ Vgl. HEINZMANN, *Gewissen bei Thomas von Aquin*, in: *Das Gewissen*, hrsg. v. Gründel, Düsseldorf 1990, 49 mit Nachweisen; SCHENK, *Evangelisierung und Religionstoleranz: Thomas von Aquin und die Gewissenslehre des II. Vatikanums*, *Forum Katholische Theologie* 8 (1992), 8.

¹³⁷ Siehe etwa STh I–II q. 19, art. 5, etwa mit dem Verweis darauf, dass selbst „credere in Christum“ zunächst im Gewissen erkannt sein muss, da solch ein Glaube andernfalls „in der Erfassung durch die Vernunft in akzidenteller Weise schlecht ist“ (Übersetzung Schönberger, S. 107). Vgl. dazu etwa LAUN, *Das Gewissen*, Innsbruck 1984, 96–97.

Dass dadurch allerdings nicht die objektive, für alle geltende Wahrheit in moralischen Fragen angezweifelt wird, steht für ihn außer Zweifel.¹³⁸ Eine – objektiv betrachtet – sittlich gute Handlung sei nicht allein deshalb gegeben, wenn und weil der Einzelne unverschuldet irre, sondern erst, wenn zudem auch das Handlungsziel nach objektiven Kriterien als gut zu bewerten ist.¹³⁹

Zur Frage, inwieweit dem Einzelnen der Irrtum als schuldhaft zuzurechnen ist, entwickelte THOMAS eine ausdifferenzierte Systematik. Die Denkfigur eines unüberwindlich irrenden Gewissens (*conscientia invincibiliter erronea*) steht dabei am Ende einer breiten Skala¹⁴⁰, die niemals erreicht werden kann wegen mangelnder Einsicht in die Prinzipien des Guten¹⁴¹, sondern allenfalls bei Unkenntnis oder falscher Wahrnehmung der tatsächlichen Voraussetzungen der zu beurteilenden Situation.¹⁴² Für alle Zwischenbereiche, in denen zwar – in jeweils unterschiedlichem Grade – eine Schuld am Irrtum anzunehmen ist, gilt gleichwohl die Grundregel, das in sittlicher Hinsicht dem Gewissensurteil zu folgen ist. Zwar resultiert – aufgrund der Schuldhaftigkeit am Irrtum – aus diesem Handeln Sünde. Doch ist diese geringer einzustufen, als wenn der Mensch gegen das göttliche Gebot handelte, immer seinem Gewissen zu folgen.¹⁴³

Nicht ohne Relevanz für den hier später interessierenden Zusammenhang ist dabei, dass der Vorrang explizit auch gegenüber der geistlichen Autorität der Kirche besteht. Hierfür hat der

Vgl. ferner mit Nachweisen SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 110-111; auf S. 112 findet sich die Übersetzung „Somit ist zu sagen, dass jedes Gewissen, sei es das rechte, sei es das irrende verbindlich ist, und dies dergestalt, dass sündigt, wer gegen sein Gewissen handelt“ (Quodlibetum III q.12, a.2). Siehe aber auch das weitergehende Zitat bei SCHENK, *ibid.*, 11, das darlegt, weshalb auch gesündigt werde, wenn irrenden Gewissen gefolgt wird; dazu auch sogleich näher im Text.

¹³⁸ Vgl. SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 116 mit Nachweisen. Gerade dies werde THOMAS denn auch von einigen aus heutiger Sicht zum Vorwurf gemacht.

¹³⁹ Vgl. mit jeweils mit Nachweisen BÖCKENFÖRDE, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*, Tübingen 2002, 250; SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 116–117; KNEIB, *Gewissensfreiheit* (Fn. 125, 1996), 38.

¹⁴⁰ Vgl. mit Nachweisen SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 118.

¹⁴¹ Siehe die Nachweise bei BÖCKENFÖRDE, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*, Tübingen 2002 BÖCKENFÖRDE, *Geschichte der Rechtsphilosophie* (Fn. 139, 2002), 251.

Insoweit hat THOMAS also eine sehr optimistische Sichtweise mit Blick auf das dem Einzelnen eingepflanzte göttliche Licht, das ihn fähig macht, Einsicht zu nehmen in die göttlichen Gebote; vgl. auch SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 114.

Jedenfalls folgt hieraus, dass die Lehre vom schuldlos irrenden Gewissen nach THOMAS einen deutlich geringeren Anwendungsbereich hat als nunmehr. Vgl. hierzu auch RATZINGER, *Kommentar zu „Gaudium et spes“*, in: *LThK E III*, hrsg. v. *Brechter*, Freiburg 1968, 331, in Abwehr einer von METZ vorgetragenen anthropologischen Wende bei THOMAS.

Im Gegensatz zu METZ kommt BÖCKENFÖRDE, *Geschichte der Rechtsphilosophie* (Fn. 139, 2002), 251, aufgrund dieser Ansicht von THOMAS zum Urteil, dass „eine Infragestellung der Exkommunikation als geistlich-kirchlicher Strafmaßnahme gegen den Gewissenstäter“ durch diesen nicht vorgenommen wurde.

Die hierauf gestützte Argumentation BÖCKENFÖRDES trifft allerdings wohl deshalb nicht zu, als THOMAS einzig die gänzliche Schuldlosigkeit in den genannten Fällen ausschließt, im Übrigen – siehe sogleich im Text – eine nur eingeschränkte Zurechenbarkeit aufgrund des Irrtums damit sehr wohl bejaht.

¹⁴² Diese Einschränkung ist vom Lehramt später – soweit ersichtlich – nicht mehr aufgenommen worden.

¹⁴³ Vgl. SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 119 mit Nachweisen.

Einzelne im schlimmsten Fall den äußeren Zwang der Exkommunikation auf sich zu nehmen, da das innere Gewissen sich dereinst vor dem Urteil Gottes zu verantworten hat.¹⁴⁴

Abschließend ist allerdings noch anzumerken, dass unter Berufung auf die Lehre des Aquinaten mit Blick auf die innerkirchliche Praxis – die im Mittelalter zwangsläufig eine fast allumfassende Praxis darstellte – dessen Gedanken zur Gewissensfreiheit im Ergebnis zurückgedrängt werden konnten. Schließlich forderte THOMAS nur die Freiheit bei der Glaubensannahme, nicht aber mit Blick auf das Festhalten an der einmal erkannten Glaubenswahrheit.¹⁴⁵

(b) John Henry NEWMAN

Über THOMAS hinaus ist nun das Werk NEWMANS näher zu betrachten. Mit Blick auf die Weitsichtigkeit¹⁴⁶ und inhaltliche Brillanz der Ausführungen Kardinal NEWMANS¹⁴⁷ steht außer Zweifel, dass dessen Lehre nicht etwa eine solche ist, die der notwendigen Entfaltung der Gewissensfreiheit entgegensteht.

¹⁴⁴ Vgl. KNEIB, Gewissensfreiheit (Fn. 125, 1996), 38; BÖCKENFÖRDE, Geschichte der Rechtsphilosophie (Fn. 139, 2002), 250; GUGGENBERGER, Würde, in: Kirche in der Welt von heute (Fn. 94, 1966) 19. SCHOCKENHOFF, Wie gewiss ist das Gewissen? (Fn. 94, 2003), 115 zitiert 4 Sent. d.38, a.4 ad 3 (Ed Vives, 760): „Ecclesia enim iudicat secundum ea quae exterius apparent, sed per conscientiam aliquis obligatur ad iudicium Dei qui cor intuetur: et ideo standum est conscientiae, quantumcumque Ecclesia exterius cogat.“ Übersetzt: Die Kirche nämlich urteilt demgemäß, was nach außen hin erscheint. Aber durch sein Gewissen wird ein jeder verpflichtet auf die Entscheidung für Gott, der auf das Herz schaut: und daher ist dem Gewissensurteil zu folgen, wie sehr auch die Kirche das Sichtbare bedenkt.

¹⁴⁵ Vgl.: „...ita accipere fidem est voluntatis, sed tenere iam acceptam est necessitatis“ (Sum. theol. II-II 10, 8 ad 3), zitiert nach SCHOCKENHOFF, Wie gewiss ist das Gewissen? (Fn. 94, 2003), 18. Siehe dazu auch can. 1351 CIC/1917 (hinsichtlich der Missionierung). Kritisch zu dieser Begrenzung neben SCHOCKENHOFF ibid. auch BÖCKENFÖRDE, Geschichte der Rechtsphilosophie (Fn. 139, 2002), 251–252.

Vgl. ferner zur Frage, inwieweit Thomas als Vordenker der Gewissensfreiheit anzusehen ist, die Übersetzung von IV sentent., d. 13. Qu. 2 resp. bei BÖCKENFÖRDE, Geschichte der Rechtsphilosophie (Fn. 139, 2002), 252: „Die weltliche Obrigkeit hat das Recht, die Häretiker hinzurichten, selbst wenn sie nicht die anderen gefährden, denn sie sind Lasterer gegen Gott, weil sie einem falschen Glauben folgen.“

Siehe andererseits auch SCHENK (Fn. 136) Forum Katholische Theologie 8 (1992), 15–17 zur Zeitgeschichtlichkeit sowie zur verbleibenden Übereinstimmung heutiger Gewissenslehre mit den Prinzipien des THOMAS sowie zur Bewertung der Ketzerbemerkung, die nicht das Wesentliche betreffe, sondern falsche Konsequenz aus den zutreffenden Prämissen sei.

Vgl. auch eine der Ketzerbemerkung strukturell ähnliche Argumentationsweise bei Papst PIUS XII., wiedergegeben und einschränkend interpretiert unten im Text S. 33 bei Fn. 173.

¹⁴⁶ Zur eigenständigen Leistung Newmans vgl. SCHOCKENHOFF, Wie gewiss ist das Gewissen? (Fn. 94, 2003), 122–123; 135–137; kurz auch RATZINGER, Kommentar zu GS, in: LThK E III (Fn. 141, 1968), 328.

Nach WIEDMANN, Die Strategie des Gentleman, in: Das Gewissen (Fn. 95, 1990), 83, habe gar das Zweite Vatikanische Konzil bei den Formulierungen über das Gewissen „weitgehend den Wortlaut NEWMANS“ übernommen (sic!).

¹⁴⁷ Vgl. zusammenfassend NEWMAN, Letter to the Duke of Norfolk, in: Difficulties Felt by Anglicans (Fn. 94, 1900), 55–66.

Mit diesem Werk ist NEWMAN auch im KKK zitiert, Nr. 1778.

(aa) Kurzüberblick zu seiner Lehre

NEWMAN lehrt¹⁴⁸, es gebe durch das Gewissen eine Partizipation am göttlichen Gesetz.¹⁴⁹ Es erfülle seine Funktion nicht etwa dadurch, die Übereinstimmung mit sich selbst zu zeigen (desire to be consistent with oneself)¹⁵⁰; vielmehr zeige es sich im Gehorsam gegenüber der göttlichen Stimme.¹⁵¹ Das Gewissen bedürfe der Bildung.¹⁵² Es gebe eine breite Front in der Philosophie, die – der subjektiven Willkür frönend – verneine, dass eine echte Entscheidung zwischen gut und böse möglich sei.¹⁵³ Im allgemeinen Sprachgebrauch sei der Gewissensbegriff zur bloßen Leerformel, zur billig erkaufte Rechtfertigung verkommen.¹⁵⁴ Dem setzt NEWMAN entgegen, dass das Gewissen nur deshalb Rechte habe, weil es seinerseits pflichtgebunden sei.¹⁵⁵

Nachhaltig führt er aus, dass die Heiligkeit des Gewissens der Grund ist, auf dem Kirche gebaut ist.¹⁵⁶ Die Existenz des Papsttums sei damit gerechtfertigt, Antwort auf die Beschwerden derer zu geben, die das *lumen naturale* als nicht ausreichend erachten („feel the insufficiency of the natural light“). Denn nichts sei größeren Gefahren ausgesetzt als der Sinn für das Gute und Böse.¹⁵⁷

Ebenso deutlich führt er aus, weshalb die auf generelle Aussagen bezogene päpstliche Unfehlbarkeit grundsätzlich nicht zu einem direkten Konflikt mit dem einzelfallbezogenen Gewissensurteil führen könne.¹⁵⁸ Auch die Lehre vom irrenden Gewissen wird entfaltet.¹⁵⁹

¹⁴⁸ Zusammenfassende Darstellung etwa bei SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 122–140. Auch hier gilt das oben – S. 27, Fn. 135 – Gesagte: Einer eingehenden Darstellung bedarf es an dieser Stelle nicht.

¹⁴⁹ Vgl. NEWMAN, *Letter to the Duke of Norfolk*, in: *Difficulties Felt by Anglicans* (Fn. 94, 1900), 55. In der dialogischen Struktur, die NEWMAN hierzu erarbeitet, wird ein gewichtiger Unterschied zur neuscholastischen Lehre erkennbar, so KNEIB, *Gewissensfreiheit* (Fn. 125, 1996), 239 m. w. N. Ganz allgemein gelte für NEWMAN, dass Intention und Grundaussagen denen der Neuscholastik entsprechen, nicht aber Methodik und Selbstverständnis, *ibid.* 240.

¹⁵⁰ Vgl. NEWMAN, *Letter to the Duke of Norfolk*, in: *Difficulties Felt by Anglicans* (Fn. 94, 1900), 57.

¹⁵¹ Vgl. NEWMAN, *ibid.*, 62.

¹⁵² Vgl. NEWMAN, *ibid.*, 56; ferner ders., *An Essay on the Development of Christian Doctrine* (Oxford, 2. A. 1878, Nachdruck Notre Dame 1989), 87, auch mit Blick auf die Rolle von Gehorsam.

¹⁵³ Vgl. NEWMAN, *ibid.*, 57.

¹⁵⁴ Vgl. NEWMAN, *ibid.*, 58: „When men advocate the rights of conscience, they in no sense mean the rights of the Creator, nor the duty to Him, in thought and deed, of the creature; but the right of thinking, speaking, writing, and acting, according to their judgement or their humour, without any thought of God at all. They do not even pretend to go by any moral rule, but they demand, what they think is an Englishman’s prerogative, to be his own master in all things“.

¹⁵⁵ Vgl. NEWMAN, *ibid.*, 58: „Conscience has rights because it has duties.“ Diese Sentenz zitiert Papst JOHANNES PAUL II in der Enzyklika „*Veritatis splendor*“ vom 6.8.1993, Nr. 32.

¹⁵⁶ Vgl. NEWMAN, *ibid.*, 60.

¹⁵⁷ Vgl. NEWMAN, *ibid.*, 60.

¹⁵⁸ Vgl. NEWMAN, *ibid.*, 63–64.

¹⁵⁹ Vgl. NEWMAN, *ibid.*, 65; ferner ders., *An Essay on the Development of Christian Doctrine* (Fn. 152, 1888), 86–87.

(bb) Verteidigung der lehramtlichen Aussagen durch NEWMAN

Hinzu kommt, dass er es war, der die hier in Rede stehende kirchliche Lehre nachhaltig verteidigte.¹⁶⁰ Schroff weist er den Vorwurf mangelnder Modernität zurück.¹⁶¹ Man missverstehe die römischen Dokumente, wenn man nicht genau ihren Wortlaut und „the animus which they breathe“ beachte.¹⁶² Die kirchliche Lehre richte sich allein gegen ein Verständnis des Gewissens als einem bloßen Recht, den eigenen Willen durchzusetzen.¹⁶³ Es sei bei einer Verurteilung im Rahmen einer Enzyklika üblich, dass dieselbe Formulierung gewählt wird, wie die des betreffenden Autors. Mit größtem Nachdruck vertritt NEWMAN, dass die eben zitierte Verurteilung der Gewissensfreiheit durch GREGOR XVI. daher einzig diejenige Gewissensfreiheit betreffe, wie sie durch die liberalistischen Lehren vertreten wird. Gleiches gelte für den Syllabus PIUS IX.¹⁶⁴ Festzuhalten sei, dass es nicht ein einziges offizielles kirchliches Dokument gebe, indem die Pflicht, immer dem Gewissen zu folgen, verneint werde – was im Übrigen den Selbstmord der Kirche bedeutet hätte.¹⁶⁵

(3) Ergebnis

Nach allem bleibt festzuhalten, dass die Behauptung, Gewissensfreiheit sei im 19. Jahrhundert mit allen Mitteln bekämpft worden, in solcher Allgemeinheit¹⁶⁶ unzutreffend ist. Wenngleich die konstitutive Bedeutung des Gewissens nicht in der Weise im Vordergrund stand, wie dies heute

¹⁶⁰ In Reaktion auf Verdächtigungen katholischer Staatsuntertanen im Hinblick auf das Unfehlbarkeitsdogma durch den britischen Premierminister Gladstone (im hier in der Auflage aus 1900 zitierten offenen Brief an den Herzog von Norfolk, 1874). Siehe allgemein zu zeitgenössischen Verteidigungsversuchen insbesondere in Reaktion auf die Aussagen PIUS IX. indes auch BLOCH, *Amtskirche und Menschenrechte seit 1215*, Frankfurt a. M. 2008, S. 94.

¹⁶¹ Vgl. NEWMAN, *Letter to the Duke of Norfolk*, in: *Difficulties Felt by Anglicans* (Fn. 94, 1900), 6. SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 60–61, sieht NEWMAN dabei in einem „Zweifrontenkrieg“ zwischen schrankenlosem Liberalismus in der Gesellschaft und einer „extrem papalistischen Ekklesiologie“, die die lange kirchliche Tradition zum Gewissen zu verdunkeln drohte.

¹⁶² Vgl. NEWMAN, *ibid.*, 8; vgl. mit Blick auf die Beachtung des Wortlaut 45–46; 62–63.

¹⁶³ „Right of self-will“, vgl. NEWMAN, *ibid.*, 58.

¹⁶⁴ Vgl. NEWMAN, *ibid.*, 59.

¹⁶⁵ Vgl. NEWMAN, *ibid.*, 59–60.

¹⁶⁶ Vgl. aber BÖCKENFÖRDE, *FAZ* v. 07.12.2005, S. 39, der nach einer Analyse der hier maßgeblichen Texte zum Schluss kommt, die Gegensätzlichkeit zu DH sei „offenkundig“. Ein Teil der alten Lehre sei – was nicht anders als durch Teilwiderspruch bzw. Teilaufhebung zu erklären sei – als naturrechtswidrig aufgehoben (zustimmend und m. w. N. auf BÖCKENFÖRDE siehe auch HAFNER, *Kirchen im Kontext der Grund- und Menschenrechte*, Freiburg (Schweiz) 1992, 144). Hierbei geht es BÖCKENFÖRDE aber um Aspekte, die nicht direkt die Gewissenslehre betreffen, sodass dessen Ausführungen hier dahingestellt bleiben können. Eine dem entgegengesetzte Positionierung findet sich bei BENEDIKT XVI., siehe dazu unten ab S. 54. Dazu äußert sich BÖCKENFÖRDE leider (noch) nicht in Vorbemerkung zu: *Die Anerkennung der Religionsfreiheit*, in: *Kirche und Christlicher Glaube*, 2. A. Münster 2007, 195; vielmehr geht er dort davon aus, dass auf den Befund der Unvereinbarkeit „kirchliche Lehre und Theologie bislang überwiegend mit Schweigen“ reagierten. Einzelne „Versuche, sich darauf einzulassen“, seien nicht tragfähig. Siehe ebenso wenig Auseinandersetzung mit der Ansicht BENEDIKTS XVI. in *Über die Autorität päpstlicher Lehrenzyklen*, ebd. ab S. 471.

grundsätzlich der Fall ist: Die Lehre, mit der das Gewissen beschrieben wird, blieb in ihrem Kernbestand¹⁶⁷ wohl unangetastet. Jedenfalls aber wurde das Zwangsverbot nicht gelehnet.

ff) PIUS XII.

Hinzuweisen ist nun noch auf die Zeit direkt vor dem Zweiten Vatikanischen Konzil.¹⁶⁸ In einem für diesen Kontext bedeutsamen Dokument aus der Zeit PIUS XII. verwarft sich die Kirche gegen ein Verständnis, dass die Gewissenslehre heranzieht, um ein Letztentscheidungsrecht des Menschen gegen das nur relative Gültigkeit besitzende Naturrecht zu begründen. Mit Instruktion des Heiligen Offiziums vom 2. Feb. 1956¹⁶⁹ werden derartige Positionen, die zusammenfassend als „Situationsethik“ bezeichnet werden könnten, verworfen. Im Umkehrschluss zu dieser Verurteilung wird nahe gelegt, der Mensch solle mit seinem Gewissen nach objektiven Gesetzen, nicht aber nach einer individuellen inneren Intuition urteilen. So heißt es: „Die Autoren, die diesem System folgen, behaupten, dass die entscheidende und letzte Handlungsnorm nicht die rechte objektive Ordnung sei, die durch das Naturgesetz festgelegt und aus diesem Gesetz sicher erkannt ist, sondern ein gewisses innerstes Geistesurteil und -licht des Individuums, durch das ihm, wenn es sich in der konkreten Situation befindet, klar wird, was es tun soll. Diese letzte Entscheidung des Menschen ist nach ihnen also nicht, wie die bei den Autoren von größerer Bedeutung überlieferte objektive Ethik lehrt, eine Anwendung des objektiven Gesetzes auf den besonderen Fall unter [...] Berücksichtigung [...] der besonderen Umstände [...], sondern unmittelbar jenes innere Licht und Urteil“. Kurz darauf heißt es, ein Urteil i. S. d. Situationsethik sei „in Bezug auf seine objektive Richtigkeit und Wahrheit an keiner außerhalb [...] von [der] subjektiven Überzeugung unabhängigen objektiven Norm [...] zu messen“.

Die Tendenz, die Wichtigkeit des objektiven Naturrechts auch für das Gewissensurteil hervorzuheben, ist unübersehbar. Doch ist auch hier zu beachten, dass keine positive Beschreibung dessen gegeben werden soll, was Gewissen im Sinne katholischer Lehre sei. Ferner scheint der letzte zitierte Satz von entscheidender Bedeutung zu sein. Denn „Situationsethik“ wird danach hier sicher nur dann verurteilt, wenn das konkrete Gewissensurteil¹⁷⁰ nicht mehr von

¹⁶⁷ Kernbestand zumindest mit Blick auf den hier zu behandelnden Kontext. Inwieweit beispielsweise die Frage nach der dialogischen Struktur der Erkenntnisgewinnung nicht als Kernfrage zu qualifizieren wäre, sei dahingestellt.

¹⁶⁸ Zu den Päpsten des frühen 20. Jahrhunderts, etwa PIUS XI. vgl. Beispiel PUTZ, Christentum und Menschenrechte (Fn. 126, 1991), 114 m. w. N.

¹⁶⁹ AAS 48 (1956), 144–145, wiedergegeben und übersetzt bei DH (Fn. 97), Nr. 3918–3921. Zitiert mit dem Satz, das Gewissen realisiere „die Anwendung des objektiven Gesetzes auf einen Einzelfall“, bei JOHANNES PAUL II., „Veritatis splendor“, Nr. 59.

¹⁷⁰ Unabhängig von der davon zu trennenden Frage der Schuld des Einzelnen am etwaigen Irrtum.

außen danach beurteilt werden darf, ob es in der Sache richtig und falsch lag. Dann nämlich könnte es – mangels Überprüfbarkeit – ein „irrendes“ Gewissen nicht mehr geben.¹⁷¹

Die Vorrangstellung der Wahrheit vor dem Irrtum bleibt allerdings auch bei PIUS XII. nicht folgenlos. Zwar mag man Ansätze zu einer positiveren Beurteilung der Gewissensfreiheit erkennen.¹⁷² Doch heißt es auch, die „Glaubensfreiheit und Gewissensfreiheit [fänden ihre wesentlichen Grenzen] in der Wahrhaftigkeit des sich offenbarenden Gottes. [...] Daraus folgt, dass ein Glied der Kirche nicht ohne Schuld die einmal erkannte [...] Wahrheit leugnen [...] kann. Und wenn die Kirche, nachdem sie die Tatsache der Häresie oder der Apostasie festgestellt hat, dieses Glied der Kirche straft, zum Beispiel, indem sie es aus der Gemeinschaft der Gläubigen ausschließt, so bleibt sie streng im Bereich ihrer Vollmacht und wahrt sozusagen ihr Hausrecht.“¹⁷³ So scharf diese Worte zunächst klingen mögen: Mit dem Verweis auf das „Hausrecht“ und dem Beispiel der Ausgrenzung (Exkommunikation) folgert der Papst hier aus dem Vorrang der Wahrheit nichts substantiell anderes als das, was der Kirche etwa auch nach der Konzeption LÜDICKES erlaubt bliebe.¹⁷⁴ Die kirchliche Gewissenslehre wird durch eine solche Ausgrenzung nicht direkt betroffen. In seiner ausführlicheren Ansprache zur Beziehung zwischen Gewissen und Erziehung¹⁷⁵ wird zwar – wie von seinen Vorgängern – die Bezogenheit des Gewissens auf das objektiv Gute und die Abwehr von „neuer Moral“¹⁷⁶, von „individualistischer Autonomie des Gewissens“¹⁷⁷ betont. Gleichwohl wird allgemein die Bindung an die althergebrachte katholische Lehre betont.¹⁷⁸ Wenngleich nur „einige Grundbegriffe“, nicht aber etwa die Lehre vom irrenden Gewissen wiederholt werden, so wird immerhin in besonderer Deutlichkeit das Gewissen als „innerster und geheimster Kern des Menschen“ und als Heiligtum beschrieben.¹⁷⁹

¹⁷¹ Vgl. insoweit auch die zuvor schon verfasste, die offizielle Zurückweisung an Schärfe übertreffende Kritik an der – ähnlich beschriebenen (S. 330–333) – Situationsethik bei RAHNER, Situationsethik und Sündenmystik, Stimmen der Zeit 1949–1950, 335–340.

¹⁷² PIUS XII., Ansprache an die Römische Rota 1946, *Utz/Groner* (Rn. 18), Bd. II, Nr. 2730–2731; eine gewisse Wertschätzung über die bloße Vorstellung von Toleranz wird wohl erkennbar; siehe auch PIUS XII., Rundfunkbotschaft Weihnachten 1942, bei *Utz/Groner* (Rn. 18), Bd. I, Nr. 252. Der Papst lehnt überdies auch deutlich psychische Tortur insbesondere im Zusammenhang mit Strafprozessen als naturrechtswidrig ab, siehe PIUS XII., Ansprache an den Internationalen Strafrechtskongress 1953, bei *Utz/Groner* (Rn. 18), Bd. I, Nr. 451–452.

¹⁷³ PIUS XII., Ansprache an die Römische Rota 1946, *Utz/Groner* (Rn. 18), Bd. II, Nr. 2734.

¹⁷⁴ Zumindest missverständlich ist es allerdings, wenn in Nr. 2753 ein Bedauern darüber herauszuhören ist, dass „die richterliche Gewalt des Staates sich weniger gebunden fühlt“ hinsichtlich der „Delikte gegen den Glauben oder [die] Apostasie, die Fälle, die die ‚Gewissensfreiheit‘ und die ‚religiöse Toleranz‘ betreffen.

¹⁷⁵ Pius. XII., Radioansprache zum Tag der Familie 1952, *Utz/Groner* (Rn. 18), Bd. I, Nr. 1744–1770.

¹⁷⁶ Nr. 1757 und öfter.

¹⁷⁷ Nr. 1756.

¹⁷⁸ Nr. 1747 und öfter.

¹⁷⁹ Nr. 1746.

gg) JOHANNES XXIII.

Die bittere Schärfe und die – zumindest –¹⁸⁰ missverständliche Wortwahl, die den älteren Lehraussagen vorgeworfen werden kann, gehört spätestens mit Papst JOHANNES XXIII. der Vergangenheit an. Das Gewissen wird von ihm kurz vor Beginn des Zweiten Vatikanischen Konzils in seiner Enzyklika „Pacem in terris“ als Innerstes des Menschen bezeichnet, dem der Schöpfer eine Ordnung eingeschrieben habe.¹⁸¹ Die Würde der menschlichen Person erfordere es, „dass der Mensch in seinem Tun sich des eigenen Entschlusses und der Freiheit erfreut“. Und dies geschehe so, „dass jeder nach seiner Überzeugung [...] handelt, nicht mehr auf Veranlassung von Strafandrohung und Aufforderung, die meist von außen kommen; denn wenn eine Gemeinschaft von Menschen allein nach dem Prinzip der Gewalt eingerichtet ist, dann ist zu sagen, dass sie nichts Menschliches in sich birgt“.¹⁸²

b) Zweites Vatikanisches Konzil

Das Zweite Vatikanische Konzil hat sich in aller Ausdrücklichkeit¹⁸³ der Frage nach dem Gewissen angenommen.

aa) Gaudium et spes

Zunächst sind die eingangs zitierten Hauptgedanken – das Gewissen als Würde verleihender Ort direkter Begegnung mit Gott sowie als Instanz, die zum Guten aufruft und die Gehorsam verlangt – der Pastoralconstitution „Gaudium et spes“ erneut zu bedenken.¹⁸⁴

Wenn dort so explizit von einem Alleinsein mit Gott gesprochen wird, so impliziert dies auch die Letztverantwortung des Menschen, die als gleichzeitige Abwehr einer unvermittelten Fremdbeeinflussung zu verstehen ist. Der Gedanke an jenen so berühmt gewordenen Ausspruch

¹⁸⁰ Um keine Wertung zu treffen, ist ferner anzufügen: zumindest im heutigen Kontext.

¹⁸¹ AAS 55 (1963), 257, 258, wiedergegeben und übersetzt bei DH (Fn. 97), Nr. 3956.

¹⁸² AAS 55 (1963), 257, 265, wiedergegeben und übersetzt bei DH (Fn. 97), Nr. 3972. Siehe auch in Nr. 3980: „Da aber alle Menschen ihrer natürlichen Würde nach untereinander gleich sind, kann niemand einen anderen dazu zwingen, etwas mit der tiefsten Regung seines Herzens zu tun; denn dies vermag allein Gott, da er ja allein die geheimen Ratschlüsse des Herzens erforscht und beurteilt. Die Repräsentanten des Staates können also nur dann Menschen im Gewissen ihres Herzens verpflichten, wenn ihre Autorität mit der Autorität Gottes in Verbindung steht und an ihr teil hat.“ Das allerdings *der Staat* nicht immer Rücksicht auf die Gewissensentscheidung des Einzelnen nehmen kann, wird auch von den Kritikern kirchlicher Einwirkung auf das Gewissen vorgetragen, vgl. oben ab S. 17 bei Fn. 77.

Vgl. zu dieser Enzyklika auch die Einschätzungen bei KASPER (Fn. 6) Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse, 1988, 16–17.

¹⁸³ Neben den sogleich genannten Passagen findet das Gewissen mehrfach am Rande Erwähnung, vgl. etwa GE 1, 6, 8; IM 5, 9, 21; LG 36.

¹⁸⁴ Dass Gott es ist, der durch das Gewissen spricht, ist auch in LG 16 festgehalten.

NEWMANS liegt nahe, in dem er im fiktiven Trinkspruch das Gewissen noch vor dem Papst hochleben lässt und somit dessen konstitutive Bedeutung herausstreicht.¹⁸⁵

Ferner wird in GS 16 die Lehre vom irrenden Gewissen ausdrücklich aufgenommen: „Nicht selten jedoch geschieht es [non raro tamen evenit],¹⁸⁶ dass das Gewissen aus unüberwindlichen Unkenntnis irrt, ohne dass es dadurch seine Würde verliert. Das kann man aber nicht sagen, wenn der Mensch sich zuwenig darum müht, nach dem Wahren und Guten zu suchen, und das Gewissen durch Gewöhnung an die Sünde allmählich fast blind wird.“ Folgerichtig wird in GS 17 fortgeführt, dass der Mensch „nur frei [...] sich zum Guten hinwenden kann“. „Die Würde des Menschen verlangt daher, dass er in bewusster und freier Wahl handle, das heißt personal, von innen her bewegt und geführt und nicht unter blindem innerem Drang oder unter bloßem äußeren Zwang“.¹⁸⁷ Zur Gewissensbildung bedürfe es einer sorgfältigen Erziehung zu einer „umfassenderen Kultur des Herzens“ (GS 31).¹⁸⁸

Ferner wird feierlich proklamiert, dass die Würde des Gewissens und seine freie Entscheidung von Evangelium und Kirche als heilig geachtet werden (GS 41). Wenn somit dieses Recht auch im Einklang mit der „Dynamik der Gegenwart“ zu schützen ist, so muss diese gegenwärtige Bewegung jedoch „vom Geist des Evangeliums erfüllt und gegen jede Art falscher Autonomie geschützt werden. Wir sind nämlich der Versuchung ausgesetzt, unsere persönlichen Rechte nur dann für voll gewahrt zu halten, wenn wir jeder Norm des göttlichen Gesetzes ledig wären. Auf diesem Weg aber geht die Würde der menschlichen Person, statt gewahrt zu werden, eher verloren“ (GS 41).¹⁸⁹

Auch ein Einzelbeispiel zur Gewissenslehre wird in „Gaudium et spes“ benannt, nämlich die Verantwortung der Gatten für ihre Aufgabe, menschliches Leben weiterzugeben. Dies sei nach deren Gewissen zu beurteilen, wobei sie sich dabei auszurichten haben am göttlichen

¹⁸⁵ „If I am obliged to bring religion into after-dinner toasts, (which indeed does not seem quite the thing) I shall drink, – to the Pope, if you please, – still, to Conscience first, and to the Pope afterwards.“ So NEWMAN, Letter to the Duke of Norfolk, in: Difficulties Felt by Anglicans (Fn. 94, 1900), 66.

¹⁸⁶ Die Unüberwindlichkeit des Irrtums im Gewissen wurde zuvor grundsätzlich als Ausnahmefall betrachtet (vgl. SCHOCKENHOFF, Testimonium conscientiae, in: Der Streit um das Gewissen (Fn. 131, 1993), 80) und weitergehend bei THOMAS in den Fällen nicht anerkannt, in denen das Gewissen sich im Irrtum über eine objektive Norm der Sittenlehre befinde. Wenn nun hier von „nicht selten“ gesprochen wird, so kann aus der quantitativen Einschätzung möglicherweise auf einen Wechsel der Sichtweise geschlossen werden (und dies darf zumindest mit Blick auf die Ablehnung der einengenden Auffassung bei THOMAS auch angenommen werden). Allerdings kann sich dies ebenso daraus erklären, dass kurz zuvor von „allen Menschen“ gesprochen wurde. Anders als im Mittelalter ist nunmehr deutlich evidenter, dass nicht wenige Teile der Menschheit keine ernsthafte Gelegenheit haben, sich mit der christlichen Lehre und damit in diesem Sinne mit der Wahrheit auseinander zu setzen. Mit Blick auf diese Menschen ist das „nicht selten“ eine schlichte Tatsachenbeschreibung, ohne dass ein zwingender Rückschluss noch möglich bleibt.

¹⁸⁷ Übersetzungen nach RAHNER/VORGRIMLER, Kleines Konzilskompodium, Freiburg, 24. A. 1993, 462–463.

¹⁸⁸ Übersetzung hier nach DH (Fn. 97), Nr. 4331.

¹⁸⁹ Übersetzung nach RAHNER/VORGRIMLER, Konzilskompodium (Fn. 187), 489.

Gesetz. Beim Gewissensurteil müssen sie dabei „hören auf das Lehramt der Kirche, das dieses göttliche Gesetz im Licht des Evangeliums authentisch auslegt“ (GS 50).¹⁹⁰

bb) Dignitatis humanae

Von Bedeutung mit Blick auf den Gewissensbegriff ist auch die Erklärung über die Religionsfreiheit, *Dignitatis humanae*.¹⁹¹ So findet sich hier eine ausdrückliche Passage zur Gewissensbildung. Danach müssen die Christgläubigen dabei „die heilige und sichere Lehre der Kirche sorgfältig vor Augen haben. Denn nach dem Willen Christi ist die katholische Kirche die Lehrerin der Wahrheit; ihre Aufgabe ist es, die Wahrheit, die Christus ist, zu verkünden und authentisch zu lehren, zugleich auch die Prinzipien der sittlichen Ordnung, die aus dem Wesen des Menschen selbst hervorgehen, autoritativ zu erklären und zu bestätigen“ (DH 14).

Wenn es wenig später heißt, der Jünger Jesu Christi habe „die ernste Pflicht, die [...] Wahrheit [...] kraftvoll zu verteidigen unter Ausschluss aller Mittel, die dem Geist des Evangeliums entgegengesetzt sind“ (DH 14), zeigt sich die besondere Bedeutung der Erklärung.¹⁹² Nachdrücklich wird immer wieder die Freiwilligkeit betont, die in Sachen des Glaubens zu gelten habe. Dem Irrtum ist „in Liebe, Klugheit und Geduld zu begegnen“, denn Christi Einladung geht dahin, „den Glauben freiwillig anzunehmen und zu bekennen“ (DH 14). So heißt es weiter, dass die Menschen eine verantwortliche Freiheit besitzen und von dieser „nicht unter Zwang, sondern vom Bewusstsein der Pflicht“ Gebrauch machen sollen (DH 1). Klargestellt bleibt, dass die aus der geoffenbarten christlichen Wahrheit folgenden Pflichten „die Menschen in ihrem Gewissen berühren und binden“ (DH 1). Später heißt es: „Der Mensch vermag aber dieser [aus der Wahrheit resultierenden] Verpflichtung nicht nachzukommen, wenn er nicht im Genuss der inneren, psychologischen Freiheit und zugleich der Freiheit von äußerem Zwang steht“ (DH 2). Dieses Recht bleibt „auch denjenigen erhalten, die ihrer Pflicht, die Wahrheit zu suchen und daran festzuhalten, nicht nachkommen, und ihre Ausübung darf nicht gehemmt werden, wenn nur die gerechte öffentliche Ordnung gewahrt bleibt“ (DH 3). Grenzen der Gewissensfreiheit werden lediglich mit Blick auf die menschliche Gesellschaft, sprich den Staat, entwickelt, da hier das gegenseitige Aufeinanderangewiesensein zu beachten sei und Missbräuche denkbar seien (DH 7).

¹⁹⁰ Übersetzung nach RAHNER/VORGRIMLER, Konzilskompendium (Fn. 187), 502.

¹⁹¹ Zur grundsätzlich gleichen Verbindlichkeit gerade dieser Erklärung im Verhältnis zu den Konstitutionen vgl. HÜNERMANN, Hermeneutische Reflexion, in: Herders Theologischer Kommentar Vat. II, Bd. 5, hrsg. v. dems. u. a., Freiburg 2006, 57.

¹⁹² Erstes Anliegen der Erklärung ist es dabei, Religionsfreiheit als Recht im staatlich-gesellschaftlichen Bereich zu erklären. Soweit nun von Zwangsfreiheit gesprochen wird, so gilt dies insbesondere mit Blick auf die menschliche Würde. Vgl. näher zur Einordnung an späterer Stelle S. 60, Fn. 303.

Die Freiheit von Zwang in religiösen Dingen wird überdies ausführlich begründet¹⁹³ aus der Würde der Person heraus (DH 9), am Beispiel Jesu Christi (DH 11) sowie mit Belegen aus der Patristik (DH 10): Danach ist „der Glaubensakt [...] seiner Natur nach ein freier Akt, da der Mensch, von seinem Erlöser Christus losgekauft und zur Annahme an Sohnes Statt durch Jesus Christus berufen (vgl. Eph 1, 5), dem sich offenbarenden Gott nicht anhängen könnte, wenn er nicht [...] Gott einen vernunftgemäßen und freien Glaubensgehorsam leisten würde. Es entspricht also völlig der Wesensart des Glaubens, dass in religiösen Dingen jede Art von Zwang von Seiten der Menschen ausgeschlossen ist“ (DH 10). Durch „Zwang und Kunstgriffe“ zu bekehren, ist „des Evangeliums nicht würdig“ (DH 11).

cc) **Lumen gentium**

Ferner ist der Blick zu lenken auf die dogmatische Konstitution über die Kirche „Lumen Gentium“, bei der betont wird, dass auch die außerhalb des sichtbaren Gefüges der Kirche Stehenden gerettet werden können: „Wer nämlich das Evangelium Christi und seine Kirche ohne Schuld nicht kennt, Gott aber aus ehrlichem Herzen sucht, seinen im Anruf des Gewissens erkannten Willen unter dem Einfluss der Gnade in der Tat zu erfüllen trachtet, kann das ewige Heil erlangen“ (LG 16).¹⁹⁴

dd) **Weiteres**

Hinzuweisen ist noch auf die Aussagen zur Frage des sog. religiösen Gehorsams. In der Konstitution über die göttliche Offenbarung „Dei verbum“ heißt es: „Dem offenbarenden Gott ist der ‚Gehorsam des Glaubens‘ (Röm 16, 26; vgl. Röm 1,5; 2 Kor 10, 5–6) zu leisten. Darin überantwortet sich der Mensch Gott als ganzer in Freiheit, indem er sich ‚dem offenbarenden Gott mit Verstand und Willen voll unterwirft‘ und seiner Offenbarung willig zustimmt. Dieser Glaube kann nicht vollzogen werden ohne die zuvorkommende und helfende Gnade Gottes und ohne den inneren Beistand des Heiligen Geistes, der das Herz bewegen und Gott zuwenden, die Augen des Verstandes öffnen und ‚es jedem leicht machen muss, der Wahrheit zuzustimmen und zu glauben‘“ (Nr. 5).¹⁹⁵

¹⁹³ Neben der positiven Begründung wird auch die Vereinbarkeit mit der bisherigen katholischen Lehre überprüft. Dazu heißt es eingangs, die heilige Tradition und Lehre der Kirche seien befragt worden, „aus denen [die Kirche] immer Neues hervorholt, das mit dem Alten in Einklang steht“ (DH 1). In DH 12 heißt es: „Gewiss ist bisweilen im Leben des Volkes Gottes aus seiner Pilgerfahrt – im Wechsel der menschlichen Geschichte – eine Weise des Handelns vorgekommen, die dem Geist des Evangeliums wenig entsprechend, ja sogar entgegengesetzt war; aber die Lehre der Kirche, dass niemand zum Glauben gezwungen werden darf, hat dennoch die Zeiten überdauert“.

¹⁹⁴ Übersetzung nach RAHNER/VORGRIMLER, Konzilskompendium (Fn. 187), 141.

¹⁹⁵ Übersetzung nach RAHNER/VORGRIMLER, Konzilskompendium (Fn. 187), 369.

Neben dem Gott geschuldeten Gehorsam bedarf es noch des Verweises auf „Lumen gentium“ mit der Beschreibung des religiösen Gehorsams dem Lehramt gegenüber: „Die Gläubigen aber müssen mit einem im Namen Christi vorgetragenen Spruch ihres Bischofs in Glaubens- und Sittensachen übereinkommen und ihm mit religiös begründeten Gehorsam anhängen. Dieser religiöse Gehorsam des Willens und des Verstandes ist in besonderer Weise dem authentischen Lehramt des Bischofs von Rom, auch wenn er nicht kraft höchster Lehrautorität spricht, zu leisten; nämlich so, dass sein oberstes Lehramt ehrfürchtig anerkannt und den von ihm vorgetragenen Urteilen aufrichtige Anhänglichkeit gezollt wird [...]“ (Nr. 25).¹⁹⁶

Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass in den eben genannten Passagen gerade nicht ausdrücklich das Verhältnis dieses dort genannten Gehorsams zum Gewissen benannt wird und dementsprechend in den – auch lehramtlichen – Erörterungen oftmals nicht angesprochen wird. Festzuhalten ist daher schon jetzt, dass der hier umschriebene Gehorsam – so wie es mit Blick auf den Gott geschuldeten Gehorsam explizit ausgedrückt wird – auch hinsichtlich des Lehramtes niemals gegen ein Gewissensurteil geschuldet ist.¹⁹⁷

c) **Weltkatechismus**

Zeitlich dem Zweiten Vatikanischen Konzil nachfolgend findet sich eine erste umfassende Stellungnahme zum Gewissen im sog. Weltkatechismus. Dieser „Katechismus der katholischen Kirche“¹⁹⁸ beschreibt im Anschluss an die soeben leicht gekürzt wiedergegebene Passage aus GS 16 zunächst das Gewissensurteil.

Damit wird die Funktion des Gewissens umschrieben, dem Menschen Erkenntnis zu geben, ob eine Handlung sittlich gut oder schlecht ist (Nr. 1778). Über Gut und Böse mit Blick auf einen konkreten Fall „ein Urteil der Vernunft“ zu geben, ist nach dem Kompendium schlechthin die Definition des Gewissens (Nr. 372). Hinzu kommt, dass nur auf diese Weise der Mensch für seine Handlungen Verantwortung übernehmen kann (Nr. 1778, Kompendium Nr. 372).

Den Zusammenhang aus GS 16 aufgreifend wird die Würde des Menschen mit dem Gewissensurteil verknüpft. Diese Würde verlange, „dass das Gewissen *richtig urteil[e]*“ (Nr. 1780¹⁹⁹). Dies heißt nach Maßgabe des Kurzkompandiums, „dass es mit dem übereinstimmt, was gemäß der Vernunft und dem göttlichen Gesetz gerecht und gut ist“ (Nr. 373).

¹⁹⁶ Übersetzung nach RAHNER/VORGRIMLER, Konzilskompendium (Fn. 187), 152–153.

¹⁹⁷ Vgl. nur STANKE, Freiheit und religiöser Gehorsam (Fn. 128, 1993), 11; LUF (Fn. 78), ÖAfKR 38 (1989) 31.

¹⁹⁸ Vgl. näher zur Entstehung sowie zur zeitlichen Einordnung die den Ausgaben des Katechismus vorangestellte Apostolische Konstitution „Fidei Depositum“ von Papst JOHANNES PAUL II. vom 11. Oktober 1992.

¹⁹⁹ Hervorhebung schon im Original.

Dort wird weiter ausgeführt: „Aufgrund ebendieser persönlichen Würde darf der Mensch nicht gezwungen werden, gegen sein Gewissen zu handeln“.

Welche Umkehrschlüsse sind daraus zu ziehen? Von der Möglichkeit des Würdeverlusts bei schuldhaftem Irren spricht auch GS 16.²⁰⁰ Aber wird hier eine Eingrenzung der Gewissensfreiheit vorgenommen, die nach unbestrittenem Verständnis schließlich auch für das schuldhaft irrende Gewissen gilt? Schließlich wird die Abwehr von Zwang mit der Würde in Zusammenhang gebracht, diese aber kann schließlich durch die Schuldhaftigkeit des Irrtums verloren gehen. Gilt in solchen Fällen also nicht mehr oder nicht zumindest mehr in gleichem Maße der Schutz der Gewissensfreiheit?

Insoweit mit in Betracht zu ziehen sind allerdings die den Artikel über das Gewissen abschließenden Anmerkungen zum irrenden Gewissen (Nr. 1790–1794). Danach muss der Mensch stets und unbedingt dem sicheren Urteil seines Gewissens Folge leisten. Aus dem Folgenden²⁰¹ nun ergibt sich in aller Deutlichkeit, dass hiermit jedweder, sei er noch so falscher Gewissensentscheid – eben auch das irrende Gewissen – benannt ist. Denn es wird danach nur beschrieben, dass das Zustandekommen eines irrenden Gewissens schuldhaft sein kann (insbesondere Nr. 1791–1792). Diese – weitergehende – Frage berührt aber nicht die Zentralsatzung, dass zunächst einmal jeder Mensch unbedingt seinem eigenen sicheren Gewissensurteil zu folgen hat.

Wenngleich im gesamten Abschnitt der Fokus sehr deutlich darauf gelegt ist, die Verpflichtungen des Einzelnen zur Bildung des Gewissens und die ihm dabei drohenden Gefahren aufzuzeigen, ist diese zentrale Aussage trotz der soeben genannten leicht missverständlichen Sentenzen klarer Bestandteil des Katechismus. Anzuführen ist, dass auch die Freiheit als das gewürdigt wird, was die im eigentlichen Sinn menschlichen Handlungen kennzeichne (Nr. 1732).

d) JOHANNES PAUL II.

Ausführliche Darlegungen zum Gewissensbegriff von Papst JOHANNES PAUL II. finden sich in der Enzyklika „Veritatis splendor“ vom 6. August 1993.²⁰² Zunächst wird die Auffassung

²⁰⁰ Siehe oben das Zitat S. 35. Die Passage, dass das schuldlos irrende Gewissen seine Würde behalte (GS 16), ist übrigens im Abschnitt über das irrende Gewissen im KKK nicht wiedergegeben.

²⁰¹ Ebenso aus dem Vorangegangenen: Denn unter der Überschrift „Die Gewissensbildung“ werden deren Notwendigkeit näher begründet und Wege hierzu dargestellt (Nr. 1783–1785). Im Abschnitt „Nach dem Gewissen entscheiden“ (Nr. 1786–1789) werden praktische Hilfestellungen zu konkreten Gewissensentscheidungen gegeben. Da beides eine dem Menschen gestellte Aufgabe ist, die er verfehlen kann, nun aber keine weitere Differenzierung mehr vorgenommen wird, ergibt sich, dass mit der hier interessierenden Aussage tatsächlich, wie in der Überschrift benannt, auch das irrende Gewissen gemeint sein muss.

²⁰² Vgl. hierzu SCHOCKENHOFF, Wie gewiss ist das Gewissen? (Fn. 94, 2003), 171–180, sowie den grundsätzlich sehr kritischen Sammelband „Moraltheologie im Abseits“, hrsg. v. Mieth, Freiburg 1994. Hinsichtlich der Gewissenslehre jedoch erkennt AUER, Ist die Kirche heute noch „ethisch bewohnbar“?, *ibid.*, teilweise „nicht

verworfen, das Gewissen des Einzelnen sei eine autonome oberste Instanz des sittlichen Urteils, „die kategorisch und unfehlbar über Gut und Böse entscheidet“ (Nr. 32, vgl. ebenso Nr. 54).²⁰³ Anstelle eines objektiven Wahrheitsanspruchs gebe es dann nur noch subjektive Kriterien wie die der Aufrichtigkeit oder Authentizität. Die Entwicklung dahin, dass solche Konzeptionen immer häufiger vertreten würden, sei Konsequenz dessen, dass die der menschlichen Vernunft erkennbare universale Wahrheit über das Gute immer mehr verloren gegangen sei.

„Ursprüngliche Wirklichkeit des Gewissens“ sei es, die „allgemeine [sprich: allgemeingültige] Erkenntnis des Guten auf eine bestimmte Situation anzuwenden“ (Nr. 32). Stattdessen würden nun die Kriterien für Gut und Böse autonom festgelegt. Das Gewissen sei – wie NEWMAN herausgestellt habe – zunächst einmal in der Pflicht, nach Wahrheit zu suchen. Die Abhängigkeit der Freiheit von der Wahrheit – „dann werdet ihr die Wahrheit erkennen, und die Wahrheit wird euch befreien“ (Joh, 8, 32) – dürfe nicht abgeschwächt werden (Nr. 34; vgl. ebenso Nr. 54). Dies ändere allerdings nichts daran, dass der Mensch „in freier Entscheidung das Gute tun und das Böse meiden müsse“. Doch um dies tun zu können, bedürfe es des Naturgesetzes, das dem Mensch eingeprägt sei (Nr. 42).

In den eigens dem Gewissen gewidmeten Passagen (Nr. 54–64) werden diese Gedanken vertieft. Abzulehnen sind danach nicht allein radikal subjektivistische Ansichten, die offen objektive Wahrheit verneinen. Vielmehr gelte es, sich schleichenden Verschiebungen des Gewissensbegriffs hin zu einer bloß autonomen Entscheidungsinstanz anstelle eines Urteilsspruchs nach Maßgabe des objektiven Sittengesetzes zu erwehren. Dies geschehe dann, wenn objektive Normen nur noch allgemeine Orientierung geben sollen. Gleiches gelte, wenn die Komplexität der Entscheidungsfindung hervorgehoben werde, um so einen breiten kreativen Entscheidungsfreiraum zu begründen (Nr. 55). Eine weitere zurückzuweisende Vorgehensweise sei es, „eine Art doppelte Seinsweise der sittlichen Wahrheit“ zu behaupten. Neben einer theoretisch-abstrakten Ebene sei eine konkretere existenzielle Betrachtungsweise vonnöten. Auf dieser Ebene der einzelnen Gewissensentscheidung könne dann eine Ausnahme von einer abstrakten Norm als moralisch richtig zu qualifizieren sein. Auch dies sei nichts anderes, als durch „schöpferische“ Interpretation des Gewissens die Gültigkeit göttlichen Gesetzes in Frage zu stellen (Nr. 56). Hiermit ist das Hauptanliegen JOHANNES PAULS II. kenntlich geworden: Die Eingangsworte der

den geringsten Dissens zwischen der theologischen Ethik“ (305) und dieser Enzyklika, siehe hierzu jedenfalls 304–308.

²⁰³ Übersetzung hier und im Folgenden nach Heft 111 der Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls, hrsg. v. Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, 5. A. 1995.

Enzyklika – *Veritatis splendor* – werden nachdrücklich für diesen Kontext verteidigt: Es geht um die Einschärfung der bleibenden Rolle objektiver Normen.²⁰⁴

Daneben finden sich allgemeine Erläuterungen zum Gewissen. Es wird mit vielfältigen Zitaten als Ort der Gottesbegegnung charakterisiert (Nr. 57–58). Die Verpflichtungskraft des praktischen Gewissensurteils, dass für den Einzelfall festlegt, was gut und böse ist, wird aufgezeigt (Nr. 59). Die Sittlichkeit einer Handlung ist also – zumindest in einem ersten Schritt –²⁰⁵ danach zu bemessen, ob der Mensch in Übereinstimmung mit seinem Gewissensurteil handelt oder nicht (Nr. 60).²⁰⁶ So wird das Gewissensurteil zur Grundlage für den Menschen, Verantwortung übernehmen zu können (Nr. 61). Ferner wird die – oben²⁰⁷ im Wortlaut wiedergegebene – Lehre vom irrenden Gewissen wiederholt (Nr. 62). Der Fokus wird dabei ausdrücklich dahin gelenkt, hiervon dann zu sprechen, wenn ein Mensch ohne Schuld geirrt habe (Nr. 62).²⁰⁸

In der Sache wird ergänzend ausgeführt, man könne gleichwohl nicht den sittlichen Wert einer dem irrenden Gewissen folgenden Handlung mit einer objektiv guten Handlung vergleichen. Denn bei ersterer verbleibe das durch den Bruch des weiterhin geltenden objektiven Gesetzes verursachte Übel; es werde nun einzig dem Menschen selbst nicht angelastet. Ferner könne eine solche Handlung nicht zur sittlichen Reifung des Betreffenden führen, wie dies für auch objektiv gute Akte gelte. Zudem sei ohnehin immer das Wort des Psalmisten zu bedenken: „Wer bemerkt seine eigenen Fehler? Sprich mich frei von Schuld, die mir nicht bewusst ist!“ (Ps 19,13). Im Hintergrund steht dabei immer die Gefahr, dass das Gewissen seine Würde aufs Spiel setze, weil es schuldhaft irre (Nr. 63).²⁰⁹

JOHANNES PAUL II. betont nachdrücklich die Pflicht zur Gewissensbildung – insbesondere anhand des kirchlichen Lehramts (Nr. 64). Dazu heißt es: „Die Autorität der Kirche, die sich zu

²⁰⁴ Eine ähnliche Fokussierung findet sich in der Enzyklika „*Dominum et vivificantem*“ vom 18. Mai 1986, Nr. 43: „Das Gewissen ist also keine autonome und ausschließliche Instanz, um zu entscheiden, was gut und was böse ist; ihm ist vielmehr ein Prinzip des Gehorsams gegenüber der objektiven Norm tief eingepägt, welche die Übereinstimmung seiner Entscheidungen mit den Geboten und Verboten begründet und bedingt, die dem menschlichen Verhalten zugrunde liegen“ (Übersetzung nach www.vatican.va).

²⁰⁵ Mit Blick auf die sonstige kirchliche Lehre, dass nämlich zunächst – die Frage, ob ein Irrtum im Gewissensurteil schuldhaft verursacht wurde, ist schließlich immer noch zu beantworten – nur das Handeln anhand des Gewissensurteils zu überprüfen ist, erscheint folgende Passage zumindest missverständlich. Mit Blick auf Röm 2, 15 heißt es zum Gewissen, dass es ein „Urteil [fällt], das freispricht oder verurteilt, je nachdem, ob die menschlichen Handlungen mit dem in das Herz eingeschriebenen Gesetz Gottes übereinstimmen oder von ihm abweichen“. Hiernach könnte man meinen, die Sittlichkeit eines Aktes sei – statt des kirchlicherseits sonst gelehrtens Zweischritts – einzig nach der Übereinstimmung mit den göttlichen Geboten zu überprüfen.

²⁰⁶ Wobei direkt im Anschluss hieran nochmals die Verpflichtung und eigentliche Bestimmung des Gewissens betont wird, die göttlichen Gebote umzusetzen.

²⁰⁷ GS 16, wiedergegeben auf S. 35.

²⁰⁸ Man könnte bei flüchtiger Lektüre den Eindruck haben, als umfasse diese Lehre nur diesen Teilaspekt, obschon von irrendem Gewissen bei jedem der objektiven Wahrheit widersprechenden Urteil zu reden ist, unabhängig von der Frage, ob und in welcher Weise der Irrtum dem Einzelnen anzulasten ist. Dazu mit Blick auf die äußerst differenzierte Ausarbeitung bei THOMAS VON AQUIN vgl. SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 118.

²⁰⁹ In der Enzyklika „*Dominum et vivificantem*“ vom 18. Mai 1986 setzt JOHANNES PAUL II. das schuldhaft Irren des Gewissens in Verbindung mit dem Wirken des Satans (Nr. 37).

moralischen Fragen äußert, tut also der Gewissensfreiheit der Christen keinerlei Abbruch: nicht nur, weil die Freiheit des Gewissens niemals Freiheit ‚von‘ der Wahrheit, sondern immer und nur Freiheit ‚in‘ der Wahrheit ist, sondern auch weil das Lehramt an das christliche Gewissen nicht ihm fremde Wahrheiten heranträgt, wohl aber ihm die Wahrheiten aufzeigt, die es bereits besitzen sollte, indem es sie ausgehend vom ursprünglichen Glaubensakt zur Entfaltung bringt. Die Kirche stellt sich immer nur in den Dienst des Gewissens, indem sie ihm hilft, nicht hin- und hergetrieben zu werden von jedem Windstoß der Lehrmeinungen“.

Zur Frage der Gewalt äußerte sich der Papst eindringlich in der den Ereignissen des 11. September 2001 nachfolgenden Botschaft zum Weltfriedenstag vom 1. Januar 2002. So heißt es dort (Nr. 6): „Die Wahrheit kann [...] auch dann, wenn sie erlangt wird – und das geschieht immer auf eine begrenzte und vervollkommnungsfähige Weise –, niemals aufgezwungen werden. Die Achtung vor dem Gewissen des anderen, in dem sich das Abbild Gottes selbst widerspiegelt (vgl. Gen 1, 26-27), gestattet nur, die Wahrheit dem anderen vorzulegen; an ihm liegt es dann, sie verantwortungsvoll anzunehmen. Die Anmaßung, das, was man selbst für die Wahrheit hält, anderen gewaltsam aufzuzwingen, bedeutet, dass dadurch die Würde des Menschen verletzt und schließlich Gott, dessen Abbild er ist, beleidigt wird.“²¹⁰

²¹⁰ Übersetzung hier nach http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_20011211_xxxv-world-day-for-peace_ge.html (eingesehen am 20.2.2008).

2. Konzeptionen in der Theologie

Unter Verzicht auf eine eigenständige Aufarbeitung²¹¹ zur Frage, wie sich der Gewissensbegriff geschichtlich entwickelt hat, sollen im Folgenden Schlaglichter auf die aktuellere theologische Arbeit am Gewissensbegriff geworfen werden.

Einleitend soll hierzu die Position Joseph RATZINGERS dargestellt werden, da diese dadurch gekennzeichnet ist, in einfachen Worten das theologische Erbe sowohl des AUGUSTINUS als auch des THOMAS VON AQUIN aufzunehmen und gleichzeitig auf aktuelle Anfragen an den Gewissensbegriff aus dieser traditionellen, in Übereinstimmung mit dem Lehramt stehenden Perspektive heraus zu antworten. Ergänzend wird diese Position auf ihre Konsistenz überprüft anhand einiger einen Überblick bietenden Artikel und Lehrbücher, sowie im Vergleich mit weiteren Positionierungen zum Gewissensbegriff, die kurz nachgezeichnet werden. Abschließend wird dann kurz der Blick auf alternative Positionen zum traditionellen Verständnis sowie die dadurch hervorgerufenen Gegenreaktionen gelenkt.

a) Die Auffassung RATZINGERS

Ausgangspunkt der Anmerkungen RATZINGERS zum Gewissen ist zum einen das als unbestritten gekennzeichnete Postulat, dass einem klaren Gewissensspruch – gleich wie er konkret aussieht – immer Folge zu leisten, zumindest aber nicht gegen ihn gehandelt werden darf.²¹² Zum anderen verweist RATZINGER darauf, dass der geoffenbarte Glaube, wie er durch die Kirche gelehrt werde, objektive Wahrheit sei: Das Gewissen sei nun das Fenster, „das dem Menschen den Durchblick zur gemeinsamen, uns alle gründenden und tragenden Wahrheit öffnet und uns so [...] Verantwortung aus der Gemeinsamkeit des Erkennens heraus ermöglicht“.²¹³ Im Weiteren wird eine Konzeption entfaltet, die das Wechselspiel beider Kernpunkte verdeutlicht.

Zwei Ebenen des Gewissens seien im Einzelnen zu unterscheiden. Einerseits ist dies die Anamnesis²¹⁴, im Mittelalter begrifflich und inhaltlich ungenauer als Synteresis²¹⁵ bezeichnet. Dies sei eine gleichsam ontologische Schicht des Gewissens, eine „Urerinnerung an das Gute und an das Wahre“²¹⁶, die uns nicht von außen auferlegt, sondern dem Menschen im Voraus eingepägt sei. Wenn nun auch der Mensch der Gewissensbildung bedürfe, sei diese Anamnese

²¹¹ Vgl. stattdessen die kurze Wiedergabe der historischen Entwicklung beginnend auf S. 46 sowie die Wiedergabe der Positionen von THOMAS (beginnend S. 27) und Kardinal NEWMANS (beginnend S. 29); ferner dann so gleich, bei der Darstellung der neueren Kommentierungen im Schrifttum den Überblick beginnend S. 46.

²¹² Vgl. RATZINGER, *Gewissen und Wahrheit*, in: *Werte in Zeiten des Umbruchs* (Fn. 92, 2005), 104.

²¹³ RATZINGER, *Gewissen und Wahrheit*, in: *Werte in Zeiten des Umbruchs* (Fn. 92, 2005), 105–106.

²¹⁴ Hierzu vgl. RATZINGER, *Gewissen und Wahrheit*, in: *Werte in Zeiten des Umbruchs* (Fn. 92, 2005), 116–120.

²¹⁵ Zum Auftauchen dieses Begriffs seit dem 12. Jahrhundert – nach überwiegender Auffassung infolge eines Schreibfehlers –, vgl. SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 103.

²¹⁶ RATZINGER, *Gewissen und Wahrheit*, in: *Werte in Zeiten des Umbruchs* (Fn. 92, 2005), 117–118.

der Grund dafür, dass diese Bildung nichts allein äußerlich Auferlegtes sei: Der Mensch wird erst hierdurch seiner selbst wirklich inne. Andererseits sei die Schicht des Gewissens zu erkennen, die als *conscientia* zu bezeichnen sei.²¹⁷ Sie bezeichnet kein dem Menschen anhaftendes Urwissen, sondern den konkreten *actus*, nämlich das im Innern jeweils neu zu vollziehende Widersprechen gegen das Böse und das Handeln zum Guten.

Dieses Zusammenspiel von Kontrolle und Entscheidung im Einzelfall wiederum könne im Anschluss an THOMAS²¹⁸ in die drei Elemente des Wiedererkennens (*recognoscere*), Zeugnis-ablegens (*testificari*) und Urteilens (*iudicare*) untergliedert werden. Ferner sei die Bedeutung des Willens zu erkennen, der aktiv dazu führen könne, ob überhaupt Erkenntnis versperrt oder gewonnen werde.²¹⁹ Immer aber bestehe eine Beziehung zur eben genannten Gewissensschicht der Anamnese.

Aus diesem Gewissensmodell sind Folgerungen zu ziehen. Die eingangs genannte Wahrheit ist – so RATZINGER – verwurzelt in der Anamnese. Zwar ist das konkrete Gewissensurteil, das auf der Ebene der *conscientia* (im engeren Sinne) zu verorten ist, bindend. Denn die Verpflichtungskraft eines jeden Gewissensspruches bezieht sich jeweils auf eine konkrete Entscheidung. Weil jedoch das Gewissen auch die Schicht der Anamnese umfasst, ist es nur folgerichtig, ein solches Gewissensurteil als irrig zu bezeichnen.

Diese Irrigkeit als solche festzuhalten, ist für RATZINGER entscheidend. Denn (1.) will er vermeiden, dass die Gewissenslehre herangezogen wird, um eine subjektive, nur für den Einzelnen geltende Wahrheitsvorstellung zu behaupten.²²⁰ Das nämlich sei im Ende die Verneinung des Gewissens, da es ohne für alle geltende Wahrheit auch ein Mitwissen an ihr nicht gibt; die durch das „Gewissen“ gesetzten Maßstäbe zerfließen, sind nicht mehr bindende Vorschrift für den Einzelnen im eigentlichen Sinn.²²¹ Reine „Praxeologie“ übernehme die Herrschaft; das Können und damit die Macht werde zum obersten Kriterium.²²²

²¹⁷ Vgl. dazu RATZINGER, *Gewissen und Wahrheit*, in: *Werte in Zeiten des Umbruchs* (Fn. 92, 2005), 120–122.

²¹⁸ Einzelheiten hierzu finden sich bei REINER, *Gewissen*, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie* (Fn. 233, 1974), 582. RATZINGER, *Gewissen und Wahrheit*, in: *Werte in Zeiten des Umbruchs* (Fn. 92, 2005), 122, Fn. 19, weist dabei explizit eine sinnentstellende, weil verkürzte Sichtweise von THOMAS zurück, bei der einzig die – insoweit nicht zu bestreitende – Bindung an das irrende Gewissen isoliert betrachtet wird.

²¹⁹ Vgl. RATZINGER, *Gewissen und Wahrheit*, in: *Werte in Zeiten des Umbruchs* (Fn. 92, 2005), 121.

²²⁰ Damit befindet er sich in der Tradition des Aquinaten. Denn diesem wurde gerade vorgeworfen, den letzten Schritt – von der bloß subjektiven Rechtfertigung hin zur sittlichen Beurteilung des in Übereinstimmung mit dem Gewissen Getanen als sittlich gut – nicht zu gehen (dazu mit Nachweisen SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 116). An diesem insoweit objektivistischen Standpunkt hält RATZINGER ebenso wie THOMAS fest.

²²¹ Vgl. RATZINGER, *Gewissen und Wahrheit*, in: *Werte in Zeiten des Umbruchs* (Fn. 92, 2005), 114. Er zitiert insoweit FICHTE mit den Worten: „Das Gewissen irrt nie und kann nie irren“, denn es sei „selbst Richter aller Überzeugung“, der „keinen höheren Richter über sich selbst anerkennt“. Die philosophische Diskussion des Gewissensbegriffs soll allerdings die theologische Arbeit daran nicht beeinflusst haben, vgl. zu dieser Ansicht unten die Nachweise Fn. 244. Nach RATZINGER *ibid.*, ohne Nachweise, sei „die These von der Unfehlbarkeit des Gewissens in der theologischen Populärliteratur derzeit wieder stark im Vordringen“.

Da das *irrende* Gewissen seiner eigentlichen Funktion beraubt ist, Fenster zur Wahrheit zu sein, möchte er (2.) die Vorstellung zurückweisen, das irrende Gewissen sei für den Menschen eine Art Befreiung. Zwar kann dem irrenden Gewissen mit Blick auf die persönliche Verantwortung vor Gott rechtfertigende Kraft zukommen. Um diesen bloßen Nebenaspekt jedoch geht es RATZINGER nicht. Wirkliche Freiheit resultiere schließlich daraus, dass es eine wahrhaft tragfähige Grundlage für unser Zusammenleben gebe. Sie gibt Halt, weil sie mehr ist als subjektive Vorstellung, denn sie *ist*. Die Moral, die das „gebildete“ Gewissen offenbaren wolle, sei ihrem Wesen nach Befreiung und Grund zur Hoffnung und Freude für den Menschen.

Zwar nähme die objektive Wahrheit den Menschen auch in die Verantwortung: Schuld kann entstehen. Denn neben der möglichen subjektiven Rechtfertigung – zu welchem Grade auch immer – steht zunächst immer auch das objektiv Ungeordnete und zwar nicht konsequenzlos. Zum einen kann echte, zurechenbare Verantwortung dadurch hervorgerufen sein, dass das Irren des Gewissens seinerseits schuldhaft verursacht wurde.²²³ Die „Wahrheit Gottes auf dem Grund seines Geschöpfseins“ nicht zu sehen, ist Schuld.²²⁴ Zum anderen aber leidet der Mensch – unabhängig von der Frage der persönlichen Zurechenbarkeit – daran, dass er das objektiv Falsche getan hat.²²⁵ Dessen soll der Mensch sich bewusst werden. Wenn nun aber der Fokus immer nur darauf gelenkt wird, beruhigend auf die rechtfertigende Kraft des irrenden Gewissens zu verweisen, nimmt man dem Betroffenen den Antrieb, sich der Situation in ihrer Ganzheit zu stellen.

Zusammenfassend: Gewissensbildung ist echter Dienst am Menschen. Das irrende Gewissen erscheint dagegen nur im ersten Augenblick bequem. Diese Leichtigkeit des Anfangs verschleiert, dass es in Wahrheit den Menschen versklavt. Am Ende „wird das Verstummen des Gewissens zur Entmenschlichung der Welt und zur tödlichen Gefahr, wenn man ihm nicht entgegenwirkt.“²²⁶ So wird „das Gewissen zum Entschuldigungsmechanismus degradiert, während es doch die Transparenz des Subjekts für das Göttliche und so die eigentliche Würde und Größe des Menschen darstellt.“²²⁷ Wenn das Gewissen „nicht mehr anklagt, sondern rechtfertigt“, wird der Mensch zum Pharisäer, von dem Lk 18, 9–14 spricht: Für den Schrei des

Zu einer Form der Gegenkritik am kirchlichen Festhalten an der Vorstellung, es gebe gemeinsame Wahrheitsüberzeugungen, vgl. SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 37–40 mit Nachweisen insbesondere auf Niklas LUHMANN.

²²² Vgl. RATZINGER, *Gewissen und Wahrheit*, in: *Werte in Zeiten des Umbruchs* (Fn. 92, 2005), 115.

²²³ Siehe hierzu verdeutlichend die prägnante Formulierung bei SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 56–57: „Der Mensch ist als freier Urheber seiner Handlungen nicht nur *vor* seinem Gewissen, sondern auch *für* sein Gewissen verantwortlich.“

²²⁴ Vgl. RATZINGER, *Gewissen und Wahrheit*, in: *Werte in Zeiten des Umbruchs* (Fn. 92, 2005), 108.

²²⁵ Vgl. RATZINGER, *ibid.*, 107.

²²⁶ RATZINGER, *ibid.*, 109.

²²⁷ RATZINGER, *ibid.*, 110.

Gewissens, durch den Gott zu ihm sprechen will, wird er – anders als der Sünder, der um seine Vergebungsbefähigung weiß – unzugänglich.²²⁸

RATZINGER beendet seine Ausführungen mit einem Epilog über die Beziehung zwischen Gewissen und Gnade.²²⁹ „Der Höhenweg zur Wahrheit, zum Guten“²³⁰ sei sicher nicht bequem. Die Gefahr, das Christentum in bloßen Moralismus aufzulösen, sei existent. Deshalb müsse – wenn die Lehre vom Gewissen zu entfalten ist – immer auch auf die „eigentliche Neuheit des Christentums“ verwiesen werden: Dass nämlich „der Logos, die Wahrheit in Person, [...] auch Sühne, die verwandelnde Vergebung über all unser eigenes Vermögen und Unvermögen hinaus“ sei. Wird dies nicht erkannt, dann erst werde die „Wahrheit in der Tat zum Joch, das zu schwer ist für unsere Schultern und von dem wir uns zu befreien suchen müssen“. Nun aber gilt: Der Befreiung, die in Wahrheit keine ist, sondern „ins öde Land des Nichts“ führt, bedarf es nicht. Im Vertrauen auf den, der „als die Wahrheit kam, uns liebte und unsere Schuld in ihrer Liebe verbrannte“, ist „die Botschaft des Gewissens angstlos und freudig zu hören“.²³¹

b) Weitere Anmerkungen zum Gewissensbegriff

In den Kommentierungen zum Gewissen wird sowohl die fehlende Begriffsschärfe als auch der immer neu entbrennende Streit über dessen Konzeption herausgestellt.²³²

aa) Erste christliche Entfaltungen der Begrifflichkeit

Ausgangspunkt christlicher Erörterung des Gewissensbegriffs ist danach die paulinische Theologie, die begrifflich insbesondere auf Begriffsbildungen der Stoiker zurückgriff.²³³ Insbesondere thematisiert Paulus erstmals die Problematik, die nunmehr als die des irrenden Gewissens diskutiert wird, wenn er die Frage des Genusses von Götzenopferfleisch anspricht (1 Kor 8, 1–13; 10, 23–32). Zwar haben einige Korinther noch nicht die – objektiv wahre – Erkenntnis erlangt, dass der freie Christ kein Götzenfleisch mehr kennt. Solange sie hierin aber noch schwach sind – und damit über die nötige Erkenntnis der Wahrheit noch nicht verfügen – müssen sie ihrem Gewissensurteil folgen und sich des Fleisches wegen seiner Herkunft

²²⁸ RATZINGER, *ibid.*, 108.

²²⁹ RATZINGER, *ibid.*, 122–124.

²³⁰ RATZINGER, *ibid.*, 122–123.

²³¹ Alle letzten Zitate bei RATZINGER, *ibid.*, 124.

²³² Vgl. HÖVER, Normativität und Gewissen, in: *Der Streit um das Gewissen*, hrsg. v. dems. u. a., Paderborn 1993, 11; SALA, Gewissensentscheidung, Innsbruck, Wien 1993, 8; GOLSER, Gewissen, in: *Neues Lexikon der christlichen Moral*, hrsg. v. Rotter u. a., Innsbruck 1990, 278–279.

²³³ Zu Einzelheiten siehe REINER, Gewissen, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, hrsg. v. Ritter, Basel 1974, 576; allgemein vgl. GOLSER, Gewissen, in: *Neues Lexikon der christlichen Moral* (Fn. 232, 1990), 281; zur philosophiegeschichtlich „späten Geburt“ des Gewissensbegriff erst in der Stoa siehe auch SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 72 m. w. N.

enthalten.²³⁴ Die Bindung an den Gewissensspruch ist ausgesprochen in Röm 14,23: „Wer aber Zweifel hat, wenn er etwas isst, der ist gerichtet, weil er nicht aus der Überzeugung des Glaubens handelt. Alles, was nicht aus Glauben geschieht, ist Sünde.“²³⁵ Schon in der Väterzeit, so wird weiter vorgetragen, wurde das Gewissen nicht allein als Entscheidungsinstanz beschrieben. Es wurde von Beginn an auch als Ort der Gottesbeziehung, der Einwohnung des Heiligen Geistes verstanden.²³⁶

bb) Verfestigung im Mittelalter

Beide Dimensionen formte die mittelalterliche Theologie dann aus²³⁷ und stritt um ihre Beziehung miteinander.²³⁸ Bei THOMAS²³⁹ findet sich dann die Einteilung in eine Synteresis, einen habitus primorum principiorum²⁴⁰, also ein Ur-Bewusstsein, das von dem der conscientia zuzuordnenden actus²⁴¹, der aktuellen Anwendung auf einen konkreten Fall, zu unterscheiden sei.²⁴²

cc) Entwicklung bis ins 20. Jahrhundert

Bis ins 19. Jahrhundert seien in der katholischen Theologie keine nennenswerten Weiterführungen entwickelt worden.²⁴³ Die von der Theologie abgekoppelte eigenständige philosophische

²³⁴ Vgl. dazu detailliert SCHOCKENHOFF, Wie gewiss ist das Gewissen? (Fn. 94, 2003), 88–92.

²³⁵ Vgl. GOLSER, Gewissen, in: Neues Lexikon der christlichen Moral (Fn. 232, 1990), 281; Einzelheiten zum paulinischen Gebrauch bei REINER, Gewissen, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie (Fn. 233, 1974), 580.

Ein vergleichbares Verständnis dieses Pauluszitates findet sich bei RATZINGER, Gewissen und Wahrheit, in: Werte in Zeiten des Umbruchs (Fn. 92, 2005), 121–122.

²³⁶ Vgl. GOLSER, Gewissen, in: Neues Lexikon der christlichen Moral (Fn. 232, 1990), 281. Differenziertere Bewertung allerdings bei REINER, Gewissen, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie (Fn. 233, 1974), 580. Danach sei bei Paulus das Gewissen als normgebend – wenngleich allein dadurch noch nicht rechtfertigend – beschrieben, während dessen bei den Vätern ein eher autoritärer Typus i. S. d. eines Gewissens der Folgsamkeit vorherrschend sei. Erst beginnend mit JUSTINUS werde das Gewissen als autonom-selbstkritische Instanz wieder lebendig. In ganzer Fülle finde sich dann bei AUGUSTINUS das Gewissen als Ort der Gottesbegegnung entfaltet.

²³⁷ Hinweise speziell zur Frage Bindungswirkung des irrenden Gewissens bei REINER, Gewissen, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie (Fn. 233, 1974), 583 in Fn. 23.

²³⁸ Zum Werdegang vgl. mit vielen Belegen REINER, Gewissen, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie (Fn. 233, 1974), 581–583. Pointiert und in sehr eingängiger Weise siehe auch VIRT, Gewissen, in: Aufbruch des Vat. II heute (Fn. 128, 1993), 135–137.

²³⁹ SCHENK (Fn. 136) Forum Katholische Theologie 8 (1992), 10, geht dabei davon aus, dass THOMAS heutzutage zumeist insoweit verfälschend wiedergegeben werde, als die Not, die aus dem irrenden Gewissen entstände (dazu STh I–II q. 19, art. 6), zumeist übergangen werde.

²⁴⁰ „Habitus naturalis primorum principiorum operabilium, quae sunt naturalia principia juris naturalis“, zitiert nach REINER, Gewissen, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie (Fn. 233, 1974), 582, *ibid.* auch die Übersetzung.

²⁴¹ „Applicatio scientiae ad actum“, zitiert nach REINER, Gewissen, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie (Fn. 233, 1974), 582, *ibid.* auch Übersetzung.

²⁴² Vgl. so die Zusammenfassung bei GOLSER, Gewissen, in: Neues Lexikon der christlichen Moral (Fn. 232, 1990), 281.

²⁴³ Vgl. GOLSER, Gewissen, in: Neues Lexikon der christlichen Moral (Fn. 232, 1990), 282.

Tradition der Gewissenserörterung habe nur am Rande diejenige der Theologie beeinflusst.²⁴⁴ Erst im 20. Jahrhundert habe sich eine ganzheitlichere Sicht des Gewissens etwa bei STEINBÜCHEL und GUARDINI entwickelt.²⁴⁵

dd) Fortdauerndes theologisches Arbeiten mit den traditionellen Elementen des Gewissensbegriffs

(1) Ganzheitliche Sichtweisen

Im Einklang hiermit²⁴⁶ vertritt beispielsweise GOLSER, dass es weiterhin zwei Schichten des Gewissens gebe. Das Urgewissen – mit dem biblischen Ausdruck „Herz“²⁴⁷ adäquat zu bezeichnen – sei dabei zunächst Grund für die Gewissensregungen. Der ganze Mensch sei betroffen, wenn an ihn auf diese Weise der Anruf Gottes ergehe.²⁴⁸ Folge dieser ganzheitlichen Sicht ist es, dass die seelsorgerische Einwirkung auf dieses Urgewissen nicht allein in der intellektuellen Verdeutlichung kirchlicher Lehre, sondern in einer tiefer ansetzenden plausiblen Normbegründung ansetzen müsse. Erkenntnisse der Entwicklungs- und Sozialpsychologie seien zu berücksichtigen.²⁴⁹ Das Gewissen wacht – im Anschluss an den thomasischen Ausdruck *veritas vitae* – über „die eigene höchst individuelle Wahrheit des Lebens.“²⁵⁰

Die zweite Schicht, das Situationsgewissen wiederum sei als Einsichts- und Entscheidungsinstanz zu begreifen. Eine Handlung sei zunächst sittlich gut, wenn sie gemäß dem Gewissensentscheid ausgefallen sei und sittlich schlecht, wenn diesem zuwider gehandelt werde.

Ein Gewissensirrtum sei hiernach zwar möglich, allerdings nur bezogen auf die Erkenntnis des Urgewissens. Derjenige, der nach seinem Gewissensentscheid handle, verliere deshalb nicht seine Würde. Diese resultiere einzig daraus, dem – wie auch immer zustande gekommenen –

²⁴⁴ Vgl. GOLSER, Gewissen, in: Neues Lexikon der christlichen Moral (Fn. 232, 1990), 282. Einzelheiten bei REINER, Gewissen, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie (Fn. 233, 1974), 584–588.

Einheitlichere Betrachtungsweise bei SCHOCKENHOFF, Wie gewiss ist das Gewissen? (Fn. 94, 2003), 17–22. Dass der philosophischen Diskussion in der Moderne und Postmoderne der christliche Gewissensbegriff ein Stück weit fremd bleibe, liege allerdings insbesondere darin begründet, dass das ungebrochene Vertrauen in die Erkenntnisfähigkeit des Einzelnen nicht mehr geteilt werden könne.

²⁴⁵ Vgl. GOLSER, Gewissen, in: Neues Lexikon der christlichen Moral (Fn. 232, 1990), 282. Eine herrschende Strömung lässt sich allerdings nicht ausmachen, verfolgt man die Nachzeichnung der Diskussion bei REINER, Gewissen, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie (Fn. 233, 1974), 587–590.

²⁴⁶ So dessen eigene Einschätzung, vgl. GOLSER, Gewissen, in: Neues Lexikon der christlichen Moral (Fn. 232, 1990), 282; siehe ähnlich SCHALLENBERG, Moralthologie, Paderborn 2001, 82. Nachweise auf die Begriffsprägung J. PIEPERS, auf die sich beide insbesondere beziehen, finden sich bei REINER, Gewissen, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie (Fn. 233, 1974), 588, Fn. 11.

²⁴⁷ Zum biblischen Sprachgebrauch Einzelheiten bei REINER, Gewissen, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie (Fn. 233, 1974), 577–578; SCHOCKENHOFF, Wie gewiss ist das Gewissen? (Fn. 94, 2003), 72–79.

²⁴⁸ Vgl. GOLSER, Gewissen, in: Neues Lexikon der christlichen Moral (Fn. 232, 1990), 282.

²⁴⁹ Vgl. GOLSER, Gewissen, in: Neues Lexikon der christlichen Moral (Fn. 232, 1990), 284–285.

²⁵⁰ Vgl. VIRT, Gewissen, in: Aufbruch des Vat. II heute (Fn. 128, 1993), 138, 140, 149–150; vgl. ferner AUER, Ist die Kirche heute noch „ethisch bewohnbar“?, in: Moralthologie im Abseits? (Fn. 202, 1994), 300; HÖVER, Normativität und Gewissen, in: Der Streit um das Gewissen (Fn. 232, 1993), 17–18. Zur geschichtlichen Entwicklung dieser ganzheitlichen Sichtweise, die in kritischer Auseinandersetzung mit dem Erbe des THOMAS geschehen sei, vgl. SCHÜLLER, Überlegungen zum Gewissen, Opladen 1991, 17–18.

Gewissensentscheid Folge geleistet zu haben. Dies wiederum nun sei der Grund für den Respekt vor der Gewissensfreiheit der Einzelnen.²⁵¹

(2) Dialogische Sichtweisen

Auch von SCHOCKENHOFF wird in seiner detaillierten Untersuchung zum Gewissen eine rein subjektive Deutung verworfen: „Die Funktion des Gewissens als letztverbindlicher Urteilsinstanz [...] setzt seine Bindung an ethische Prinzipien, intersubjektiv gültige Wertüberzeugungen und moralische Normen voraus“. Andernfalls „verkommt das Gewissen zu einem Handlanger der eigenen Interessenbehauptung“; Konflikte gewinne dann allein der Mächtigere.²⁵²

Allerdings erfahre das Gewissen die objektive Wahrheit seinerseits in einem dialogischen Prozess.²⁵³ In gewissem, nicht liberalistisch zu missdeutenden Sinne könne dies als schöpferisch bezeichnet werden.²⁵⁴ Insbesondere ist dabei zu berücksichtigen, dass Wahrheit sich zwar „verfügen und auferlegen“ ließe, doch komme dann nicht diejenige sittliche, unbedingt verpflichtende Wahrheit zum Vorschein, die durch die freiheitliche Annahme der Wahrheit erreicht wird.²⁵⁵ Auch von vielen anderen²⁵⁶ wird betont darauf verwiesen, das Gewissen sei nicht bloß „Ableseorgan“ vorgegebener objektiver Normen.²⁵⁷

Die Form des Dialogs werde allerdings noch in weiterer Hinsicht bedeutsam. Besondere Bedeutung gewinnt bei SCHOCKENHOFF nämlich die Frage nach der Vermittlung objektiver Wahrheit durch die Kirche als Anwältin des Gewissens. Ohne diesen Wahrheitsanspruch aufzugeben, könne in einer kulturell differenzierten Gesellschaft eben diese objektiven Positionen jedoch nur argumentativ und dialogisch eingelöst werden. Es sei ein fundamentales Missverständnis, wenn Teile der Kirche befürchten, durch die Annahme der faktisch einzig möglichen Dialogsituation „zugleich auch das säkulare Verständnis von Freiheit und Gewissen zu übernehmen“.²⁵⁸

Allerdings sind bei ihm auch Zweifel auszumachen, die für ihn in der Konzeption des irrenden Gewissens begründet liegen: Neben dem Respekt vor der Freiheit des Einzelnen, aufgrund dessen auch sein irrendes Gewissensurteil als sittlich bindend anzusehen ist, stehe „unver-

²⁵¹ Vgl. GOLSER, Gewissen, in: Neues Lexikon der christlichen Moral (Fn. 232, 1990), 284.

²⁵² SCHOCKENHOFF, Wie gewiss ist das Gewissen? (Fn. 94, 2003), 57.

²⁵³ Vgl. SCHOCKENHOFF, Wie gewiss ist das Gewissen? (Fn. 94, 2003), 164; ebenda auch zur Bedeutung des Liebesgebots in diesem Zusammenhang.

²⁵⁴ Vgl. SCHOCKENHOFF, Wie gewiss ist das Gewissen? (Fn. 94, 2003), 212–226.

²⁵⁵ Vgl. SCHOCKENHOFF, Wie gewiss ist das Gewissen? (Fn. 94, 2003), 191.

²⁵⁶ Als Gemeinplatz mit oftmals fehlender Substanz beklagt bei SALA, Gewissensentscheidung (Fn. 232, 1993), 43–44.

²⁵⁷ So beispielsweise HEINZMANN, Gewissen bei Thomas von Aquin, in: Das Gewissen (Fn. 136, 1990), 46–47.

²⁵⁸ Vgl. SCHOCKENHOFF, Wie gewiss ist das Gewissen? (Fn. 94, 2003), 61.

bunden nebeneinander“ die objektive Beurteilung als schlechte Handlung.²⁵⁹ Dem unvertretbaren, personalen Bezug eines jeden Gewissensurteiles werde es nicht ganz gerecht, wenn andere von außen dieses Urteil als irrig bezeichnen.²⁶⁰

Zudem müsse der Erkenntniszugewinn in anderen Wissenschaften für den Gewissensbegriff – dialogisch – nutzbar gemacht werden.²⁶¹ Beispielsweise müsse der Prozesscharakter, wie er von der Psychologie beschrieben werde, sowie die Abhängigkeit des Einzelnen von sozialen Gegebenheiten offen gelegt werden.²⁶²

c) **Abkehr vom traditionellen Gewissensverständnis**

Bei einigen Stellungnahmen zum Gewissensverständnis stellt sich die Frage, ob hiermit nicht implizit eine Abkehr vom traditionellen Verständnis einhergeht. Praktischer Anlass einer Neubestimmung wird zumeist der Streit um die kirchliche Sexualmoral sein. Wer nämlich der Ansicht ist, das Lehramt lehre hier (teilweise) Falsches, dem stellt sich verschärft die Frage, anhand welcher Argumentation man diese Lehre zurückweisen darf. Sofern man direkt und offen die Auffassung vertritt, das Lehramt lehre hier zum einen nicht unfehlbar und zum anderen in der Sache falsch, gibt es keinen Gewissenskonflikt, als danach die Moralität des entgegen kirchlicher Weisung Handelnden grundsätzlich²⁶³ wegen Kongruenz von objektiven Sittengesetz und subjektivem Gewissensurteil außer Frage steht.

Will man aber nicht in dieser Schärfe die Falschheit der kirchlichen Lehre postulieren, liegt der Gedanke nahe, das Gewissen als Argumentationsfigur heranzuziehen, um die abweichende Entscheidung des Einzelnen zu rechtfertigen, ohne gleichzeitig die päpstliche Lehre offen anzugreifen zu müssen. Die Rechtsfigur des irrenden Gewissens mag dabei als wenig hilfreich bei der Darstellung solcher Gedanken erscheinen. Das im Begriff des Irrtums enthaltene negative Verdikt lässt es lohnend erscheinen, sich stattdessen – zumindest – anderer Wortwahl zu bedienen.

Dies vorangestellt, mag die Frage verständlich werden, ob sich nicht hinter mancher Wortwahl im Kern ein teils abweichendes Gewissensverständnis offenbart. Dies liegt beispiels-

²⁵⁹ Vgl. SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 120; auch der Beschreibung auf S. 122 ist die Bewertung als „Bruchstelle“ zu entnehmen.

²⁶⁰ Vgl. SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 204–212. Der intersubjektive materiale Inhalt eines jeden Gewissensurteils soll dadurch allerdings nicht gelehrt werden, 206. Statt von irrendem Gewissen möchte SCHOCKENHOFF von der Selbstverfehlung des Gewissens sprechen.

²⁶¹ Vgl. SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 143–151.

²⁶² Vgl. SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 144–145. Dabei knüpft er auch an die Enzyklika „*Veritatis splendor*“ (Nr. 30) an, vgl. *ibid.* 178. Psychologische Erkenntnisse sind auch Grundlage seiner Überlegungen zum personalen Bezug der Wahrheit, 196–203. Hierunter sei die Bedeutung der durch das Gewissen zu erkennenden Wahrheit für die eigene menschliche Identität zu verstehen, die zu einer Unverletzbarkeit der jeweiligen Gewissensurteile führe.

²⁶³ Ob allenfalls aus dem Gebot religiösen Gehorsams Folgerungen zu ziehen sind, etwa mit Blick auf die öffentliche Äußerung solch eines Gewissensurteils, sei hier dahingestellt; vgl. hierzu kurz WEBER, *Konkurrenten oder Weggenossen?*, in: *Das Gewissen* (Fn. 94, 1990), 96–97; ferner die Instruktion über die kirchliche Berufung des Theologen der Kongregation für die Glaubenslehre vom 24. Mai 1990, Nr. 30–31.

weise²⁶⁴ nahe, wenn die in sich kohärente Gewissensentscheidung unabhängig von ihrer Übereinstimmung mit der objektiven Sittenordnung einschränkungslos mit Begriffen wie „sittlich gut“ bezeichnet wird.²⁶⁵ Denn bis und beim Zweiten Vatikanischen Konzil ist immer auch die Betonung der Bedeutung objektiver Wahrheit zu erkennen, sodass eine derartige Aussage zumindest missverständlich erscheint.²⁶⁶ Ob eine solche Position damit gerechtfertigt werden kann, dass beispielsweise in GS 16 dem unüberwindlich irrenden Gewissen die Würde zuge-

²⁶⁴ Vgl. auch die Bezeichnung des Gewissensurteils als „unfehlbar“ bei GRÜNDEL, Verbindlichkeit des Gewissensspruches, in: Das Gewissen (Fn. 128, 1990), 103, 106. Zwar erklärt GRÜNDEL deutlich die Lehre des irrenden Gewissens (103–108) und erklärt die Begriffsbedeutung von „unfehlbar“ in einer Weise, die in der Sache nicht traditionellem Verständnis entgegensteht. Denn die „Unfehlbarkeit“ resultiere daher, dass jedem (echten) Gewissensurteil unbedingt Folge zu leisten ist, wie dies seit THOMAS auch klargestellt ist. Der Begriff der Unfehlbarkeit mit seinen damit zusammenhängenden Assoziationen selbst ist jedoch als Bezeichnung für diesen Sachverhalt schlicht ungeeignet. Denn bei der Bindung an das Gewissensurteil geht es nur um ein Ja oder Nein ohne Rückgriff auf den Inhalt. „Fehlen“ ist demgegenüber ein Begriff, der nicht anders als in Beziehung zum materiellen Gehalt gedacht werden kann. Es erscheint kaum vorstellbar, dass GRÜNDEL bei Wahl dieses – sonst nirgends so verwendeten – Begriffs sich hierüber nicht im Klaren war. Dies gilt umso mehr, als sein Artikel kritische Antwort geben soll auf die Instruktion über die kirchliche Berufung des Theologen der Kongregation für die Glaubenslehre vom 24. Mai 1990, bei der in Nr. 38 im Einklang mit dem kirchlichen Gewissensbegriff ausgeführt wird, dass dieses keine „unfehlbare Instanz“ sei.

Wenn GRÜNDEL ausführt, dass bei demjenigen, der eine authentische Lehre mangels Überzeugungskraft nicht annehme, immer zumindest (wenn nämlich die Lehre nicht ohnehin sachlich falsch ist) – „vorausgesetzt ein ernsthaftes Bemühen um das Richtige – ein unüberwindlich irriges Gewissen“ vorläge (115), so ist fraglich, ob das in dieser Allgemeinheit noch von den traditionellen Stellungnahmen zum Gewissen gedeckt ist. Denn ein ernsthaftes Bemühen ist zwar – nicht allein bei THOMAS, sondern auch bei NEWMAN – notwendige, nicht aber eben hinreichende Bedingung für die Schuldlosigkeit des Irrtums. Allein auf ernsthaftes Bemühen abzustellen, führt aufgrund der Uferlosigkeit dieses Kriteriums zu einer salvatorischen Klausel, die der Aufgabe und Würde, die dem Gewissen im traditionellen Verständnis zukommt, kaum gerecht zu werden scheint. Sicher ist allerdings richtig, dass ernsthaftes Bemühen hinreichende Bedingung dafür ist, dass tatsächlich ein echtes Gewissensurteil – statt bloß unverbindlicher Meinungsaneignung – und damit volle moralische Verbindlichkeit besteht, diesem Urteil ganz unabhängig von der Frage seiner Irrigkeit in diesem Augenblick nun bedingungslos zu folgen.

Vgl. ferner etwa die Begrifflichkeit eines „legitim abweichenden Gewissens“ bei WEBER, Konkurrenten oder Weggenossen?, in: Das Gewissen (Fn. 94, 1990), 96. Was bedeutet in diesem Zusammenhang legitim?

Vgl. auch die zustimmende Wiedergabe einer Äußerung von W. KERBER als „große Einsicht katholischer Moraltheologie, die durch Jahrhunderte festgehalten wurde“ bei WIEDMANN, Die Strategie des Gentleman, in: Das Gewissen (Fn. 95, 1990), 77, wonach „allein die Befolgung der subjektiven Norm des Gewissens über das Heil des Menschen entscheidet“. Diese Aussage liegt allerdings, da sie die denkbare Möglichkeit, etwaig gleichzeitig eine schwere Sünde durch das Entstehen des Irrtums im Gewissen gegangen zu haben, so eklatant im Widerspruch zur traditionellen Gewissenslehre, dass sie möglicherweise hier nur aufgrund einer nicht gewollten Verkürzung so aufgefasst werden kann.

²⁶⁵ So etwa, in Erläuterung des Paradigmenwechsels, VIRT, Gewissen, in: Aufbruch des Vat. II heute (Fn. 128, 1993), 142: Die „sittliche Güte [...] ist eine Sache der Grundentscheidung des Menschen und wurzelt im Personsein“. Daneben gebe es noch die Kategorie des „sittlich Richtigen“, als eine von vielen Zufälligkeiten abhängende – und daher wenig interessierende? – Übereinstimmung der eigenen Erkenntnis mit der Wahrheit. Siehe ähnlich auch GRÜNDEL, Verbindlichkeit des Gewissensspruches, in: Das Gewissen (Fn. 128, 1990), 101.

²⁶⁶ Die Bezeichnung als „sittlich gut“ kann allerdings als zutreffend bewertet werden, wenn man allein auf die Befolgung des Gewissensurteils im Entscheidungszeitpunkt fokussiert, denn konkret *ist* in diesem Augenblick so zu handeln. Nimmt man allerdings die Möglichkeit des schuldhaften Irrs mit in den Blick, so ist diese Handlung präziser als sittlich *besser* bezeichnet.

Vgl. jedenfalls die solcher Wortwahl entgegenstehende Ansicht des Aquinaten, oben S. 28 bei Fn. 139. Vgl. auch KNEIB, Gewissensfreiheit (Fn. 125, 1996), 191–192 zur neuscholastischen Differenzierung zwischen relativer (bei irrendem) und absoluter Güte (bei Übereinstimmung zwischen Gewissen und objektiven Gesetz).

sprochen wird, ist zumindest fraglich.²⁶⁷

Es bedarf indessen keiner weiteren Auseinandersetzung mit (1.) der Überzeugungskraft und (2.) der Vereinbarkeit solcher Thesen mit einem christlichen bzw. katholischen²⁶⁸ Gewissensverständnis. Denn für den hier interessierenden Kontext ist es irrelevant, ob und inwieweit ein traditionell als irrend bezeichnetes Gewissensurteil als sittlich gut, in sich selbst beruhend, kreativ²⁶⁹ oder wie auch immer zu qualifizieren ist.

Entscheidend bleibt, dass es nach allen Konzeptionen ein Gewissensurteil geben kann, dass kirchlicher Lehre (und damit womöglich der objektiven Wahrheit) widerspricht, dass aber diesem Urteil nach Maßgabe des Gewissens zwingend zu folgen ist.

d) Gegenreaktion auf ein als zu subjektivistisch verstandenes Gewissensverständnis

Von daher bedarf es ebenso wenig einer Auseinandersetzung mit den Stimmen, die vor dem Abgleiten in eine subjektivistische Gewissensauffassung warnen, bei der das Gewissen zu einer „nicht überprüfbar[e] und nicht kritisierbar[e] Instanz“ werde.²⁷⁰ Denn auf welche Weise dabei auch immer die traditionelle Hinordnung auf die objektive Wahrheit und daraus folgend die Verbindlichkeit für das Gewissen schaffende Rolle des Lehramtes betont wird: Es geht dabei

²⁶⁷ Zum einen wird beispielsweise von VIRT nicht mehr genannt, dass dieses Zusprechen der Würde nach GS 16 gerade nur für den Fall der Unüberwindlichkeit des Irrs gegeben ist (zur Frage der Quantität dieser Fallgruppe vgl. oben S. 35, in Fn. 186).

Zum anderen aber wäre die Gleichsetzung von Würde und sittlicher Güte – wenn VIRT dies zum Ausgangspunkt nähme (eine Begründung wird nicht explizit genannt) – zumindest erläuterungsbedürftig. Denn das Spannungsverhältnis zwischen Weitergeltung der objektiven Wahrheit und der Verbindlichkeit des subjektiven Gewissensurteils, die besteht, wird bei VIRT nicht mehr in Einklang zu bringen gesucht. Vielmehr wird durch eine solche Begrifflichkeit der Konflikt einseitig zu Gunsten der Subjektivität aufgelöst (was VIRT an anderer Stelle anderen vorwirft (150)). Dies erscheint schwerlich dem Text von GS 16, der deutlich auch das Objektive betont, gerecht zu werden.

Mit Blick auf die Gesamtauffassung VIRTs ist an dieser Stelle noch hinzuzufügen, dass auch er im Übrigen von einer „Rückbindung des Gewissens an die Wahrheit“ ausgeht, allerdings sei diese mit dem Zweiten Vatikanischen Konzil „realistisch, differenziert und dynamisch“ zu sehen (146).

²⁶⁸ Zur Gewissensfrage aus einer evangelischen Sichtweise heraus vgl. HONECKER, *Testimonium conscientiae*, in: *Der Streit um das Gewissen* (Fn. 92, 1993), 85–92; vgl. eine eigenwillige evangelikale Sichtweise bei WIHER, *Biblisch-soteriologisches Gewissensmodell*, in: *Scham- und Schuldorientierung*, hrsg. v. *Schirmmacher* u. a., Nürnberg 2006, 219–234.

²⁶⁹ Vgl. zu einer besonderen Betonung der Kreativität, die dazu führe, das Gewissen als „eigenständige Quelle der Wahrheit“ zu qualifizieren, bei MIETH, *Die Moralzyklika*, in: *Moraltheologie im Abseits?* (Fn. 95, 1994), 14–16. In scharfer Abwehr der Gewissenslehre in „*Veritatis splendor*“ pocht MIETH dabei darauf, dass seine Ansicht mit kirchlicher Lehre sowie insbesondere auch mit der Auffassung von THOMAS VON AQUIN zu vereinbaren sei.

²⁷⁰ MELINA, *Gewissen, Freiheit und Lehramt*, *Forum Katholische Theologie* 9 (1993), 244; ferner STÖHR, *Persönliches Gewissen und kirchliche Lehre*, *Theologisches* 21 (1991) Sp. 173 mit zahlreichen weiteren Nachweisen in Sp. 250; MAY, *Das Verhältnis von Gesetz und Gewissen angesichts der kanonischen Rechtsordnung*, in: *Neue Positionen des Kirchenrechts*, hrsg. v. *Lüdicke* u. a., Graz 1994, 58; ders., *Das Verhältnis von Gesetz und Gewissen im kanonischen Recht*, dargestellt an den cc. 915/916 CIC/1983, *Forum Katholische Theologie* 9 (1993) 117–130; BURKHART, *Gewissen und kirchliches Lehramt*, in: *Der Wahrheit verpflichtet*, FS *Krenn*, hrsg. v. *J. Kreiml* u. a., Graz 2006, 327–346. Vgl. auch LAUN, *Das Gewissen* (Fn. 137, 1984), 92–94, 98 (in Abwägung mit Vorteilen der neueren Betonung des Gewissens), sowie auch MEISNER, *Das Gewissen – normierte Norm des Handelns*, in: FS *Krenn*, *ibid.*, 169–175, wo insbesondere die Pflicht zur Gewissensbildung betont wird, und es darum geht, den „weit verbreiteten Irrtum, das Gewissen könne selbst kreativ sein“, zurückzuweisen.

nicht darum zu bestreiten, dass nach katholischem Verständnis nicht durch Zwang auf das Gewissen gewirkt werden darf.²⁷¹ Es geht um die „moralische Dimension einer Handlung“,²⁷² die sich nicht allein nach der Übereinstimmung mit einem Gewissensentscheid bemisst. Es soll deutlich gemacht werden, weshalb gegen ein Abweichen vom Lehramt vorgegangen werden darf, um der Wahrheit zu ihrem Recht zu verhelfen, und zwar nicht allein durch „Anregungen und Werthinweise“²⁷³. Da jedoch Zwang als Mittel für ein solches Vorhaben ausgeschlossen bleibt, bedarf es hier keiner weitergehenden Darlegung.

²⁷¹ MELINA (Fn. 270) Forum Katholische Theologie 9 (1993), 255; BURKHART, *ibid.*, 334; vgl. auch LAUN, Das Gewissen (Fn. 137, 1984), 94–96, 111; MAY, Gesetz und Gewissen, in: Neue Positionen des Kirchenrechts (Fn. 270, 1994) 60–63; auf die Frage des Zwangs geht MAY nicht näher ein in: Das Verhältnis von Gesetz und Gewissen im kanonischen Recht, dargestellt an den cc. 915/916 CIC/1983, Forum Katholische Theologie 9 (1993) 117–130; ebenso wenig STÖHR, *ibid.*, siehe dort allerdings beiläufig die Erwähnung des „irrigen Gewissens“ in Sp. 244.

²⁷² MELINA (Fn. 270) in: Forum Katholische Theologie 9 (1993), 245.

²⁷³ MELINA (Fn. 270) Forum Katholische Theologie 9 (1993), 246; zur Anwendung strafrechtlicher Sanktionen siehe MAY, Gesetz und Gewissen, in: Neue Positionen des Kirchenrechts (Fn. 270, 1994), 76–78.

III. Neupositionierung oder Akzentuierung durch das Zweite Vatikanische Konzil?

Mit Blick auf das Traditionsargument, das für die Zulässigkeit des Besserungsstrafzwecks streitet, ist nun eigens der Blick darauf zu lenken, ob und inwieweit durch das Zweite Vatikanische Konzil neuartige Einblicke in das Wesen des Gewissens gewonnen wurden.²⁷⁴

1. Zur Hermeneutik

Eingangs stellt sich insoweit die Frage nach angemessener Hermeneutik, um dem Konzil gerecht zu werden. Dies gilt umso mehr, als bei diesem Konzil nunmehr nicht das Anathema im Vordergrund stand, sondern die positiv ausgerichtete Entfaltung kirchlicher Lehre.²⁷⁵ Dass die Rezeption des Konzils teils von erbittertem Streit geprägt ist, steht außer Frage.²⁷⁶

a) BENEDIKT XVI.

Nach Papst BENEDIKT XVI.²⁷⁷ gilt es sich zu entscheiden zwischen zwei grundsätzlichen Herangehensweisen, die er einerseits als „Hermeneutik der Diskontinuität und des Bruches“, andererseits als „Hermeneutik der Reform“ bezeichnet wissen möchte. Erstere sei dadurch gekennzeichnet, dass behauptet werde, die Konzilstexte seien bloße Formelkompromisse, die notwendig waren, um die gewünschte Einmütigkeit unter den Vätern zu erzielen. Unter Rückgriff auf den Geist des Konzils müsse das eigentlich Neue herausgeschält werden, es sei „notwendig, mutig über die Texte hinauszugehen und dem Neuen Raum zu verschaffen“.

Eine solche Sichtweise sei jedoch abzulehnen, da sie „das Risiko eines Bruches zwischen vorkonziliarer und nachkonziliarer Kirche in sich“ trage. Man missverstehe dabei grundlegend die Natur eines Konzils als solchem, wenn man glaube, ein Konzil habe „verfassungsgebende Kraft“, Altes zu verbannen und Neues zu schaffen. Demgegenüber seien die Konzilsväter nicht ermächtigt, Eigenes zu beschließen, sondern nur das ihnen Anvertraute in rechter Weise zu verwalten, und zwar, indem Dynamik und Treue in ein rechtes Verhältnis gebracht würden.

Dass eine unzutreffende Hermeneutik so viele Anhänger habe gewinnen können, liege auch an einer nicht hinreichenden Wahrnehmung der Bedeutung zeitgeschichtlicher Um-

²⁷⁴ Zum Erkenntniszugewinn hinsichtlich göttlichen Rechts in der Kirche vgl. etwa HERVADA/LOMBARDÍA, Prologue I – Introduction to Canon Law, in: Exegetical Commentary on the Code of Canon Law, Vol. I, hrsg. v. Marzoa u. a., Montréal 2004, S. 20.

²⁷⁵ Vgl. SCHOCKENHOFF, Wie gewiss ist das Gewissen? (Fn. 94, 2003), 155.

²⁷⁶ Vgl. nur BENEDIKT XVI., Ansprache an das Kardinalskollegium und die Mitarbeiter der römischen Kurie beim Weihnachtsempfang am 22. Dezember 2005, wiedergegeben bei http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2005/december/documents/hf_ben_xvi_spe_20051222_roman-curia_ge.html (eingesehen am 20.3.2008); ferner LEHMANN, Hermeneutik, in: Vat. II – Anfang oder Ende? (Fn. 282, 2004), 70–71.

²⁷⁷ Sämtliche folgenden Zitate sind der in Fn. 276 genannten Ansprache des Papstes entnommen.

stände.²⁷⁸ Denn mit Blick auf die Schwerpunkte des Zweiten Vatikanischen Konzils könne sehr wohl in gewisser Weise eine Diskontinuität beobachtet werden. Doch ist es nach BENEDIKT XVI. ein unzutreffender Rückschluss, diese Veränderung als Anlass zu nehmen, sie selbst zur obersten Interpretationsmaxime zu erküren. Dies ergebe sich auf Folgendem: Die Veränderung rühre daher, dass es im 19. Jahrhundert seitens der Kirche unter PIUS IX. harte und radikale Verurteilungen eines Geistes der Moderne gab, der seinerseits durch radikalen Liberalismus und Gottesferne auch im Bereich der Naturwissenschaften gekennzeichnet war. „Es gab somit scheinbar keinen Bereich mehr, der offen gewesen wäre für eine positive und fruchtbare Verständigung.“ Im Zeitpunkt des Zweiten Vatikanischen Konzils hatten sich durch Wandlungen der heutigen Welt – „der Moderne“ – ihrerseits, die Koordinaten grundlegend geändert. Da nunmehr wieder Anknüpfungspunkte für einen Dialog bestanden, warteten drei Fragenkreise auf Antwort: (1.) Die Neubestimmung des Verhältnisses von Glauben und modernen Wissenschaften (einschließlich der Geschichtswissenschaft – Stichwort historisch-kritische Methode) (2.) Verhältnis von Kirche und modernem Staat, insbesondere das Problem der religiösen Toleranz (3.) Neubestimmung des Verhältnisses von christlichem Glauben und Weltreligionen.

Hinsichtlich der vom Konzil gegebenen Antworten steht für BENEDIKT XVI. fest, dass „eine Art Diskontinuität entstehen konnte und [...] in gewissem Sinne tatsächlich eine Diskontinuität aufgetreten war.“ Kernthese des Papstes ist jedoch nun, dass diese Art von Diskontinuität bedingt ist durch den Unterschied verschiedener konkreter historischer Situationen und ihrer Ansprüche. Unterschiede und Veränderungen beruhten darauf, dass im 19. Jahrhundert auf spezifische Formen des Liberalismus und der liberalen Schriftauslegung zu reagieren war. Die Kirche habe hierauf bezogen Entscheidungen getroffen „auf vorübergehende, nicht zum Wesen gehörende Fragen“. Damit müssten auch die Antworten ihrerseits als „selbst vorübergehend“ zu qualifizieren sein, „eben weil sie Bezug nahmen auf eine bestimmte in sich selbst veränderliche Wirklichkeit. Man muss [– so der Papst –] lernen zu akzeptieren, dass bei solchen Entscheidungen nur die Grundsätze den dauerhaften Aspekt darstellen [...]. Die konkreten Umstände [...] sind dagegen nicht ebenso beständig. So können die grundsätzlichen Entscheidungen ihre Gültigkeit behalten, während die Art ihrer Anwendung auf neue Zusammenhänge sich ändern kann.“

Diese Zusammenhänge sind nach BENEDIKT XVI. exemplarisch am Beispiel der Religionsfreiheit festzumachen. Soweit der Relativismus nicht bloß als Kriterium staatlichen Zusammenlebens, sondern darüber hinaus als metaphysischer Grundsatz vertreten wird, so sei dies auch heute noch als mit dem Evangelium unvereinbar zurückzuweisen. Weiter führt der Papst aus:

²⁷⁸ Siehe allgemein hierzu auch die Instruktion über die kirchliche Berufung des Theologen der Kongregation für die Glaubenslehre vom 24. Mai 1990, Nr. 14.

„Etwas ganz anderes ist es dagegen, die Religionsfreiheit als Notwendigkeit für das menschliche Zusammenleben zu betrachten oder auch als eine Folge der Tatsache, dass die Wahrheit nicht von außen aufgezwungen werden kann, sondern dass der Mensch sie sich nur durch einen Prozess innerer Überzeugung zu Eigen machen kann. Das Zweite Vatikanische Konzil hat mit dem Dekret über die Religionsfreiheit einen wesentlichen Grundsatz des modernen Staates anerkannt und übernommen und gleichzeitig ein tief verankertes Erbe der Kirche wieder aufgegriffen. Diese darf wissen, dass sie sich damit in völligem Einvernehmen mit der Lehre Jesu befindet (vgl. Mt 22, 21). [...] Die Märtyrer der frühen Kirche sind für ihren Glauben an den Gott gestorben, der sich in Jesus Christus offenbart hatte, und damit sind sie auch für die Gewissensfreiheit und für die Freiheit, den eigenen Glauben zu bekennen, gestorben – für ein Bekenntnis, das von keinem Staat aufgezwungen werden kann, sondern das man sich nur durch die Gnade Gottes in der Freiheit des eigenen Gewissens zu eigen machen kann.“²⁷⁹

Folglich hat das Konzil – im Beispiel mit seinen Erklärungen zur Religionsfreiheit – den Grundsatz der Kontinuität nicht aufgegeben. Eine tatsächliche Basis dafür, die Diskontinuität als maßgebliches Kennzeichen des Konzils zu betrachten, ist daher bei genauer Betrachtung nach BENEDIKT XVI. nicht existent: „Das Zweite Vatikanische Konzil hat durch die Neubestimmung des Verhältnisses zwischen dem Glauben der Kirche und bestimmten Grundelementen des modernen Denkens einige in der Vergangenheit gefällte Entscheidungen neu überdacht oder auch korrigiert, aber trotz dieser scheinbaren Diskontinuität hat sie ihre wahre Natur und ihre Identität bewahrt und vertieft. Die Kirche war und ist vor und nach dem Konzil dieselbe eine, heilige, katholische und apostolische Kirche, die sich auf dem Weg durch die Zeiten befindet.“²⁸⁰

Richtige Hermeneutik begreife nach allem, dass „die Kirche [...] ein Subjekt [ist], das mit der Zeit wächst und sich weiterentwickelt, dabei aber immer sie selbst bleibt, das Gottesvolk als das eine Subjekt auf seinem Weg.“ Damit stehe eine solche Hermeneutik im Einklang mit den

²⁷⁹ Weiter führt BENEDIKT XVI. aus: „Eine missionarische Kirche [...] muss sich unbedingt für die Glaubensfreiheit einsetzen. Sie will die Gabe der Wahrheit [...] weitergeben und sichert gleichzeitig den Völkern und ihren Regierungen zu, damit nicht ihre Identität und ihre Kulturen zerstören zu wollen; sie gibt ihnen im Gegenteil die Antwort, auf die sie im Innersten warten – eine Antwort, die die Vielfalt der Kulturen nicht zerstört, sondern die Einheit unter den Menschen [...] vermehrt.“

²⁸⁰ Zur Erwartungshaltung an das Konzil findet der Papst folgende Worte: „Wenn jemand erwartet hatte, daß das grundsätzliche ‚Ja‘ zur Moderne alle Spannungen lösen und die so erlangte ‚Öffnung gegenüber der Welt‘ alles in reine Harmonie verwandeln würde, dann hatte er die inneren Spannungen und auch die Widersprüche innerhalb der Moderne unterschätzt; er hatte die gefährliche Schwäche der menschlichen Natur unterschätzt, die in allen Geschichtsperioden und in jedem historischen Kontext eine Bedrohung für den Weg des Menschen darstellt. [...] Auch in unserer Zeit bleibt die Kirche ein ‚Zeichen, dem widersprochen wird‘ (Lk 2,34). [...] Es konnte nicht die Absicht des Konzils sein, diesen Widerspruch des Evangeliums gegen die Gefahren und Irrtümer des Menschen aufzuheben. Zweifellos wollte es dagegen Gegensätze beseitigen, die auf Irrtümern beruhten oder überflüssig waren, um unserer Welt den Anspruch des Evangeliums in seiner ganzen Größe und Klarheit zu zeigen. Der Schritt, den das Konzil getan hat, um auf die Moderne zuzugehen, und der sehr unzulänglich als ‚Öffnung gegenüber der Welt‘ bezeichnet wurde, gehört letztendlich zum nie endenden Problem des Verhältnisses von Glauben und Vernunft, das immer wieder neue Formen annimmt.“

klaren Worten Papst JOHANNES XXIII. in seiner Eröffnungsansprache zum Konzil am 11. Oktober 1962, wonach das Konzil „die Lehre rein und vollständig übermitteln will, ohne Abschwächungen oder Entstellungen“. Weiter zitiert er seinen Vorgänger mit den Worten: „Es ist notwendig, die unumstößliche und unveränderliche Lehre, die treu geachtet werden muss, zu vertiefen und sie so zu formulieren, dass sie den Erfordernissen unserer Zeit entspricht. Eine Sache sind nämlich die Glaubensinhalte, also die in unserer ehrwürdigen Lehre enthaltenen Wahrheiten, eine andere Sache ist die Art, wie sie formuliert werden, wobei ihr Sinn und ihre Tragweite erhalten bleiben müssen.“

b) Unübersteigbarkeit des Wortlauts bei tragenden Passagen

BENEDIKT XVI. hat mit seinen Ausführungen aus Sicht des Lehramts in sich konsistente, überzeugende Grundsätze zur Hermeneutik des Konzils dargelegt. Für die Zwecke dieser Arbeit erscheint es nicht notwendig, den Streit um die richtige Interpretation des Konzils in voller Breite aufzunehmen.²⁸¹ Ausreichend erscheint es zu überprüfen, wo jedenfalls letzte Grenzen eines noch zulässigen Interpretationsverständnisses liegen.

In Frage steht insoweit, wie viel Zutrauen zum Wortlaut des Textes möglich bleibt. Ein Abweichen vom Wortsinn erscheint jedenfalls dann nicht mehr als zulässig, wenn es sich nicht mehr um nur beiläufige, sondern den Sinngehalt mittragende Bemerkungen handelt.²⁸² Dagegen soll nach Ansicht einiger dann eher vom Wortlaut abgesehen werden können, wenn Teile des Textes sich allein dem Einfluss einer kleinen Konzilminorität verdanken.²⁸³

2. Zur inhaltlichen Neuheit

Ob und inwieweit nun aber mit Blick auf Einzelfragen neue Erkenntnisse zur Gewissensfrage im „Geist des Konzils“ im Vergleich zu anderen objektivistisch geratenen Formulierungen in den Vordergrund zu rücken sind, kann hier dahinstehen. Denn die von solch freierer Hermeneutik möglicherweise betroffenen Einzelaspekte betreffen, wie nun zu zeigen sein wird, die hier maßgebliche Frage nach dem Eingriff in die Gewissensfreiheit allenfalls am Rande.

Mit Blick auf die Entstehungsgeschichte der das Gewissen betreffenden Passagen wird nämlich ausgeführt, dass ein „nur mühsam verschleierter Kompromisscharakter“ auszumachen

²⁸¹ Vgl. insoweit die weiteren Nachweise etwa bei HÜNERMANN, Hermeneutische Reflexion, in: Herders Theologischer Kommentar Vat. II, Bd. 5 (Fn. 191, 2006), 7, *ibid.* in Fn. 3 auch kritisch zur Hermeneutik von Kardinal RATZINGER.

²⁸² Vgl. allgemein LEHMANN, Hermeneutik für einen künftigen Umgang mit dem Konzil, in: Vat. II – Anfang oder Ende?, hrsg. v. *Hierold*, Münster 2004, 62, 64–65, zur Notwendigkeit, selektives Zitieren zu vermeiden. Siehe auch SCHENK (Fn. 136) Forum Katholische Theologie 8 (1992), 2–3 unter Verweis auf W. KASPER.

²⁸³ Vgl. hierzu HÜNERMANN, Hermeneutische Reflexion, in: Herders Theologischer Kommentar Vat. II, Bd. 5 (Fn. 191, 2006), 7–8, mit Verweisen insbesondere auf PESCH.

sei.²⁸⁴ Bei GS 16 sei festzustellen, dass dieser Kompromiss in Auseinandersetzung mit drei vorangegangenen Textentwürfen entstand. Da es zentrales Anliegen der Väter war, größtmögliche Einmütigkeit zu erzielen, gebe es Textbausteine, die das Gewissen als „Rezeptionsorgan des passiv empfangenen moralischen Gesetzes“ kennzeichneten, ohne den befreienden Charakter christlicher Botschaft ausreichend zur Sprache zu bringen.²⁸⁵ Dies erkenne man beispielsweise schon am Eingangssatz von GS 16²⁸⁶, wenn dort Gewissen und Gesetz als deutlich getrennte Größen beschrieben würden.²⁸⁷ Wenn aber in GS 16 ebenfalls vom Gewissen als „verborgenster Kern“ sowie von dem Alleinsein mit Gott gesprochen werde, so zeige dies das dialogische Ereignis auf, dass das Gewissen im Sinne eines demgegenüber personaleren Verständnis kennzeichne.²⁸⁸ Nicht ganz klar werde also, ob „das Gewissen oder das objektive Gesetz als Einsatzpunkt der Reflexion und als die eigentliche Quelle sittlicher Erkenntnis angesehen wird“.²⁸⁹ Ungeschichtlich-objektivistischer Duktus und personaler geschichtlicher Ansatz führten zu einer gewissen Doppelgesichtigkeit.²⁹⁰

Hieraus ergibt sich also, dass es während des Konzils nicht zu einer gänzlichen Überarbeitung des traditionellen Gewissensverständnisses gekommen ist – unabhängig von der Frage, ob und was hier wünschenswert gewesen wäre. Es ist vielmehr zu konstatieren, dass die Bezogenheit des Gewissens auf objektive Normen nicht nur formelhaft am Rande, sondern in tragenden Sinneinheiten des Textes wieder zu finden ist. Damit ist die Verankerung im Text zu deutlich, als dass sie gänzlich in Abrede gestellt werden könnte, ohne den Boden des Konzils zu verlassen.²⁹¹ Es geht bei der Ausformulierung der Gewissensfrage also nicht um bloße „objektivistische“ Fragmente, die eine Minorität²⁹² hätte einfließen lassen können. Dass sich mit Blick hierauf eine diese Gesichtspunkte eliminierende Lesart verbietet, versteht sich von selbst.

Festzuhalten ist vielmehr, dass die Kernaussagen des Zweiten Vatikanischen Konzils mit Blick die hier zu beantwortenden Fragen folgende sind, dass nämlich

²⁸⁴ Vgl. SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 156. Vgl. mit Einzelheiten auch SCHENK (Fn. 136) *Forum Katholische Theologie* 8 (1992), 3–4.

Siehe allgemein zum Kompromisscharakter der Konzilstexte LEHMANN, *Hermeneutik*, in: *Vat. II – Anfang oder Ende?* (Fn. 282, 2004), 61–62.

Vgl. zur Entstehungsgeschichte von DH die insgesamt positivere Einschätzung bei KASPER (Fn. 6) *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse*, 1988, 18–31.

²⁸⁵ Vgl. SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 162.

²⁸⁶ Vgl. zum Wortlaut oben S. 20, dort allerdings als letzter Satz des Zitats wiedergegeben.

²⁸⁷ So die Wertung bei SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 163.

²⁸⁸ Vgl. die Einschätzung bei SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 164–165.

²⁸⁹ SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 165.

²⁹⁰ Vgl. SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 168.

²⁹¹ So auch SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 168–169.

²⁹² Wobei natürlich streng genommen die Einflussnahme einer Minorität nichts mit quantitativer Betrachtung zu tun hat. Hier allerdings geht es darum zu prüfen, inwieweit die Gewissensfreiheit *neu* formuliert wurde. Dabei dann tragende Ausführungen auf dem Boden eines traditionelleren Verständnisses auszusparen, bedeutete einen hermeneutischen Zirkelschluss.

- (1.) die objektive Wahrheit – durch welche Art und Weise vermittelt, kann dahingestellt bleiben – Ziel jeglichen Gewissensurteils ist,
- (2.) dass unabhängig von der Frage, ob und wie das irrende Gewissen je nach den Umständen durch den Irrtum seine Würde verliert, zunächst jedwedes Gewissensurteil – gleich ob richtig oder nicht – unbedingt zu befolgen ist und dass deshalb
- (3.) Zwang, der das Gewissen betrifft, ausnahmslos zu unterbleiben hat.²⁹³

Auch Papst JOHANNES PAUL II. etwa betrachtet die Aussagen von GS 16 über das irrende Gewissen nicht als Neuheit, sondern führt dazu aus: „Mit diesen knappen Worten bietet das Konzil eine Zusammenfassung der Lehre, welche die Kirche im Laufe von Jahrhunderten über das irrende Gewissen erarbeitet hat.“²⁹⁴ Ebenso wird in der Literatur ausgeführt, Artikel 16 sei „durchaus noch mehr von der Präsentation der überkommenden Lehre [...] bestimmt“.²⁹⁵ Es werde lediglich ein allgemeiner Abriss einer christlichen Gewissenslehre gegeben in Form einer gelockerten scholastischen Überlieferung; bedeutsam sei lediglich die Breite, in der dies geschehe. Einsichten moderner Philosophie und angrenzender Wissenschaften seien nicht eingeflossen.²⁹⁶

Wie dem im Einzelnen auch sei, festzuhalten ist zumindest, dass in den hier interessierenden Kernaussagen²⁹⁷ sich die Kirche auf theologische Grundelemente stützt, die so auch schon in der traditionellen katholischen Theologie aufzufinden sind. Zwar fehlte es – was allerdings auch angesichts der Fixierung auf das Anathema bei vorherigen Konzilien nicht besonders verwundert – zuvor an einer positiven Ausformung dieser Gedanken durch das Lehramt. Auch ist nicht zu verkennen, was für praktische Folgen diese Kodifizierung nach sich zieht. Schließlich können erst jetzt diese Gedanken weder zu Unrecht an den Rand gedrängt noch durch missverständliche Äußerungen wie die des 19. Jahrhunderts schlimmstenfalls ganz geleugnet werden. Aber bezogen auf den Kern der Aussagen ist eine epochale Umwälzung nicht zu erkennen.

²⁹³ Siehe oben, da die Verleitung zum zwanghaften Befolgen kirchlicher Weisung bei gleichzeitig bestehen bleibendem entgegenstehenden Gewissensurteil die größere Sündhaftigkeit bedeutete.

²⁹⁴ „Veritatis splendor“, Nr. 62.

²⁹⁵ SANDER, Kommentar zu „Gaudium et spes“, in: Herders Theologischer Kommentar Vat. II, Bd. 4, hrsg. v. Hünermann u. a., Freiburg 2005, 732. Der Artikel gehöre „zu den Restbeständen der Darstellungsstrategie, die in den ersten Textfassungen noch verfolgt wurde“.

²⁹⁶ Vgl. RATZINGER, Kommentar zu GS, in: LThK E III (Fn. 141, 1968), 329.

Vgl. auch GUGGENBERGER, Würde, in: Kirche in der Welt von heute (Fn. 94, 1966) 18–19, der das Prinzip der Gewissensfreiheit als durchgängig gewahrt ansieht, und nur die praktische Verwirklichung als mangelhaft ansah.

²⁹⁷ Wenn GEROSA, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam (Fn. 6, 1995), 74, Fn. 44, argumentiert, die objektivistische Wahrheitslehre bei LEO XIII. und den nachfolgenden Päpsten habe die Aussage mitenthalten, dass es Rechtsschutz [zur Verdeutlichung: damit auch vor Strafrecht] für Irrtümer nicht gäbe [sprich: der Häretiker ist rechtlos mit Blick auf die ihm angedrohte Exkommunikation], so ist das für diesen Zusammenhang irrelevant. Denn hier ist die Frage gestellt, ob sich die Gewissenslehre selbst, nicht aber ein gleichsam unterhalb dieser Ebene liegendes Verständnis geändert hat.

Betrachtet man die Stellungnahmen in der Literatur zur Neuheit der Gewissenslehre, so fällt in der Tat auf, dass sachlich zumindest nicht derartige Dinge neu ausgedrückt wurden, die zu gänzlich anderen Konsequenzen führen könnten.²⁹⁸ Dies gilt auch für die Stellungnahmen, die euphorisch von einem Paradigmenwechsel sprechen.²⁹⁹ Ob nämlich nun die Wahrheitsvermittlung eher statisch³⁰⁰ oder dialogisch von statten geht,³⁰¹ ist sicher nicht unwichtig.³⁰² *Im*

²⁹⁸ So will SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 158, die Aussagen aus LG 16 als „theologisch bedeutendste Aussage zur Gewissensthematik“ gewertet wissen, die zu einer Vertiefung des bisherigen Verständnisses führe (folgerichtig sei es dann auch zur Umgestaltung der Karfreitagsfüßbitten gekommen, bei denen nun für alle gebetet wird, die Gott nicht erkennen, auf dass sie ihm doch mit seiner Hilfe durch ihr Gewissen folgen). Schließlich werde explizit entfaltet, dass das Gewissen nicht nur allgemein als ein Ort der Gottesbegegnung zu begreifen ist. Mehr noch: Auf Grund dessen kann universales Heil erhofft werden: „Gott ist das Ziel aller Menschen und jeder ist unterwegs zu ihm, solange er seinem Gewissen treu bleibt.“ Die Gottesunmittelbarkeit des Gewissens sei dann auch der tiefere Grund, weswegen die Erklärung zur Religionsfreiheit so deutlich habe ausfallen müssen. Vgl. SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 159.

Vgl. ferner BAUM, *Der Mensch in seiner Welt*, in: *Autorität der Freiheit*, hrsg. v. Hampe, München 1967, 76–77, euphorisch die Neuheit hervorhebend im sprachlichen Ausdruck, aber auch darin, dass eine nicht näher bezeichnete „scholastische Tradition“ zugunten einer „anderen christlichen Tradition“ abgelöst sei. Erstere hätte das Gewissen sehr eng als Akt praktischer Intelligenz zur Umsetzung des Allgemeinen ins Konkrete aufgefasst, nunmehr aber sei Letztere „sehr leidenschaftlich bestätigt“, dass das Gewissen nämlich Ort des Gottesgespräches sei.

Ähnlich die neue Innerlichkeit und die Abgrenzung von bloßem Gehorsam gegenüber gesetzlichen Weisungen als neuen Verdienst von GS 16 beschreibend HÄRING, *Ethik des Mit-Seins*, in: *Autorität der Freiheit*, hrsg. v. Hampe, München 1967, 115.

Ohne auf die Abgrenzung zu früherer kirchlicher Lehre einzugehen, empfindet KRÄTZL, *Öffnung der Kirche zur Welt*, in: *Vat. II – Anfang oder Ende?*, hrsg. v. Hierold, Münster 2004, 30, GS 16 als „die wohl spirituellste Stelle in den Konzilstexten, aber auch die entscheidendste für viele andere Aussagen“.

Von einem Zur-Geltung-Bringen eines über viele Jahrhunderte in der kirchlichen Tradition verschütteten Freiheitsbegriffs spricht mit Blick auf DH 10 KRÄMER, *Kirchenrecht I*, Stuttgart 1993, 25.

²⁹⁹ So insbesondere VIRT, *Gewissen*, in: *Aufbruch des Vat. II heute* (Fn. 128, 1993), 139–145 (zustimmend AUER, *Ist die Kirche heute noch „ethisch bewohnbar“?*, in: *Moraltheologie im Abseits?* (Fn. 202, 1994), 304); nur auf S. 146 findet sich eine abgemilderte Redeweise, wonach es zu einer „Vertiefung der Gewissenslehre im Vergleich zur Neuscholastik“ gekommen sei. Mit seiner These des Paradigmenwechsels stützt er sich im Übrigen in einer in dieser verabsolutierenden Art nicht nachvollziehbaren Weise auf den Vergleich zwischen einem ersten Textentwurf und dem verabschiedeten Text, vgl. dazu auch sogleich Fn. 300 a. E. Als Beleg für seine These stützt sich VIRT zudem auch auf die Ablehnung durch Erzbischof Marcel LEFEBVRE, der die Neuheit „gut erkannt“ habe (146–147).

³⁰⁰ Vgl. insoweit die Wiedergabe eines ersten neuscholastischen, nicht verwendeten Textentwurfs bei VIRT, *Gewissen*, in: *Aufbruch des Vat. II heute* (Fn. 128, 1993), 139: „Die christliche Sittenordnung ... leitet die Gläubigen durch das Gewissen der Einzelnen in den praktischen Urteilen über die Moralität ihrer Handlungen“. Hieran kann in der Tat erkannt werden, dass hinsichtlich der Funktion des Gewissens einseitig betont wurde, sie bestehe in einem statischen Vermitteln des Abstrakten hin zum Konkreten. Ferner sei eine Wiederholung der Verurteilungen der Gewissensfreiheit, wie sie LEO XIII. vornahm, vorgesehen gewesen (so VIRT, 141), auch verliere – wohl trotz Verbindlichkeit? – das irrige Gewissen seine Würde (so VIRT, 140). Weniger deutlich ist allerdings schon der Verweis von VIRT (140) auf folgenden nicht übernommenen Textentwurf: „Dass der Mensch seinem irrenden Gewissen nicht nur folgen kann, sondern auch muss, das entspringt nicht der subjektiven Überzeugung, sondern der objektiven Sittenordnung selbst, durch die der Wille zur Sünde verboten wird.“ Ob hiermit tatsächlich „ausdrücklich“ abgelehnt wird, das Gewissen sei Quelle sittlicher Einsicht, sei dahingestellt. Jedenfalls ist bei allem zu bedenken, dass die Verfasser derjenigen alten Textentwürfe, die abgelehnt wurden, nicht für sich in Anspruch nehmen konnten, dass sie quasi-authentisch das darlegen, was – bis zur Wende im Konzil selbst – den Stand der kirchlichen Lehre ausmacht.

³⁰¹ Vgl. so beispielsweise VIRT, *Gewissen*, in: *Aufbruch des Vat. II heute* (Fn. 128, 1993), 142–143.

³⁰² Überdies weist beispielsweise auch Papst BENEDIKT XVI. seit Beginn seines Pontifikats immer wieder auf die dialogische Struktur der Erkenntnis Gottes – und damit auch des Gewissens – anstelle bloßen Gesetzeswissens hin, wenn er die Notwendigkeit einer „Freundschaft zu Jesus Christus“ sowie das Liebesgebot immer wieder in den Mittelpunkt seines Wirkens stellt. Vgl. so etwa die – in den Medien seinerzeit teils hart kritisierte – Predigt in Warschau vom 26. Mai 2006: „Der Glaube bedeutet nicht nur, eine gewisse Anzahl von abstrakten Wahrheiten [...]. Der Glaube besteht in einer inneren Beziehung [englische Übersetzung: intimate relationship]

vorliegenden Zusammenhang drängen sich aufgrund dessen keine abweichenden Erkenntnisse auf.

Nicht von der Hand zu weisen ist allerdings die Einschätzung GEROSAS, dass in DH 10 eine derart kraftvolle Zurückweisung der Anwendung von Zwang³⁰³ enthalten sei, dass dieser Grundsatz zwar nicht als neu, aber doch mit erstarkter Rechtsqualität bewertet werden kann, nach ihm gar als „rechtliche Grundbefindlichkeit [...], die auch auf kanonistischer Ebene die Rechtsstellung des Getauften voll und ganz zu erfassen vermag“.³⁰⁴ Ebenso ist jedoch richtig, dass die hierzu notwendigen Grenzziehungen vom Konzil nicht vorgenommen wurden: „Die Entfaltung zahlreicher Aspekte der Gewissenslehre wurde also vom Konzil der künftigen theologischen Forschung überlassen.“³⁰⁵

Ferner lässt sich die von THOMAS vorgenommene Differenzierung zwischen Glaubensannahme und Glaubensausübung³⁰⁶ so nicht halten, wenn man die Aussagen des Konzils zur Beschreibung der Freiheit in GS 17 und in DH ernst nimmt: Eine Zwangseinwirkung kann nicht mehr allein damit gerechtfertigt werden, dass sie einen Getauften betrifft, der sich zuvor freiwillig zum Glauben bekannte.³⁰⁷

zu Christus, einer Beziehung, die auf der Liebe dessen beruht, der uns zuerst geliebt hat [...]. Aber was bedeutet es, Christus zu lieben? [...] Ihn zu lieben bedeutet, mit ihm im Gespräch zu bleiben, um seinen Willen zu erkennen und unverzüglich umzusetzen. [...] Der Glaube als Festhalten an Christus offenbart sich als Liebe, die dazu drängt, das Gute zu fördern, das der Schöpfer in die Natur eines und einer jeden von uns, in die Persönlichkeit jedes anderen Menschen und in alles, was in der Welt existiert, eingeschrieben hat.“ Deutsche Übersetzung http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/homilies/2006/documents/hf_ben-xvi_hom_20060526_varsavia_ge.html (eingesehen am 20.3.2008).

³⁰³ Anzufügen ist allerdings, dass die Zwangsfreiheit gerade auch mit der Würde der menschlichen Person, nicht aber konkret mit neuen Ausarbeitungen zum Gewissensbegriff verknüpft wird. Hier kann es aber – angesichts des unstreitigen Zusammenhangs von Würde und Gewissen, der in GS 16 dargelegt wird – dahinstehen, aus welcher Quelle hier die Zwangsfreiheit so deutlich betont wird. Vgl. hierzu eingehend KNEIB, Gewissensfreiheit (Fn. 125, 1996), zusammenfassend 379–383; vgl. auch LUF, Glaubensfreiheit, in: HdbKathKR, Regensburg 1999, 701.

³⁰⁴ Dass also das Gewicht der Aussage, es dürfe kein Zwang herrschen, durch die Klarheit von DH deutlich verstärkt wurde, liegt auf der Hand, nicht allerdings die weitergehende Bewertung als übergeordnetes, schlechthin konstitutives Rechtsprinzip durch GEROSA. Auch wird im Folgenden zu zeigen sein, dass gerade darin die Crux liegt, was denn nun als Zwang zu definieren ist, sodass insoweit dann auch diese Neuheit in der Gewichtung möglicherweise kaum wird weiterhelfen können.

Zur Neuheit siehe vertiefend KNEIB, Gewissensfreiheit (Fn. 125, 1996), 349; so gebe es beispielsweise keine naturrechtliche Beschränkung mehr mit Blick auf die Rechtsgewährung für Nichtkatholiken, d. h. es wird dem nach objektiven Maßstab Irrenden nicht mehr bloß Duldung gewährt.

Hinzuweisen ist ferner noch darauf, dass DH in erster Linie das Verhältnis zwischen Staat und Kirche betrifft, Folgerungen jedoch ebenso für die Kirche in ihrem Binnenraum gezogen werden können, siehe LUF, Glaubensfreiheit, in: HdbKathKR, Regensburg 1999, 701–702.

³⁰⁵ SCHENK (Fn. 136) Forum Katholische Theologie 8 (1992), 5, siehe auch *ibid.* Fn. 11.

³⁰⁶ Siehe dazu oben S. 29 bei Fn. 145.

³⁰⁷ Vgl. zutreffend etwa MÜLLER, Freiheit in der kirchlichen Rechtsordnung?, AfkKR 150 (1981) 464–470; KRÄMER, Kirchenrecht I (Fn. 298, 1993), 25 und schon dens., Religionsfreiheit in der Kirche, Trier 1981, 12. Von daher aber kritisch hinsichtlich der Formulierung des can. 748 § 2 CIC, der nur von Zwang bei der Glaubensannahme handelt, REINHARDT, Religionsfreiheit aus kanonistischer Sicht, in: Neue Positionen des Kirchenrechts, hrsg. v. Lüdicke u. a., Graz 1994, 185, sowie zur gleichwohl grundsätzlichen Geltung 187 m. w. N.

IV. Definitionsversuche zum Eingriffsbegriff in die Gewissensfreiheit

Von größtem Interesse wäre es, konkrete Definitionen aufzufinden, wann die Grenze erreicht ist, bei der eine Beeinflussung in einen unzulässigen Eingriff in das Gewissen umschlägt. Allein, daran fehlt es.

Hingewiesen werden mag an dieser Stelle auf zwei allgemeinere Ausführungen. So insistiert SCHOCKENHOFF darauf, dass nach kirchlicher Lehre jedwede kirchliche Erklärung über das Sittliche zunächst auf dem Weg über das Gewissen zur eigenen Einsicht des Betroffenen werden muss.³⁰⁸ Gerade weil dies so ist, könne in Konfliktfällen nicht „durch disziplinarische Sanktionen oder die Reklamation eines höheren Verpflichtungsgrades für die vorgetragene Lehre“ eine Lösung herbeigeführt werden.³⁰⁹ Weitere Ausführungen finden sich allerdings nicht.

GOLSER nennt als Grenze der Einwirkung einzig, dass – anders als in der katholischen Moraltradition – „die effektiven Grenzen sowohl für die Gewissenseinsicht wie auch für das sittliche Können“ zu berücksichtigen seien. Der „Reifestand des einzelnen Gewissens“ sei stärker zu beachten.³¹⁰ Hieraus kann man folgern, dass bei der Bewertung, was als unzulässiger Zwang zu gelten hat, tatsächlich auf individuelle Faktoren Rücksicht zu nehmen ist.

In der Rückschau auf die eben unternommene Darstellung der Gewissenslehre zeigt sich nun, dass trotz all der Bemühungen um die angemessene Entfaltung dieser Lehre für die hier entscheidende Frage wenig gewonnen ist: Sehr spärlich sind die Grundannahmen, die nun im Weiteren zu berücksichtigen sind, wenn es gilt, die Grenzen kirchlicher Strafgewalt auszumessen. Zudem ist bedauerlich, dass sich keine näheren Ausführungen dazu finden, inwieweit Zwangsausübung gegen das Gewissen in besonderen Umständen gerechtfertigt werden kann. Es versteht sich von selbst, dass etwa jemand, dessen Gewissensspruch ihm gebietet, beispielsweise ein Attentat auf den Papst ausüben, daran durch Zwang gehindert werden kann. Auf diese Fragestellung kommt es hier allerdings im Weiteren nicht weiter an.³¹¹

Anzusprechen bleibt nun auf der Suche nach konkreten Eingriffs- bzw. Zwangsdefinitionen noch der folgende Streit. Es wird nämlich von einigen untersucht, inwieweit Kirche denn ihrerseits

³⁰⁸ Vgl. SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 232.

³⁰⁹ Vgl. SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 233; ebenso schon SCHOCKENHOFF, *Das umstrittene Gewissen*, Mainz 1990, 144.

³¹⁰ Vgl. GOLSER, *Gewissen*, in: *Neues Lexikon der christlichen Moral* (Fn. 232, 1990), 285.

³¹¹ Allerdings liegt diese Selbstverständlichkeit beispielsweise den Ausführungen LÜDICKES zugrunde, wenn er zumindest implizit davon ausgeht, Zwang dürfe eingesetzt werden, um die *communio* zu schützen. Im Rückschluss heißt das folglich, dass insoweit auch ein Eingriff in die Gewissensfreiheit des Betroffenen gerechtfertigt ist. Es zeigt sich, dass – da ein ausgefeiltes Instrumentarium hierzu fehlt – im Vergleich zum staatlichen Recht die Aufarbeitung der Gewissensfreiheit defizitär ist. In der deutschen Grundrechtslehre gibt es z. B. eine ausgefeilte Dogmatik, nach der zu überprüfen ist, anhand welcher Kriterien etwas sonst an sich Verbotenes im Ausnahmefall doch erlaubt ist.

tatsächlich die Religions- und Gewissensfreiheit anerkenne. Am grundsätzlichen Faktum der nominellen Anerkennung dieser Freiheit besteht zwar kein Zweifel.³¹² Es wird aber diskutiert, inwieweit dies tatsächlich konkrete Folgen nach sich zieht.³¹³ Dabei tritt die genuin theologische Herleitung einer Gewissensfreiheit in den Hintergrund.³¹⁴ Es wird vielmehr im Vergleich zum staatlichen anerkannten Recht auf Religions- und Gewissensfreiheit³¹⁵ geprüft, ob und inwieweit dies beispielsweise innerkirchlich Anwendung finde.³¹⁶ Hintergrund solcher Bemühungen um vergleichbare Rechtsstandards ist, dass die Glaubwürdigkeit der Kirche als Anwältin der Menschenrechte davon abhängig sein solle, wie sehr sie selbst bereit sei, „dem Gedanken der Menschenrechte auch in ihrer eigenen Rechtsordnung Geltung zu verschaffen“.³¹⁷ Im deshalb unternommenen Vergleich zu staatlichen Menschenrechten wird gefragt, ob es nicht zu wenig ist, bloß funktional verstandene Rechte als Reflex z. B. aus einer *Communio*-Ekklesiologie

³¹² Vgl. etwa BENEDIKT XVI., Nachsynodales Apostolisches Schreiben *Sacramentum Caritatis* (22.2.2007), hier zitiert nach Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls Nr. 177, Nr. 87 (S. 115–116), zur Religionsfreiheit als der „bedeutenste[n] Freiheit, denn im Glauben drückt der Mensch die innere Entscheidung in Bezug auf den eigentlichen Sinn seines Lebens aus.“

³¹³ Siehe etwa HAFNER, *Kirchen im Kontext der Menschenrechte* (Fn. 166, 1992), 188–193; 147–149; siehe ausführlich 173–292; PUTZ, *Christentum und Menschenrechte* (Fn. 126, 1991), 330–347, jeweils m. w. N.

³¹⁴ Zumindest als Ausgangspunkt der Überlegungen. Die Religionsfreiheit, wie sie auf dem Zweiten Vatikanum als staatlich anzuerkennendes Recht gefordert wurde, wurzelt in der Gewissenslehre, vgl. SCHENK (Fn. 136) *Forum Katholische Theologie* 8 (1992), 6.

³¹⁵ Staatliches Verständnis hat dabei deutlich unterscheidbare Voraussetzungen, wie etwa die Gewissensfreiheit erörtert werden kann; siehe dazu auch PUTZ, *ibid.*, 330–331; auch anerkannt von WALF, *Die Menschenrechte in der katholischen Kirche*, in: *Menschenrechte in der Kirche*, hrsg. v. *Pilters* u. a., Düsseldorf 1980, 109. Dies könnte beispielsweise an der Unterscheidung von Recht und Moral verdeutlicht werden, so HAFNER, *Kirchen im Kontext der Menschenrechte* (Fn. 166, 1992), 147 (im Rückgriff auf KANT und dies verdeutlichend BÖCKENFÖRDE).

Theologisch ist beispielsweise – um die Unterschiedlichkeiten hier plastisch anzudeuten – die Rolle des Gewissens als *Entscheidungsinstanz* herauszuarbeiten, die ein deutlich anspruchsvolleres Profil besitzt als dies ein oberflächlich als „Entschuldigungsmechanismus“ verstandenes Gewissen haben kann. Nur theologisch kann auch über die Frage eines irrenden Gewissens sowie letztlich auch über menschliche Handlung im Widerspruch zum eigenen Gewissensentscheid gesprochen werden. Staatlicherseits dagegen kann nur sehr schwerlich eine Aussage dazu getroffen werden, ob jemand tatsächlich seinem Gewissen entsprechend leben will. Das Ergebnis der behaupteten Gewissensentscheidung ist grundsätzlich als solches hinzunehmen (erwähnt seien aber auch Grenzsituationen, in denen wie etwa bei der Militärdienstverweigerung überprüft werden soll, ob eine Gewissensentscheidung tatsächlich sich als kohärent und nicht bloß als vorgegeben erweist).

³¹⁶ Auf eine solche Denkrichtung bei einigen Autoren hinweisend vgl. auch ERDÖ, *Theologie des Kanonischen Rechts*, Münster 1999, 161. Hinsichtlich der Religions- und Gewissensfreiheit deutlich die Unterschiede zwischen dem Recht gegenüber dem Staat sowie der Position des Gläubigen gegenüber der Kirche herausarbeitend siehe *ibid.* 167–168; 181–182. Er wendet sich auch gegen die Bezeichnung „Religionsfreiheit“ mit Blick auf die „Freiheit der theologischen Meinung innerhalb des gleichen Bekenntnisses“.

Vgl. hinsichtlich eines solchen Vorgehens, allerdings nicht auf die Religionsfreiheit bezogen sowie mit Blick auf den CIC/1917 HEINEMANN, *Menschenrechte? Eine Anfrage an das Kirchenrecht*, *ÖAfKR* 25 (1974) 238–255.

³¹⁷ LUF, *Der Begriff der Freiheit als Grundlage der Menschenrechte*, in: *Menschenrechte und Menschenwürde*, hrsg. v. *Böckenförde* u. a., Stuttgart 1987, 135. Vgl. auch KASPER, *Theologische Bestimmung der Menschenrechte*, in: *ders.*, *Theologie und Kirche I* (Fn. 130, 1987), 192. Siehe darüber hinaus *dens.* (Fn. 6) *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse*, 1988, 12–13 in Wiedergabe der „unverblümt zum Ausdruck“ gebrachten Gegenposition von Kardinal OTTAVIANI (1960): „Du sagst vielleicht, die katholische Kirche braucht also zweierlei Maß und Gewicht. Denn wo sie selbst herrscht, will sie die Rechte der Andersgläubigen einschränken, wo sie aber eine Minderheit der Bürger bildet, verlangt sie die gleichen Rechte wie die anderen. Darauf ist zu antworten: In der Tat, zweierlei Maß und Gewicht ist anzuwenden, das eine für die Wahrheit, das andere für den Irrtum“.

anzuerkennen.³¹⁸ Es steht im Raum, ob nicht vielmehr radikaler vom einzelnen Gläubigen her – ganz subjektiv in Parallele zum staatlicherseits anerkannten grundrechtlichen Abwehrrecht –³¹⁹ Rechte anzuerkennen sind.³²⁰ Solche Fragen können hier jedoch dahinstehen.³²¹ Entscheidend für den hier zu erörternden Kontext ist einzig, ob – gerade angesichts der Bezugnahmen auf den staatlichen Kontext – neue Erkenntnisse zum Zwangsbegriff vorgetragen werden, die hier nun analog fruchtbar gemacht werden könnten. Daran fehlt es jedoch.³²²

Zusammenfassend sei nach allem Folgendes festgehalten: Gewissen vermittelt Würde dadurch, dass der Einzelne durch seine freie Entscheidung Verantwortung für sein Selbst und für sein Tun erlangen kann. Dabei bleibt das Gewissen bezogen auf das objektiv Gute. Doch wie auch immer dieser Bezug konkret aussehen mag: Nie darf Zwang eingesetzt werden gegen ein Gewissensurteil.³²³ Was aber freie Entscheidung, was Zwang ist: Weder aus den hier in aller Breite dargestellten lehramtlichen Äußerungen, noch aus der theologischen Forschung lässt sich ein Ansatz entnehmen, der klare Definitionen hierzu benennt.

³¹⁸ Die allerdings zumindest schon einmal eine verengt hierarische Sichtweise im Sinne einer *societas perfecta* überwinden sollen.

³¹⁹ Mit den damit einhergehenden Gefahren, die bestehen, wenn vorschnell Rückschlüsse gezogen und Parallelen gesucht werden, vgl. etwa die Warnung bei AYMANS, *Kirchliche Grundrechte und Menschenrechte*, AfkKR 149 (1980), 409.

³²⁰ Vgl. z. B. HAFNER, *Kirchen im Kontext der Menschenrechte* (Fn. 166, 1992), 208–216. Ob solches Anliegen tragfähig sein könnte, entscheidet sich maßgeblich dadurch, inwieweit dabei der entscheidende Unterschied zwischen äußerer Zwangsfreiheit und sittlichem Anspruch der Wahrheit (zwischen Moralität und Legalität) beibehalten würde, siehe dazu beispielsweise, insoweit die Kontinuität zum 19. Jhd. hervorhebend, KASPER (Fn. 6) *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse*, 1988, 22.

³²¹ Wobei auch unter Zugrundelegen eines solchen Ansatzes in einem ersten Schritt ein spezifisches Recht auf Gewissensfreiheit möglicherweise hergeleitet werden könnte. In einem zweiten Schritt wäre dann zu erörtern, welche Rolle der Kirche mit Blick auf die Einwirkung auf das Gewissen verbleiben darf und dann die Ausgangsfrage hiernach zu beantworten. Ein solches mit äußerst vielen Fragezeichen behaftetes Vorhaben soll hier indes nicht verfolgt werden.

³²² Nähere Erläuterungen finden sich beispielsweise nicht in der detailreichen Studie von HAFNER, *Kirchen im Kontext der Menschenrechte* (Fn. 166, 1992), vgl. dort etwa S. 213, wo Zwang behandelt, aber nicht näher definiert wird; siehe auch 231–234 zur „zwangsfreie[n] Abkehr von der Kirche“; ferner zur expliziten Ausformung der Gewissensfreiheit als verbrieftes Recht (*de lege ferenda*) 256–258.

³²³ Nochmals zu Verdeutlichung: Es kommt beim Zwangsverbot also unabhängig vom Gewissensverständnis nicht darauf an, ob der mögliche Delinquent schuldhaft handelt. Das Zwangsverbot gilt dabei auch dann, wenn der mögliche Delinquent sich selbst durch seine Entscheidung den größten Schaden zufügt (vgl. zu den Folgen eines irrenden Gewissens nach THOMAS, *STh I–II* q. 19, art. 6). Die Kirche mag dann aufgerufen sein, mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln sich darum zu mühen, das Gewissen zum Richtigen hin zu bilden; ausgenommen bleibt gleichwohl der Zwang.

**D) STREITENTSCHEIDUNG DURCH KONKRETISIERUNGEN: IST STRAFE ZWANG?
WAS GILT IM ZWEIFEL?**

Mit der Analyse der Fragen, ob Strafe Zwang und was bei verbleibenden Zweifeln zu folgern ist, soll nun die eigene Ansicht zur Zulässigkeit des Besserungsstrafzwecks im CIC erläutert werden.

I. Vorbemerkungen

Auf zweierlei sei vorab hingewiesen, nämlich zunächst darauf, ob man überhaupt leichthin die implizite Prämisse der Diskussion übernehmen darf, dass der Gewissensfreiheit Vorrang vor strafrechtlichen Bestimmungen des kirchlichen Gesetzgebers zukommt. Danach bedarf es noch einer Erläuterung, weshalb überhaupt die Frage nach der Gleichsetzung von Strafe und Zwang im Sinne der Gewissensfreiheit die entscheidende Streitfrage sein wird.

1. Hinweise zu einer Prämisse: Zur rechtsmethodischen Herleitung der Gewissensfreiheit als ein übergeordnetes Rechtsprinzip

Es ist im Rahmen kirchlichen Rechts (im Vergleich zum staatlichen Recht) rechtsmethodisch schwieriger, aus dem Rechtsprinzip der Gewissensfreiheit kategorische, auch den kirchlichen Gesetzgeber schon jetzt³²⁴ bindende Grenzen zu folgern. Zweierlei ist klärungsbedürftig. Es stellt sich das Problem, inwieweit der Gewissensfreiheit eine übergeordnete, den kirchlichen Strafgesetzgeber bindende Normqualität zukommt. Des Weiteren ist zu hinterfragen, nach Maßgabe welcher konkreten Methodik im Kirchenrecht eine höherrangige Norm oder ein höherrangiges Prinzip auf den kirchlichen Gesetzgeber einzuwirken und diesen zu binden vermag.

a) Vorrang der Gewissensfreiheit vor dem einfachen Recht

Die Gewissensfreiheit ist nicht – wie im staatlichen Bereich die Gewissensfreiheit als verfassungsrechtliches Grundrecht – in einem Rechtssatz kodifiziert.³²⁵ Gleichwohl kennt das kirch-

³²⁴ Siehe schon oben bei der Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands („Keine kirchenpolitische Stellungnahme bzw. Kritik de lege ferenda“) S. 2.

³²⁵ Zur fehlenden Kodifizierung vgl. ERDÖ, *Theologie des Kanonischen Rechts* (Fn. 316, 1999), 162. Anzufügen ist, dass die Gewissensfreiheit auch nicht Bestandteil des – zudem gescheiterten – „Lex Ecclesiae Fundamentalis“-Entwurfs war. Vgl. hierzu CORRECO, *Der Katalog der Rechte und Pflichten des Gläubigen im CIC*, in: FS *Heinemann*, hrsg. v. *Gabriels* u. a., Essen 1985, 182–186; AYMANS (Fn. 319) *AfkKR* 149 (1980), 389–392, gerade auch zur Frage nach dem Sinn einer formalen Überordnung, sowie 398 zum immerhin auch hier enthaltenen Zwangsverbot beim Kircheneintritt. Ferner ist der Versuch gescheitert, einzelne Normen dadurch im Codex hervorzuheben, indem sie als „iura fundamentalia“ bezeichnet werden. Zur Differenz zwischen Kirche und Staat mit Blick auf die Normierung von Grundrechten vgl. CORRECO, *ibid.*, 194–196.

liche Recht auch ohne schriftliche Fixierung eine Normenhierarchie. Kein kirchliches Gesetz darf gegen göttliches Recht oder Naturrecht verstoßen.³²⁶ In diesem Sinne wird vorgetragen, die Gewissensfreiheit sei naturrechtlich verankert. So wird ausgeführt, dass allgemeine Grund- und Menschenrechte dann in der Kirche – somit auch von der gesetzgebenden Gewalt – auch ohne Kodifizierung Beachtung beanspruchen, wenn sie Bestandteil der Schöpfungsordnung seien.³²⁷ Darunter wird auch die Gewissensfreiheit zu fassen sein.³²⁸

Weiterer Bezugspunkt, eine Überordnung der Gewissenslehre gegenüber dem CIC anzunehmen, ist deren Verankerung in den Dokumenten des Zweiten Vatikanischen Konzils. Unbestreitbar ist aufgrund der Bedeutung und Wertschätzung dieses Konzils auch durch das Lehramt zunächst eine faktische Bindung: Es ist schlechterdings nicht vorstellbar, dass ein Papst sich in direkten Widerspruch zu zentralen Aussagen dieses Konzils setzen würde.

Die Frage, inwieweit zudem eine rechtliche Überordnung zu begründen sein könnte, braucht hier allerdings nicht vertieft zu werden.³²⁹ Nun ist es so, dass es im Kern nicht schwer

Einen Anwendungsfall der Gewissensfreiheit kann man allerdings in can. 748 § 2 CIC erblicken, siehe dazu ALTHAUS, Konversion, in: *Recht auf Mission contra Religionsfreiheit?*, hrsg. v. Krämer u. a., Berlin 2007, 194–198, der dabei die Frage stellt, inwieweit eine Hinwendung zu anderen Weltanschauungen bzw. Religionen von diesem Grundsatz erfasst sein könnte. Vgl. dazu auch KRÄMER, *Religionsfreiheit und Absolutheitsanspruch der Religionen in: Recht auf Mission contra Religionsfreiheit?*, *ibid.*, 47; KASPER (Fn. 6) *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse*, 1988, 8. Siehe darüber hinaus auch DEMEL zur Verankerung der Religionsfreiheit im kodifikarischen Misssionsrecht (das im CIC/1917 noch das ausdrückliche Zwangsverbot bei Glaubensannahme enthielt) in: *Zwischen Seelsorge und Ökumene*, in: *Recht auf Mission contra Religionsfreiheit?*, *ibid.*, 108–109.

Einen Bezug zwischen Gewissensfreiheit und can. 1351 CIC/1917 sowie der das Zwangsverbot *bei Glaubensannahme* stützenden kirchlichen Tradition stellt ausdrücklich auch PIUS XII. her, siehe die Ansprache an die Römische Rota 1946, *Utz/Groner* (Rn. 18), Bd. II, Nr. 2730–2731.

³²⁶ Göttliches Recht bzw. Naturrecht müssen ihrerseits rechtlich fassbar sein, um Wirkung zu erzeugen (vgl. allerdings zum unabhängig davon gegebenen Geltungsanspruch göttlichen Rechts HERVADA/LOMBARDÍA, *Prologue I – Introduction to Canon Law*, in: *Exegetical Commentary* (Fn. 274, 2004), etwa S. 20). Der Anspruch des Sittlich-Gerechten im Allgemeinen ist zwar Grundlage des Rechts, aber ist diesem nicht formal übergeordnet, vgl. PREE, *Das Gewissen vor dem Forum des Kirchenrechts*, *Folia Theologica* 15 (2004), 97.

³²⁷ Vgl. REINHARDT, in: *Münsterischer Kommentar zum CIC, Einführung vor 208*, Rn. 4 (Bearb. 1987); PUTZ, *Christentum und Menschenrechte* (Fn. 126, 1991), 331 m. w. N.; vgl. auch HAFNER, *Kirchen im Kontext der Menschenrechte* (Fn. 166, 1992), 218–221 m. w. N.

³²⁸ Vgl. auch zum Zusammenhang des Rechts auf religiöse Freiheit und der christlichen Offenbarung KRÄMER, *Religionsfreiheit in der Kirche* (Fn. 307, 1981), 11–12; ALTHAUS, *Konversion*, in: *Recht auf Mission contra Religionsfreiheit?* (Fn. 325, 2007), 197.

³²⁹ Da ein Konzil nicht als dem Papst übergeordnete Instanz zu betrachten ist (vgl. die dies widerspiegelnden Regeln der *cann.* 336, 337 § 1, 338, 340, 341 § 1 CIC), ist dies eben nur dergestalt denkbar, dass die Lehren des Zweiten Vatikanischen Konzils insoweit als erneuerte und vertiefende Erkenntnis des göttlichen Rechts bzw. des Naturrechts zu werten sind. Siehe dazu nun auch sogleich im Text.

Wenn HÜNERMANN, *Hermeneutische Reflexion*, in: *Herders Theologischer Kommentar Vat. II*, Bd. 5 (Fn. 191, 2006), 11–17, 82–85, den Konzilstext als konstitutionellen Text bezeichnet, so wird damit versucht, die Autorität des Konzils in den Blickpunkt zu rücken (Bedenken gegen einen solchen Sprachgebrauch lassen sich der Positionierung BENEDIKTS XVI. entnehmen, siehe oben S. 54). Allerdings fällt auf, dass beim Vergleich zunächst nicht der neuralgische Punkt der Höherwertigkeit benannt wird: Weltliche Verfassungen sind schließlich insbesondere dadurch charakterisiert, dass bei ihnen die Überordnung gegenüber dem einfachen Gesetz in der Weise gekennzeichnet ist, dass zumindest ein Mechanismus zur erschwerten Abänderbarkeit geregelt ist (etwa 2/3-Mehrheit) und dass häufig – anders bei der Weimarer Reichsverfassung – ein effektiver Schutz des Vorranges gewährleistet wird (etwa Verfassungsgerichtsbarkeit). Was an die Stelle dieser explizit geregelten Überordnung mit Blick auf das Zweite Vatikanische Konzil tritt, ist die eigentlich entscheidende Frage, will

fallen wird, eine Zuordnung der Zwangsfreiheit im Glauben sowie der Grundsätze der Gewissenslehre zum göttlichen Recht nachzuvollziehen. Was insoweit etwa im 19. Jahrhundert zu welchem Grad auch immer verschüttet gewesen sein sollte oder nicht: Spätestens durch das Zweite Vatikanische Konzil ist dieses ursprüngliche Verständnis von Freiheit und Gewissen wieder freigelegt.

Doch fragt es sich, welche Umrisse dieser im göttlichen Recht wurzelnden Erkenntnis mit hinreichender Sicherheit und den Gesetzgeber bindender Kraft sich zeigten und zeigen. Hier nun liegt die Crux. Es geht hier nicht allgemein darum nachzuweisen, dass die Gewissensfreiheit Teil des göttlichen Rechts ist, sodass kirchliches Strafrecht sich hierzu nicht in Widerspruch setzen darf. Hier geht es vielmehr darum, ob eine ganz konkrete Auslegungsfrage teilnimmt an der Einordnung als göttliches Recht. Fest umrissen steht hier die Einzelaussage in Rede, ob ein Besserungsversuch mit den Mitteln des Strafrechts sicher als ein nunmehr qua göttlichen Rechts ausgeschlossener Zwang zu qualifizieren ist. Könnte auch solch eine ganz konkrete Aussage mit der nötigen Sicherheit getroffen werden?³³⁰ Genauer: Kann mit Sicherheit gesagt werden, solche eine Aussage sei nicht nur das systematisch-kanonistisch und theologisch Stimmigste, sondern ihm komme auch der Rechtsstatus göttlichen Rechts zu?

Die Tragweite einer solchen Behauptung lässt sich schnell belegen. Immerhin bedeutet eine solche Deduktion dann nicht allein den impliziten Vorwurf an das aktuelle Lehramt, bei Erlass des CIC 1983³³¹ das göttliche Recht verkannt zu haben. Gleiches gilt für das herkömmliche Verständnis der betreffenden biblischen Perikopen³³² sowie einer weit zurückreichenden³³³

man aussagekräftige Vergleiche ziehen. Siehe deshalb zutreffend *ibid.* 85: „Ein konstitutioneller Text ist soviel wert, wie er eine verpflichtende, orientierende Kraft ausübt.“ Als Mittel zur Umsetzung schlägt HÜNERMANN eine Effektivierung der Rezeption vor (85–87).

Vgl. zum Anliegen, näher die Bedeutung des II. Vaticanums herauszuarbeiten, auch SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 152–153.

³³⁰ Hinzu kommt noch folgende Überlegung: Wenn denn die Konzilsväter eine vertiefte Kenntnis des göttlichen Rechts gerade mit Blick auf die Zwangsgewalt erkannt hätten, wäre dann nicht ein deutlicherer Hinweis in den Debatten und Stellungnahmen zum Konzil zu erwarten gewesen? Auch wenn ein Konzil keine juristischen Einzelfeststellungen zu treffen hat: Mit Blick auf die doch insoweit allgemein bekannte Strafrechtsdoktrin hätte eine Aussage nahe gelegen, die über das allgemeine pastorale Unbehagen hinsichtlich kirchlichen Strafrechts hinausreicht. Solches wird aber – soweit ersichtlich – nirgends referiert.

³³¹ Dies gilt verschärfend mit Blick auf den CCEO. Ausweislich can. 1401 CCEO steht die Besserung des Täters als Zweck des Strafrechts deutlich im Vordergrund (mit Verweis auf die Sorge um das verlorene Schaf). Vgl. dazu näher FARIS (Fn. 19) *Folia Canonica* 2 (1999) 58–59; SCHAAP, *Der Kirchliche Strafanspruch* (Fn. 13, 2007), 213–215.

³³² Bei GEROSA, *Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam* (Fn. 6, 1995), 197, heißt es zu 1 Kor 5, 1–13: „Dass der von Paulus verhängte Ausschluss aus der Gemeinde stark auf die Besserung des Delinquenten ausgerichtet ist, *wird einmütig zugegeben* [...]. Diesen Charakter haben alle Fälle, in denen im NT von Ausschluss aus der Gemeinde die Rede ist“ (mit Ausnahme von Apg 5, 1–11, wobei hierbei – Betrug von Hananias und Saphira – kein Deliktscharakter gegeben sei); Hervorhebung nicht im Original.

³³³ Man kann auch nicht unterstellen, dass sich die Kirche der Problemstellung nicht bewusst gewesen wäre. Verwiesen sei hier insoweit insbesondere auf den Aquinaten: Wenn er davon spricht, man müsse dem Gewissensurteil folgen, auch wenn die Kirche exkommuniziere (siehe oben S. 29 bei und in Fn. 144), dann kann aus dem Schweigen im Übrigen geschlossen werden, dass er der Kirche wiederum keineswegs die Möglichkeit der Exkommunikation verbietet. Da also THOMAS von der Exkommunikation spricht, bestand für

strafrechtlichen kirchlichen Tradition³³⁴, die mehr umfasst, als allein augenfällige Fehlgriffe in früheren Zeiten. Wenn also im Folgenden versucht wird, eine Antwort auf die Frage nach der Zulässigkeit des Besserungsstrafzwecks zu suchen, so ist zu bedenken, dass jedenfalls vor-schnelle, nicht eingehend begründete Antworten fehl am Platz sind.

b) Rechtsmethodik zur Verdrängung bzw. Modifizierung kirchlichen Rechts durch höherrangiges Naturrecht

Fehlt es wie im kirchlichen Recht an einer formal kodifizierten Überordnung, so stellt sich zudem die Frage, anhand welcher Rechtsmethodik das untergeordnete Recht verdrängt bzw. modifiziert werden kann, umso dringlicher. Inwieweit also kann der Gesetzesanwender beispielsweise eine – der verfassungskonformen Interpretation vergleichbare – naturrechtskonforme Interpretation vornehmen? Inwieweit ist dabei aber – vgl. für kirchliche Gesetze can. 17 CIC – der Wortsinn als Grenze zu beachten?³³⁵ Teilweise wird davon gesprochen, eine Übernahme prinzipiengeleiteter Rechtsverwirklichung biete sich mit Blick etwa auf die unverfügbaren Grundlagen göttlichen Rechts im Rahmen des Kirchenrechts gerade an.³³⁶ Eine Implementierung einer derart komplexen Theorie wie die der Prinzipienlehre ALEXYS³³⁷ bedürfte jedoch substantiierter Erörterungen.

Zudem: Welche Rolle spielt das kirchliche Lehramt – sofern es hier von seiner Funktion her unterschieden werden kann vom kirchlichen Gesetzgeber –, das ja berufen ist, das Naturrecht darzulegen? Inwieweit könnte dabei – die Frage klingt soeben schon an –³³⁸ dem Zweiten Vatikanischen Konzil und dessen Darlegungen eine besondere Rolle zukommen?³³⁹ Mit anderen Worten: Soweit man vertritt, das kirchliche Strafrecht verstieße partiell gegen den naturrechtlichen Grundsatz der Gewissensfreiheit, bedarf es methodischer Klärungen, will man de lege lata³⁴⁰ schon den Besserungszweck ausschließen. Denn dass trotz Fehlens einer kodifizierten

die kirchliche Lehre schon immer ein Ansatzpunkt, darüber nachzudenken, ob denn die Kirche ihrerseits trotz Maßgeblichkeit des Gewissens exkommunizieren sollte.

³³⁴ Siehe die Nachweise oben S. 1, Fn. 6.

³³⁵ Etwa bei der Frage, ob der Besserungszweck nicht gesetzesimmanent dergestalt ausgeschlossen werden kann, dass hiermit nur noch ein gewünschter Nebeneffekt, nicht aber ein Primärziel bezeichnet ist.

Im weltlichen Recht sind gerade dann strenge Maßstäbe anzusetzen, wenn eine Interpretation dazu führt, die Wortlautgrenze zu überschreiten (vgl. nur PAWLOWSKI, Juristische Methodenlehre, Heidelberg 2000, Rn. 203–207 m. w. N.). Der grundsätzlichen Übernahme juristischer Methodenlehre steht nichts entgegen (so PACK, Methodik der Rechtsfindung im staatlichen und kanonischen Recht, Essen 2004, 99–100). Ähnliche Ansatzpunkte finden sich dementsprechend auch bei MAY/EGLER, Einführung in die kirchenrechtliche Methode, Regensburg 1986, 187–192.

³³⁶ LUF (Fn. 78), ÖAfKR 38 (1989) 34–36.

³³⁷ Dazu beispielsweise ALEXYS, Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg 2002, passim.

³³⁸ Siehe soeben S. 66 zur faktischen Wertschätzung des Zweiten Vatikanischen Konzils.

³³⁹ Gegen die Anerkennung eines Auslegungsgrundsatzes, Kirchengesetze „unbedingt konzilskonform“ zu verstehen, vgl. SOCHA, in: Münsterischer Kommentar zum CIC, 17, Rn. 13 (Bearb. 1990).

³⁴⁰ Wie eingangs schon angeführt: Die Grenze zur Kritik de lege ferenda ist nur schwer zu ziehen.

Strafzwecklehre der Wortlaut und das vordergründige Verständnis des geltenden CIC einer solchen Interpretation entgegenstehen, steht außer Frage.³⁴¹

Es soll allerdings an dieser Stelle darauf verwiesen werden, dass BENEDIKT XVI. sehr bedenkenswerte Ausführungen dazu macht, Kirchenrecht systematisch fortzuentwickeln. Er erkennt ausdrücklich an, dass „überholte Normen aufgehoben und korrekturbedürftige modifiziert werden“ müssen. Das Kirchenrecht müsse zudem ein „*lex libertatis*‘: ein Gesetz, das frei macht, Jesus nachzufolgen“ sein. Der päpstliche Rat für die Interpretation von Gesetzestexten solle „helfen“, all dies zu erreichen; gestellt ist diese Aufgabe aber jedem, der den „komplexen Rahmen“ des Kirchenrechts systematisch auszulegen sucht.³⁴²

Hier nun bedarf es dieser Anstrengungen nicht, solange nicht zuvor das Ergebnis festgestellt werden könnte, dass der Ansicht zuzustimmen ist, dass aus der Gewissensfreiheit eine kategorische Grenze kirchlicher Strafgewalt zu folgern ist.

2. Herleitung der maßgeblichen Fragestellung

Vor dem Hintergrund des eher dürftigen Ergebnisses hinsichtlich kirchlicher Gewissenslehre sind wir nun zurückgeworfen auf die eingangs beschriebene Grundfrage: Wie steht es um den kirchlichen Strafzweck der Besserung des Täters; verstößt er gegen die von der Kirche anerkannte Gewissensfreiheit?

Diese Fragestellung hängt entscheidend davon ab, ob kirchliche Strafverhängung als Zwang im Sinne der Gewissensfreiheit zu qualifizieren ist. Es gibt keinen anderen Maßstab und damit auch keine andere Fragestellung, die hier nun zu beantworten wäre. Wenn nämlich die Auffassung Recht hätte, kirchlichem Strafen komme nicht unbedingt eine Zwangswirkung zu, dann entfällt insoweit der Konflikt mit der Gewissensfreiheit und folgerichtig könnte der Besserungsstrafzweck *in diesem Rahmen* auch beibehalten werden. Das nämlich die Kirche auf das Gewissen einwirken soll, wird von ihr sogar als ureigenste Aufgabe betrachtet: Die Kirche versteht sich als Anwältin des Gewissens. Ein Mittel dazu kann ihr nur dann verwehrt werden, wenn es tatsächlich unzulässig ist.³⁴³ Man mag gleichwohl noch geteilter Meinung darüber sein, welche Handlungen für die Kirche opportun seien und welche nicht, um das Gewissen der

So konstatiert LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 4 (Bearb. 1992), mit Blick auf die Thesen GEROSAS, dass hiermit – entgegen der Auffassung des Autors – nur begrenzt ein Ist-Zustand wiedergegeben werde.

³⁴¹ Siehe oben ab S. 4. Vgl. auch LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 10 (Bearb. 1992), wonach eine gesetzesimmanente Erklärung nicht möglich sei. Siehe darüber hinaus *ibid.* Einl. vor 1311, Rn. 4 (Bearb. 1992), die zusammenfassende Nennung von allein 16 Unvereinbarkeiten des geltenden Rechts mit einer theologisch fundierten Strafrechtsdoktrin.

³⁴² Dass die „Kanonistik nicht bei der Analyse des geltenden Rechts stehenbleiben“ kann, wird m. w. N. vehement vertreten von MÜLLER, Warum und wozu kirchliche Sanktionen?, in: „Strafrecht“ in einer Kirche der Liebe (Fn. 6, 2006), 193–194. Siehe auch GEROSA, in: Kirche ohne Recht? *Gerosa und Müller* im Gespräch, Paderborn 2003, 12 sowie MÜLLER, *ibid.*, 22, 43, 48–49.

³⁴³ Dieser Gedanke wird später nochmals aufgegriffen, siehe S. 97, bei Fn. 453.

Gläubigen zu bilden. Verboten nach Maßgabe der Gewissensfreiheit ist aber nichts anderes als Zwang. Fehlt es am Zwang, fehlt es auch am Konflikt. Es wäre zumindest nicht *verboten*, wenn die Kirche straft, um zu bessern.

Die Auffassung LÜDICKES – um sie hier beispielhaft zu benennen – steht und fällt daher mit der Behauptung, dass kirchliche Strafe Zwang ist. Es ist ein Kernsatz, wenn er schreibt, die Kirche dürfe niemanden „durch Androhung von Maßnahmen zu einer Änderung seiner Gesinnung zwingen“.³⁴⁴ An diesem Satz ist LÜDICKES Ansicht zu messen. Was auch immer genau man unter Zwang verstehen mag³⁴⁵: Wenn im Ergebnis keine Argumentation gefunden werden könnte, wonach kirchliche Strafe als Zwang im Sinne der Gewissensfreiheit zu qualifizieren ist, dann ist eben das Rechtsprinzip der Gewissensfreiheit nicht mehr einschlägig; die Auffassung wäre zurückzuweisen.

Zu erinnern ist dabei daran, dass nach dieser Ansicht generell *jedwede* Strafverhängung um zu bessern als Verstoß gegen die Gewissensfreiheit betrachtet wird. Daraus folgt, dass Strafe *per se* als Zwang zu definieren sein muss. Wenn Strafe nur in bestimmten Konstellationen sich als Zwang auswirkt, so wäre auch der Besserungsstrafzweck nicht mehr gänzlich verfehlt, sondern eben nur in diesen besonderen Situationen. Auch von dieser Überlegung her ergibt sich, dass hier – im Einklang mit der eingangs getroffenen Einschränkung, dass es nicht auf die Wirkung von Strafe im Einzelfall ankomme –³⁴⁶ zu überprüfen ist, ob abstrahierend die Strafen des CIC *als solche* als Zwang im Sinne kirchlich geschützter Gewissensfreiheit aufzufassen sind.³⁴⁷

Nochmals: Einzig die Frage, ob es gelingt, kirchliche Strafe als Zwang zu qualifizieren, ist zu beantworten, nicht mehr, aber auch nicht weniger. Gelänge dies, dann ist allein mit dieser Feststellung schon der Besserungsstrafzweck als unzulässig erwiesen. Ist kirchliche Strafe nämlich als Zwangseinwirkung zu betrachten, so verstößt der bloße³⁴⁸ Besserungsstrafzweck kirch-

³⁴⁴ LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 11 (Bearb. 1992), Betonung nicht im Original.

³⁴⁵ Es liegt auf der Hand, dass die Kirche mit ihrem Strafrecht kein Instrumentarium an der Hand hat, dass beispielsweise zu irgendwelchen Handlungen zwingen vermag. Es ist aber ebenso selbstverständlich, dass Zwang mehr umfasst als etwa die Androhung und Ausführung roher Gewalt. Natürlich ist es daher eine ernstzunehmende, genauestens im Folgenden zu analysierende Frage, ob nicht etwa der Ausschluss von Heilmitteln, noch dazu eingedenk kirchlicher Binde- und Lösegewalt, sehr wohl als eine Form von Zwang zu qualifizieren ist.

³⁴⁶ Siehe oben S. 2.

³⁴⁷ Es mag hier dahinstehen, ob der Nachweis ausreichen könnte, dass Strafen zumindest regelmäßig als Zwang qualifiziert werden können. Aus dieser Regelmäßigkeit könnte dann geschlossen werden, dass auch das Institut als solches – der Besserungsstrafzweck – nicht aufrechterhalten werden kann. Theoretisch könnte es auch denkbar sein, dass ein einziger Fall eines Verstoßes gegen die Gewissensfreiheit zur Streichung des Besserungsstrafzweckes als isolierter Strafzweck führt. Diese theoretische Option, die so allerdings auch nirgends vorgetragen wird, bedarf mit Blick auf die eingangs getroffene Einschränkung auf die Spruchstrafe keiner Überprüfung. Bei einer Spruchstrafe kann Korrektur in Einzelfällen erfolgen, ohne dass das Institut als solches aufgegeben werden müsste.

³⁴⁸ D. h. nicht durch sonstige, die Kollision mit dem Gewissen rechtfertigende Zwecke gerechtfertigte.

licher Strafe gegen das Gewissen. Denn eine Besserung aus Zwang – statt aufgrund freiheitlicher Änderung des Gewissensurteils – bedeutet nichts anderes, als den Betroffenen zu sündhaftem Verhalten bzw. zumindest zu schwererer³⁴⁹ Sünde zu bewegen: Der Sünde, gegen das eigene Gewissensurteil zu handeln. Auch kann kein Zweifel mehr daran bestehen, dass die Würde des Menschen – die eine Grundlage des Zwangsverbots darstellt – unabhängig davon betroffen ist, ob Zwang zum Zeitpunkt der Glaubensannahme oder aber bei (drohendem) Glaubensverlust eingesetzt wird: Der Kirche ist die Zwangseinwirkung in Glaubensdingen kategorisch verboten.³⁵⁰ Dies gilt – nochmals sei es betont – unabhängig von den Einzelheiten des jeweiligen Gewissensverständnisses: Das Verbot des Zwangs und die Bindung an das Gewissensurteil unabhängig von der objektiven Richtigkeit sind allen (jetzigen) katholischen Auffassungen zum Gewissen gemein.

Es ist bei alledem zu vergegenwärtigen, dass es bei dieser Fragestellung nicht unbedingt darum geht zu überprüfen, ob die Kirche im Allgemeinen strafen bzw. „zwingen“ darf: Selbst wenn sich hier herausstellte, dass Strafrecht Zwang sei, so heißt das eben nicht, dass der Kirche hiermit untersagt wäre zu strafen.³⁵¹ Wie für die Rechtsordnung im Allgemeinen, so gilt auch für das Strafrecht, dass sich dieses nicht einfachhin der „wechselnden Gewissensüberzeugung der Rechtsgenossen beugen [kann], ohne sich selbst aufzuheben.“³⁵² Es geht hier also nicht allgemein darum, eine Art „Zwangsverbot“ zu überprüfen.³⁵³ Denn das Strafen könnte gleichwohl noch gerechtfertigt sein durch andere Strafzwecke, wie etwa den Schutz des Glaubensgutes oder allgemein der *communio*.³⁵⁴ Wäre Strafe Zwang, so ist einzige Konsequenz, dass der

³⁴⁹ Es versteht sich von selbst, dass die Entstehung eines Irrtums beim Gewissensurteil für sich schon sündhaft sein kann.

³⁵⁰ Vgl. etwa mit Nachweisen HAFNER, Kirchen im Kontext der Menschenrechte (Fn. 166, 1992), 214. Zur wohl abweichenden Auffassung bei THOMAS vgl. oben S. 29.

³⁵¹ Daher ist oben in aller Deutlichkeit darauf hingewiesen worden, dass man der Ansicht LÜDICKE und anderer nicht gerecht würde, risse man den Kontext des Besserungsstrafzwecks aus dem umfassenden Konzept zur Erfassung der Strafzwecke heraus, siehe den Text beginnend ab S. 9.

Allgemein dazu, dass eine möglichst weitgehende Anerkennung der Gewissensfreiheit nicht dazu führe, den Vorrang der *libertas ecclesiae* vor der *libertas fidelium* zu leugnen, soweit es beispielsweise um das *depositum fidei* gehe, siehe etwa HAFNER, Kirchen im Kontext der Menschenrechte (Fn. 166, 1992), 213 m. w. N.; siehe auch REINHARDT, Anfragen an Libero Gerosa, in: „Strafrecht“ in einer Kirche der Liebe (Fn. 47, 2006), 115. SCHAAF, Der Kirchliche Strafanspruch (Fn. 13, 2007), 211–212 schließt aus der vom CIC verwendeten Begrifflichkeit (insbesondere „*coercere*“ in can. 1311 CIC), aber auch unter Rückgriff auf Beispiele darauf, dass kirchliches Strafrecht Zwangsmaßnahmen beinhaltet.

³⁵² Zur Rechtsordnung allgemein so PREE (Fn. 326) *Folia Theologica* 15 (2004), 97.

³⁵³ Wenn hier bisweilen nur von „Zwang“ die Rede ist, dann ist also immer zu vergegenwärtigen, dass es um Zwang im Sinne der Gewissensfreiheit geht, nicht aber um eine abstrakte Erörterung von „Zwang“ an sich.

³⁵⁴ Einschränkend ist hier daran zu erinnern, dass LÜDICKE den Thesen GEROSAS in wesentlichen Teilen sehr nahe steht, wonach bei der Exkommunikation nur der Selbstausschluss des Täters zur Kenntnis genommen werde. Da er jedoch Exkommunikationen auch ohne Selbstausschluss für möglich hält, gibt es bei ihm Strafen, bei denen zumindest das „deklaratorisch“-Argument nicht gilt und die demzufolge konzeptionell auch widerspruchsfrei als Zwang bzw. Eingriff in die Gewissensfreiheit aufgefasst werden könnten (siehe zu LÜDICKE insoweit oben S. 18, Fn. 80). Vgl. insoweit auch LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 19 (Bearb. 1992), wo folgendes Zitat von HEIMERL (aus ThPQ 139 (1991), 29) wiedergegeben wird: „Einschränkung [sic!] der Glaubensfreiheit wegen der Identität der Kirche“.

Besserungsstrafzweck – die „Einwirkung auf die Gewissensentscheidung des Täters mit den Mitteln des Strafrechtes“³⁵⁵ – dann als unzulässig behandelt werden müsste.

³⁵⁵ LÜDICKE, in: MK-CIC, 1312, Rn. 12 (Bearb. 1992); Einführung vor 1321, Rn. 5 (Bearb. 1992).

II. Qualifizierung kirchlicher Strafe als Zwang

Nun ist sich also der Frage nach der Begrenzung kirchlicher Strafgewalt durch die Gewissensfreiheit im Einzelnen anzunehmen. Ist kirchliche Strafe – idealtypisch sei die Exkommunikation betrachtet³⁵⁶ – eine solche Zwangseinwirkung? Beeinträchtigt sie die Entscheidung des Einzelnen in solch einem Maße, dass diese nicht mehr als eigenverantwortet bewertet werden kann? Dies gilt es nun ausführlich zu prüfen. Einleitend sei hierzu eine Feststellung zur Wirkung kirchlicher Strafe wiedergegeben, die LING in einem Aufsatz trifft, in dem er weltlichen Juristen überblicksartig kirchliches Strafrecht näher bringen will. Es heißt dort: „Strafen, die eine tatsächliche, nicht auf der Basis der Freiwilligkeit im Gehorsam begründete Beschränkung von Freiheiten und Grundrechten beinhalten, und die auch, wie im staatlichen Strafrecht, gegen den Willen des Betroffenen vollstreckt werden könnten, gibt es nicht.“³⁵⁷

Ist tatsächlich „Freiwilligkeit“ das prägende Kennzeichen kirchlicher Strafe – begleitet von einer besonderen Form des Gehorsams, die ihrerseits nicht mit Zwang verwechselt werden darf³⁵⁸?

1. Zur Definition des Zwanges im Sprachgebrauch

Doch was ist Zwang? In einem Lexikon wird zu diesem Stichwort ausgeführt: „1. Bestimmung zu einem Tun gegen den eigenen Willen durch physische Gewalteinwirkung oder deren Androhung; 2. (sozialer Zwang) Von sozialer Kontrolle schwer abgrenzbarer Begriff, der die Techniken sozialer Verhaltenssteuerung umschreibt (z. B. Sanktionsandrohung, Belohnung, an soziale Rollen gebundener Erwartungsdruck, Konformitätsdruck sozialer Gruppen auf die Mitglieder); im weiteren Sinne auch soziokulturelle Bestimmung menschlichen Verhaltens durch im Sozialisationsprozess verinnerlichte Werte und Normen.“³⁵⁹

³⁵⁶ Insoweit soweit sei auch darauf hingewiesen, dass neben Exkommunikation und Interdikt „das kirchliche Recht kaum Strafen [kennt], die Laien treffen können, es sei denn, sie stünden im Dienst der Kirche oder übten wenigstens irgendeine Aufgabe aus, die ihnen entzogen werden könnte“, so LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 3 (Bearb. 1992), Rn. 7.

³⁵⁷ LING (Fn. 19) JZ 2004, 600.

Vgl. überdies auch HIEROLD, Vom Sinn und Zweck kirchlicher Strafe, in: FS *Heinemann* (Fn. 7, 1985) 338–339: „Im übrigen gibt es im neuen CIC [...] keinen Hinweis mehr, daß die Strafe im Erleiden eines Übels bestehe. [...] Das Abgehen von der Theorie der Strafe als Übel hätte den Vorzug für sich, einerseits erklären zu können, daß die Strafe durchaus etwas Positives im Leben des Straftäters bewirken will, andererseits sich nicht immer gegen den Einwand rechtfertigen zu müssen, daß eine Strafe und ein Strafrecht sinnlos seien, wenn sich der Bestrafte gar nicht darum kümmere oder eine Strafe nicht zu vollziehen oder durchzusetzen sei, weil der Kirche die Machtmittel dazu fehlen.“

³⁵⁸ Siehe die entsprechenden Zitate von LG 25 oben S. 38.

³⁵⁹ MEYERS großes Taschenlexikon, Mannheim 1990.

Mangels physischer Gewalteinwirkung³⁶⁰ wäre hiernach das Vorliegen „sozialen Zwanges“ zu prüfen. Heißt es dort, dies sei „schwer abgrenzbar“, so ist damit zugleich das Entscheidende benannt: Hinreichende Kriterien aus dem allgemeinen Sprachgebrauch zur Zwangsdefinition gibt es nicht.³⁶¹

2. Zwang als Spezifikum des Strafrechts

Zu untersuchen ist nun, ob nicht aus den Besonderheiten des Strafrechts sich ergibt, dass Strafe als Zwang zu qualifizieren ist.

a) Deduktion der Zwangswirkung aus der Begrifflichkeit „Strafe“

Festzuhalten ist zunächst, dass hierbei nicht auf den Begriff „Strafe“ als solches³⁶² zurückgegriffen werden kann. Es wäre zirkulär, Strafe als Zwangseinwirkung zu definieren, um dann durch die Wortwahl des kirchlichen Gesetzgebers auf Zwangswirkung zurückzuschließen. Vielmehr bedarf es einer eigenständig materiellen Betrachtungsweise, ob das, was der CIC als Strafe bzw. hier als Exkommunikation versteht, tatsächlich als Zwangseinwirkung i. S. d. Gewissenskonzeptionen zu verstehen ist.

Auch die teilweise getätigten Versuche, allgemein ein Wesen der Strafe festzustellen, helfen nicht weiter. So führt REES als Definition der Strafe aus, diese sei „eine rechtliche Beschränkung, die die katholische Kirche jenen Gliedern auferlegt, die gegen die Ordnung der kirchlichen Gemeinschaft in wichtiger Sache und in schuldhafter und anrechenbarer Weise gefehlt haben“.³⁶³ Das „rechtliche Beschränkung“ nicht ohne weiteres als Zwang i. S. d. Gewissensfreiheit verstanden werden kann, bedarf keiner näheren Erläuterung: Das angegebene Kriterium „Beschränkung“ ist hierfür zu unscharf und ausufernd. Doch selbst wenn es gelänge, das Wesen der Strafe exakter zu benennen: Ob hiervon dann auch die Exkommunikation erfasst ist, wäre durch ein solches Mühen nicht beantwortet.³⁶⁴

³⁶⁰ Zu deren Definition vgl. instruktiv BVerfG, Beschl. v. 10.1.1995, NJW 1995, 1141, 1142–1143, auch zum sog. vergeistigten Gewaltbegriff.

³⁶¹ Nichts anderes zeigt ein Blick in das „Neue theologische Wörterbuch“ (Stuttgart 2000) von VORGRIMLER, wo unter dem Stichwort „Zwang“ vermerkt ist: „Zwang heißt jene Situation eines Menschen, die es ihm unmöglich macht, sich konkret frei zu entscheiden oder die Entscheidung zu verwirklichen. Zwang kann durch äußeren Druck bewirkt werden oder von innen her entstehen. [...] Ein Mensch kann für sich selber das Vorliegen eines pathologischen Zwangs oder die genaue Grenze zwischen Freiheit und innerem Zwang nicht beurteilen.“

³⁶² Siehe aber später ab S. 87 dazu, dass das kirchliche Selbstverständnis, was sich in einer solchen Bezeichnung zeigt, von Bedeutung sein kann.

³⁶³ REES, Strafgewalt der Kirche (Fn. 13, 1993), 67 m. w. N. Als allgemeingültige Definition nimmt LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, 6 d (Bearb. 1992) an, dass Strafe Entzug eines Gutes sei.

³⁶⁴ Einen umfassenderen Definitionsversuch zur Strafe unternimmt GEROSA, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam (Fn. 6, 1995), 251–273. Der Begriff Strafe weise einige Elemente auf, die unabhängig von jeder konkreten Anwendung vorliegen.

Zumindest für den hier zu erörternden Kontext ist auch dessen Ansicht nicht zielführend. Selbst wenn nämlich tatsächlich allgemeingültige Elemente des Strafbegriffs zu erkennen wären: Dass diese auch der kirchliche

b) Vergleich der Exkommunikation mit staatlichen Strafen

Gilt es deshalb, anhand materieller Kriterien zu ermitteln, ob kirchliche Strafe als Zwang zu werten ist, lohnt ein Vergleich der tatsächlichen Auswirkungen einer Exkommunikation mit denen staatlicher Strafe: Auf der einen Seite Entzug geistlicher Güter³⁶⁵, auf der anderen Haft und Geldstrafe: Die unterschiedliche Qualität springt ins Auge.

Staatliches Strafen ist offenkundig Gewaltausübung. Selbst unterhalb der formal definierten Grenze des Strafens³⁶⁶ bedient sich der Staat seines Gewaltmonopols, wenn etwa das sog. Zwangsgeld in der Verwaltungsvollstreckung eingesetzt wird (vgl. dazu §§ 55 ff. Verwaltungsvollstreckungsgesetz NRW). Dessen Höhe ist nur dann zutreffend festgelegt, wenn dadurch der entgegenstehende Wille des Adressaten voraussichtlich gebrochen wird.³⁶⁷

Verweigert die Kirche dagegen den Sakramentenempfang, so mangelt es an einer substantiellen Ähnlichkeit beider Strafformen. Denn dass jedwede direkte Gewaltanwendung die Freiheit entscheidend beeinträchtigt, bedarf keiner Erläuterung. Straft allerdings die Kirche, um den Täter dazu zu bewegen, seine Einstellung zu ändern, so ist das Strafmittel zwar auch hier ohne Zweifel ein Druckmittel. Doch ist es eben nicht mehr evident, dass dieser Druck so stark ist, dass von einer freiverantworteten Entscheidung nicht mehr gesprochen werden kann – darauf wird später zurückzukommen sein.³⁶⁸ Hinzukommt, dass Kirche, anders als der Staat, keinem

Gesetzgeber sich zu Eigen machen wollte, ist hiermit nicht bewiesen (vgl. den oben im Text angesprochenen Zirkelschluss).

GEROSAS Anliegen ist allerdings auch ein ganz anderes: Er möchte gerade den gewählten Sprachgebrauch des kirchlichen Gesetzgebers als falsch herausarbeiten. Insoweit ist auch sein methodischer Ansatz verständlich.

³⁶⁵ Dies gilt für die Jetztzeit. Dass im Mittelalter eine Exkommunikation allein faktisch viel tiefgreifendere Konsequenzen nach sich zog, sei hiermit nicht in Abrede gestellt, siehe etwa S. 80, Fn. 380 sowie SCHEUERMANN (Fn. 25) AfKR 131 (1962), 396. Vgl. zur zeitlichen Perspektive auch ALTHAUS, Konversion, in: Recht auf Mission contra Religionsfreiheit? (Fn. 325, 2007), 199. Dieser geht davon aus, dass in früheren Zeiten durch Strafe Zwang ausgeübt worden sei, um den Betroffenen somit zur Kirche zurückzubringen und fragt dann: „Aber kann dieser Zweck in der Praxis heute noch erhebliche Relevanz beanspruchen? Oder will eine solche Sanktion nicht vielmehr gegenüber der kirchlichen Gemeinschaft zu deren eigenem Schutz offiziell deutlich machen, dass jemand selber die Grundlagen des gemeinsamen Glauben verlassen hat“?

³⁶⁶ Vgl. dazu Art. 103 II, III GG.

³⁶⁷ Hier geht es nur um den schlichten Vergleich kirchlicher und weltlicher Strafe. Dass es dem Staat aufgrund der Unterschiede zwischen ihm und einer Kirche auch leichter gelingen mag, derart „harte“ Strafen zu rechtfertigen, soll nicht in Abrede gestellt werden. Siehe dazu oben (Staat kann nicht verlassen werden) S. 17 beginnend bei Fn. 77 sowie mit Blick auf LÜDICKE nochmals sogleich Fn. 370 auf S. 76.

³⁶⁸ Nun können allerdings auch kirchliche Strafen finanzielle Auswirkungen haben. Die theoretisch denkbare, aber praktisch nie verhängte und auch nicht vollstreckbare Möglichkeit, direkt eine Geldstrafe als iuxta poena zu verhängen, kann hier zwar außer Betracht bleiben (siehe dazu die Nachweise eben S. 20 in Fn. 356). Doch kann die Vollstreckung kirchlicher Strafe im Einzelfall mittelbar dazu führen, dass kirchlich beschäftigte Täter ihren Beruf im kirchlichen Bereich aufzugeben haben. Folglich ist zu prüfen, ob insoweit nicht doch eine der staatlichen Geldstrafe vergleichbare Zwangswirkung anzunehmen ist.

Im Ergebnis ist dies zu verneinen. Zum einen ist es fraglich, ob die Strafe insoweit tatsächlich kausal wirkt, oder ob nicht aufgrund der entsprechenden arbeitsvertraglichen Verpflichtungen schon im Vorfeld strafrechtlicher Verantwortlichkeit die kirchliche Weiterbeschäftigung unmöglich wird (vgl. insoweit in Deutschland z. B. Art. 5 der „Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse“ vom 22.9.1993, http://www.dbk.de/imperia/md/content/schriften/dbk1a.bischoefe/db051_9_aufgabe.pdf (eingesehen am 1.4.2008)).

Neutralitätsgebot unterliegt. Dies unterstreicht ein weiteres Mal, dass eine vergleichende Betrachtung nur sehr begrenzt ergiebig ist.³⁶⁹

Festzuhalten ist damit, dass die gleiche Terminologie „Strafe“ eine Wesensähnlichkeit kirchlicher und staatlicher Strafgewalt suggeriert, die insbesondere wegen der nur staatlicherseits gebrauchten physischen Gewalt so nicht zu halten ist.³⁷⁰ Bei der Bestimmung der Zwangswirkung kommt man nicht umhin, sich vertieft mit den Eigenheiten kanonischen Strafrechts zu befassen.

3. Wirkung einer Exkommunikation als Zwang

Zu untersuchen ist daher, ob die Folgen einer Exkommunikation – siehe dazu insbesondere can. 1331 CIC – den Willen des Täters so beeinflussen, dass die Strafe auf ihn als Zwang wirkt.

Zum anderen betrifft die Ausübung eines kirchlichen Berufes eben nicht nur den Einzelnen. Es ist zu berücksichtigen, dass dem Arbeitsverhältnis die frei verantwortete Entscheidung zugrunde liegt, in einem „Tendenzbetrieb“ wie der Kirche arbeiten zu wollen.

Wollte man kirchliche Strafe einschränken, um so dem Täter die Ausübung seiner nicht mit der Kirche übereinstimmende Gesinnung zu ermöglichen, so diene das nicht der Gewissensfreiheit. Vielmehr zementierte dies einen aus anderen Gründen nicht haltbaren Zustand: Nämlich das Bezahlt-werden-wollen von einer Gemeinschaft, deren Grundlage man aufgrund seines Gewissens nicht mehr teilt. Das Auseinandergehen ist hier nicht anderes als die logische Konsequenz der Gewissensentscheidung. Eine etwaige kirchliche Antwort wäre dann auch als Strafmaßnahme (aufgrund des Strafzweckes des Schutzes der *communio fidelium* und gegebenenfalls der *communio fidei*) gerechtfertigt, ohne dass hier die Anerkennung der Gewissensfreiheit zu etwas anderem zwänge. Diese kann hier also nicht als zusätzliche Schranke fungieren. Eine Vergleichbarkeit mit der staatlichen Geldstrafe scheidet daher auch in diesem Sonderfall aus.

³⁶⁹ Siehe hierzu näher PREE, *Forum externum und forum internum – Zur Relevanz des Gewissensurteils im Kanonischen Recht*, AfkKR 168 (1999), 41, Fn. 54; einschränkender HILPERT, *Die Menschenrechte*, Düsseldorf 1991, 253, 258. Allgemein gegen die schlichte Übertragbarkeit weltlicher Rechtsbegriffe auf das Kirchenrecht auch GEROSA, *Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam* (Fn. 6, 1995), 95; siehe ferner DEMEL, *Abtreibung zwischen Straffreiheit und Exkommunikation*, Stuttgart 1995, 302–303, 309–310; EICHOLT, „*Nullum crimen nulla poena sine lege*“ im kanonischen Recht, Frankfurt a. M. 2006, 160–162. Vgl. ganz konkret zur Unterschiedlichkeit die Überlegungen bei BÖSE, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze*, ZStW 113 (2001), 40–75, wo aufgezeigt wird, inwieweit im Rahmen staatlichen Strafrechts eine Berufung auf das Gewissen Rechtsrelevanz erlangen könnte.

Vgl. ferner unter Bezugnahme auf DEMMER konkret gegen eine kirchliche „Kompromissmentalität“ oder die bloße „Festsetzung einer vertretbaren Grenze moralischen Einsatzmaßes“ SAGMEISTER, *Das neue kirchliche Strafrecht*, in: *Festgabe Schwendenwein* (Fn. 24, 1986), 495: *Kirchliches Recht „setzt bei der gnadenhaft geschenkten Möglichkeit guten Gelingens an [...]“. [Es ist zu verhindern,] den neutestamentlichen Radikalismus der Verkündigung Jesu zu verdunkeln. [...] Während der staatliche Gesetzgeber zur Sicherstellung des Gemeinwohls sich auf eine Minimalforderung einpendeln kann, ist die Rechtsforderung im kirchlichen Recht von hoher moralischer Spannung getragen, weil sie immer die Glaubensentscheidung mit ihren moralischen Forderungen im Blick hat.“ [Kirchliches Recht] tritt daher mit einem unvergleichlich höheren Anspruch als staatliches Recht auf. „Es kann auch aus diesem Grunde nicht wie jenes moralisch tolerant sein; denn die Toleranz des staatlichen Gesetzgebers rührt nicht zuletzt aus dem Eingeständnis seines fehlenden moralischen Beistandes her [...]“.*

³⁷⁰ Auch LÜDICKE, in: *MK-CIC*, Einl. vor 1311, Rn. 11 (Bearb. 1992), wirft die Frage nach der Vergleichbarkeit auf, allerdings in anderem Zusammenhang und mit anderen Schlussfolgerungen: Ihm geht es darum aufzuzeigen, dass der Staat als Gemeinschaft, der man nicht entinnen kann, eben deshalb notwendig härterer Mittel bedarf.

Gegen eine Vergleichbarkeit kirchlicher und weltlicher Strafe, darüber hinaus auch gegen eine Vergleichbarkeit theologischen und kanonistischen Verständnisses von Strafe siehe eindringlich DE PAOLIS, *Penal Sanctions, Penal Remedies and Penances*, in: *The Penal Process* (Fn. 9, 2005), 155 und öfter.

a) Bezogenheit des Gewissens auf das objektiv Gute (Synteresis bzw. Anamnesis)

Möglicherweise kann an dieser Stelle die den katholischen Gewissensbegriff kennzeichnende Zweischichtigkeit fruchtbar gemacht werden. Die Gewissenschicht, die als Synteresis bzw. Anamnesis zu kennzeichnen ist,³⁷¹ zeichnet sich durch ihre Hinordnung auf das objektiv Gute aus. Soweit die Kirche sich darum müht, kraft des besonderen Beistands des Heiligen Geistes dieses objektiv Gute aufzuzeigen, so oktroyiert sie folgerichtig nicht dem Menschen etwas Fremdes auf. Sie entfaltet dem Gewissen des Einzelnen vielmehr das, worauf es ohnehin angelegt ist. Sie steht im Sinne NEWMANS im Dienst des Gewissens. Um es pointiert aufzuzeigen: Im Falle einer unfehlbaren Lehre, die dem Einzelnen per Strafurteil aufgezwungen werden soll, ist das Ziel kirchlichen Handelns objektiv betrachtet – mangels Irrtumsmöglichkeit – gerade das, worauf der Täter in seinem Innersten, ohne es zu wissen, selbst wartet.³⁷²

Dieser Gedankengang führt jedoch nicht weiter. Dass es die ureigenste Aufgabe der Kirche ist, das objektive Wahre zu verkünden, um gerade so jedem einzelnen Menschen zu dienen, ist wahr. Doch wie es der weltliche Jurist ausdrücken würde: Die bloße Aufgabenzuweisung sagt nichts über das Bestehen konkreter Befugnisse, mittels derer ein Eingriff erfolgen soll. Theologisch gewendet: Die Aufgabe, das depositum fidei unversehrt und den Erfordernissen der Zeit angepasst darzulegen, rechtfertigt nicht, zur Erreichung dieses Ziels moralisch schlechte Mittel zu verwenden. Gerade dies wäre aber der Fall bei einer Glaubensvermittlung durch Zwangseinsatz. Hier nun ist die Frage der Zwangswirkung gerade noch zu prüfen. Es folgt aber aus dem Gesagten, dass nicht etwa deshalb eine Zwangswirkung zu verneinen ist, weil auf objektiver Ebene etwas Gutes erreicht werden soll.

Nun könnte man allerdings noch, betrachtet man die Zweiteilung des Gewissensbegriffs, auf einen subtileren Gedankengang zur Verneinung der Zwangswirkung verfallen. Geschützt ist nach katholischem Verständnis schließlich allein die conscientia im engeren Sinne, d. h. das konkrete Gewissensurteil. Bezöge sich nun kirchliche Strafe allein auf die Ebene der Anamnese, entfiele ein Eingriff in das Gewissen. Wirkt kirchliche Strafe also allein auf die Anamnese im Wege einer zwanghaft erreichten Gewissensbildung, so zwingt sie den Täter nicht dazu, gegen ein Gewissensurteil zu handeln. Unzulässig wäre es – verfolgt man diesen Gedankengang – dagegen nur, wenn die Kirche den Täter zu einer Handlung zwänge, ohne dass dieser zuvor auch sein Gewissensurteil geändert hätte.

³⁷¹ Siehe dazu näher beispielsweise oben S. 43.

³⁷² Zu beachten ist auch, dass das irrende Gewissen nach traditioneller Auffassung ohnehin grundsätzlich als vorübergehender Zustand betrachtet wird, da er jederzeit durch die prinzipiell mögliche bessere Einsicht beendet werden kann und sollte, vgl. SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 207.

Kann Kirche die Strafbarkeit in diesem Sinne gestalten? Etwa wie folgt: Eine Exkommunikation, bei der dem Täter erklärt wird, sie beziehe sich auf eine bestimmte innere Einstellung. Wenn diese nun geändert werde, werde auch die Exkommunikation aufgehoben. Gleichzeitig sei darauf hingewiesen, dass vor Gesinnungsänderung der Täter tunlichst handle nach demjenigen Gewissensurteil, wie es sich aufgrund der alten inneren Einstellung ergibt.³⁷³

Eine groteske Vorstellung! Sie verdeutlicht, dass derartige Gedankenspiele ebenso wenig zielführend sind. Denn es kann bei einer Maßnahme, die von außen an einen Menschen herantritt, schlechterdings nicht unterschieden werden, welche Gewissensschicht sie betrifft. Mit gutem Grund wird daher das Gewissen zunächst einmal als Ganzes betrachtet. Und dieses Heiligtum ist auch als Ganzes von kirchlicher Strafe betroffen.

b) Verbleibende Freiheit bei der Reaktion auf die Exkommunikation

Die Frage fokussiert sich damit auf das, was sich in der einleitenden Stellungnahme von LING andeutet: Fehlt es an einer Zwangswirkung, weil dem Exkommunizierten weiterhin die Wahl bleibt, in seinem Verhalten zu verharren oder nicht?

aa) Zwangseinwirkung verneinende Ansicht

In diesem Sinne führt DE PAOLIS aus: „Wenn andere Mittel sich als unzulänglich erweisen, greift die Kirche zu strafrechtlichen Mitteln, weil die Kirche nicht gleichgültig bleiben kann gegenüber einem Gläubigen, der auf das Wort Gottes und der Kirche nicht hört und in die Gefahr ewiger Verdammnis läuft, eine Gefahr, die auch die anderen Glieder der Gemeinschaft belastet, wenn der Täter nicht zurecht gewiesen wird. Aber die Strafe ist in diesem Fall [...] eine dringende Einladung, ein letzter Anruf, mit dem die Kirche ihren eigenen Schmerz und ihre pastorale Angst dem Täter sagt, damit er sich der Gefahr bewusst wird, in der er schwebt, und zu einem guten Weg findet, damit er gerettet wird. In dieser Sicht hat der Einwand gegen die kanonischen Strafen, dass sie gegen die Religionsfreiheit verstießen, offenbar kein Fundament.“³⁷⁴

³⁷³ Nochmals: Der Zwang müsste also intentional erklärt werden. Er bestehe insoweit, als die Auffassung der Kirche über die objektive Wahrheit, die der Täter anders sieht, mittels des Zwangs nun zu übernehmen ist. Kein Zwang solle bestehen, ohne Überzeugung wie die Kirche zu handeln.

³⁷⁴ DE PAOLIS, *Aspectus theologici et iuridice in sistemate poenali canonico*, PerRMCL 75 (1986), 234–235, Übersetzung des lateinischen Textes von LÜDICKE, in: MK-CIC, 1312, Rn. 16 (Bearb. 1992). Ohne dies im Einzelnen ausführen, spricht DE PAOLIS dort zudem davon, dass kirchliche Strafe mit ihrer geistlichen Zielsetzung ohnehin nichts mit einer säkularen Bestrafung gemein habe. In *Penal Sanctions, Penal Remedies and Penances*, in: *The Penal Process* (Fn. 9, 2005), 181, hält DE PAOLIS es gar für weit hergeholt, überhaupt daran zu denken, ein Konflikt mit dem ‘principle of religious liberty’ könne vorliegen. Siehe darüber hinaus auch DE PAOLIS, *The Application of Penalties*, in: *Exegetical Commentary* (Fn. 9, 2004), Rn. 5 (S. 361), wo die pastorale Bedeutung des Strafrechts auch für den Täter hervorgehoben wird. Ein umfassender Überblick über die Auffassung von DE PAOLIS findet sich bei SCHAAF, *Der Kirchliche Strafanspruch* (Fn. 13, 2007), 240–251, hinsichtlich der Vereinbarkeit von Strafe und Gewissensfreiheit insbesondere S. 250–251.

Auch andere verweisen darauf, dass der freie Wille des Täters durch einen bloß *indirekten* Zwang vor die Entscheidung gestellt werde. Letztlich hänge der Ausgang der Entscheidung nicht an der Strafe, sondern am freien Willen des Täters.³⁷⁵ Deutlich spricht dies zudem KRÄMER insbesondere mit Blick auf die Exkommunikation nach can. 1364 CIC aus: „Letztlich kann diese Strafe nur als Appell an das Gewissen verstanden werden, die eigene Entscheidung zu überdenken“.³⁷⁶ KRÄMER beharrt auf diesem Standpunkt auch in Kenntnis und in Auseinandersetzung mit der Position LÜDICKE. Er hält insoweit im Einklang mit diesem unter Berufung auf DH 10 fest, dass „kirchliche Sanktionen oder Strafen [...] also niemals so tief in den Glaubensakt eingreifen [dürfen], dass durch sie die im Glauben gelegene freie Entscheidung angetastet oder gar zerstört würde. Es bedarf einer großen Sensibilität, um kirchliche Sanktionen oder Strafen von Zwangsmitteln zu unterscheiden, die in Widerspruch stehen zur Natur des Glaubens-

³⁷⁵ So die Wiedergabe von BORRAS, auf den im Übrigen auch DE PAOLIS sich beruft, bei LÜDICKE, in: MK-CIC, 1341, Rn. 5 (Bearb. 1993). Die mit DE PAOLIS übereinstimmende Position von BORRAS wird ebenso wiedergegeben von SCHAAF, *Der Kirchliche Strafanspruch* (Fn. 13, 2007), 230, Fn. 30; ausführliche Darlegung von dessen Auffassung *ibid.* 228–213. Ferner so REES, *Glaubenschutz durch Strafmaßnahmen*, in: FS *Geringer* (Fn. 19, 2002), 374, unter ausdrücklicher Berufung auf KRÄMER.

SCHAAF selbst, *ibid.*, S. 273–275, deren Dissertation sich in aller Ausführlichkeit mit der hier im Raum stehenden Frage befasst, indem zuvor umfassend die kanonistische Diskussion erschlossen wird, soweit sie diese Frage behandelt, schließt sich dann den sogleich genannten Argumenten KRÄMERS an. Siehe zu ihrer Position im Einzelnen sogleich Text beginnend ab S. 82.

Siehe ferner ganz ähnlich SAGMEISTER, zitiert oben S. 8, in Fn. 24, nur mit dem Unterschied, dass er von Fällen spricht, in denen „auch“ echter Zwang gegeben sein könne. Siehe auch, allerdings ohne die Fragestellung direkt aufzugreifen, unter Berufung auf SAGMEISTER, DEMEL, *Abtreibung zwischen Straffreiheit und Exkommunikation* (Fn. 369, 1995), 306–307.

³⁷⁶ KRÄMER, *Menschenrechte – Christenrechte*, in: FS Heinemann, hrsg. v. *Gabriels* u. a., Essen 1985, 172. In seinen Ausführungen in *Religionsfreiheit in der Kirche: Das Recht auf religiöse Freiheit in der kirchlichen Rechtsordnung*, Trier 1981, 29–30 tendierte KRÄMER de lege ferenda noch zu einer Ansicht, die derjenigen von LÜDICKE ähnelt, sie letztlich übersteigt. „Wer sich von der Kirche lossagt oder von ihrem Glaubensverständnis distanziert, wird sich in aller Regel auf ein subjektiv gutes Gewissen berufen und gerechte Gründe dafür geltend zu machen versuchen.“ Damals forderte er deshalb den Verzicht auf Strafmaßnahmen für diejenigen, die sich vom Glaubensverständnis der Kirche distanzieren. Es reichten Ordnungsmaßnahmen ohne Strafcharakter, welche die gleichen Sperrwirkungen wie die Strafe haben (unter Rückgriff auf eine Stellungnahme deutscher Kirchenrechtler aus 1974). Hiernach soll Strafe mit Blick auf Glaubensfragen also gänzlich fallengelassen werden (und noch nicht einmal wie bei LÜDICKE aus anderen Strafzwecken heraus möglich bleiben) und einzig der Schutz der *communio* gesichert werden (und zwar durch Maßnahmen gleicher Wirkung).

Vgl. ferner der aktuellen Ansicht KRÄMERS ähnelnd HAFNER, *Kirchen im Kontext der Menschenrechte* (Fn. 166, 1992), 233 (siehe auch 214) unter Verweis auf KRÄMER. Er schreibt gar, „die *latae sententiae*-Exkommunikation [...] sei] als bloße ‚geistliche‘ Strafe nur im Sinne eines Gewissensappells zum Überdenken des Entscheids“ zu verstehen. Mit ihr werde „kein physischer oder psychischer Druck auf die austretende Person ausgeübt“. In der zugehörigen Fußnote heißt es dann allerdings – ohne nähere Abgrenzung hierzu –, dass mit dieser Strafe gleichwohl „Glaubenszwang [sic!] gegenüber Haeretikern“ zugelassen werde im Anschluss an THOMAS VON AQUIN.

Vgl. des Weiteren die Wiedergabe einer Stellungnahme des seinerzeitigen Bischofs von Innsbruck aus 1985 zum Interdikt betreffend einen 24jährigen Tischler, der sich in einer Ortschaft namens Schwaz über Wochen als Priester ausgab und u. a. Eucharistiefiern vortäuschte, bei PAARHAMMER, *Das spezielle Strafrecht des CIC*, in: Festgabe *Schwendenwein* (Fn. 67, 1986), 451–452: „Der Ausschluss von den Sakramenten soll ein Wecker für ein Gewissen sein, das offenkundig die normalen Stopptafeln gleichgültig überfährt. Und das Ziel der Exkommunikation ist eindeutig das Erwachen und Zu-sich-Kommen dieses Gewissens, das sich in der Gemeinschaft der Kirche wie ein Geisterfahrer auf der Autobahn benimmt. [...] Die Androhung der Exkommunikation [...] wird sozusagen als letzter Schutz um die heiligsten Dinge gelegt. Sie ist das Blinkfeuer für den Falschfahrer, der vor der Umleitung alle Tempolimits und Bodenmarkierungen überrast. [...] Vielleicht müsste man bei der Benützung dieser fremd gewordenen Begriffe, die im tiefsten doch seelsorglich gemeint sind, eine entsprechende Erklärung mitgeben.“

aktes.“³⁷⁷ Abermals wiederholt er, dass die Exkommunikation nur einen Appell zum Überdenken darstelle, um anzufügen: „Eine solche Reaktion der Kirche darf nicht als Nötigung oder Zwang verstanden werden, die sich gegen die Freiheit des Glaubensaktes richten, sondern ist eine eindringliche Einladung zur Umkehr, mit der freilich auch konkrete Rechtsfolgen verbunden sind.“³⁷⁸

Diese Ansicht hat Berührungspunkte mit derjenigen MAYS, der ausführt: „Die Bewehrung kirchlicher Gesetze mit Sanktionen ist keine Beeinträchtigung der Gewissensfreiheit, sondern deren Steigerung, weil sie den Menschen zu vermehrter Sorgfalt bei der Gewinnung seines Gewissensurteils veranlasst.“ Dass jemand „Nachteile ertragen muss, ist kein Verstoß gegen die Gewissensfreiheit, sondern deren Konsequenz. Die Hinnahme etwa eintretender Rechtsminderungen ist die Probe auf die Echtheit seiner Gewissensentscheidung. Es gehört zu einer Gewissensentscheidung, dass ihr Träger bereit ist, nach ihr zu handeln, auch wenn dies Schaden oder Verluste für ihn mit sich bringt. Kirchliche Sanktionen bezwecken also nicht, ein Handeln gegen den (irrigen) Gewissensspruch zu erreichen, sondern sichern seine Lauterkeit. Auch die kirchliche Strafgewalt steht im Dienst der Gewissensbildung.“³⁷⁹

In anderem Zusammenhang führt überdies auch LÜDICKE aus, dass die Wirkung von Strafe nur relational erfasst werden kann.³⁸⁰ Sie bleibe nämlich wirkungslos, „wo das vorwiegend geistliche Gut, das durch die Strafe entzogen wird, nicht mehr als Wert empfunden wird.“³⁸¹ Ferner findet sich die Formulierung: „Die Kirche besitzt nicht die Mittel, einen Menschen gegen seinen Willen und gegen sein Gewissen zu seinem Wohlverhalten zu zwingen [sic!]“³⁸² Es zeigt sich also, dass – abhängig von der Betrachtungsweise – eine Zwangswirkung zunächst grundsätzlich mit guten Gründen verneint werden kann.

³⁷⁷ KRÄMER, Strafen in einer Kirche der Liebe, in: „Strafrecht“ in einer Kirche der Liebe, hrsg. v. Müller u. a., Berlin 2006, 16.

³⁷⁸ Ibid. S. 18. Siehe ebenso KRÄMER, Religionsfreiheit und Absolutheitsanspruch der Religionen, in: Recht auf Mission contra Religionsfreiheit? (Fn. 325, 2007), 48. Dort stützt er sich zudem ausdrücklich auf die Konzeption GEROSAS zur Begründung, dass nämlich nur „die notwendige Konsequenz aus dem Verhalten des Gläubigen gezogen“ werde, der sich im Sinne der can. 751, 1364 CIC vom kirchlichen Glauben abwendet.

³⁷⁹ MAY, Gesetz und Gewissen, in: Neue Positionen des Kirchenrechts (Fn. 273, 1994), 58, 76–77. Er führt dann aus, die Kirche sei kein Zwangsverband, man könne austreten.

³⁸⁰ Vgl. hinzukommend zu den sogleich genannten Verweisen auch LÜDICKE, in: MK-CIC, 1314, Rn. 10 (Bearb. 1992), allerdings nicht zur Strafe allgemein, aber immerhin – insoweit schließlich das geltende Recht in weiten Teilen rechtfertigend, wenn diesbezüglich keine Zwangswirkung gegeben wäre – zur Strafform Tatstrafe: „Man wird feststellen müssen, dass die Strafdrohung *latae sententiae* ihre Abschreckungswirkung völlig eingebüßt hat. Weder besitzen Adressaten der Strafdrohung eine Kenntnis des kanonischen Strafrechts ... [dieses Argument betrifft die rechtliche Wirkungslosigkeit] noch übt die kirchliche Gemeinschaft auf den Straftäter irgendeinen Druck aus, sich der Strafe gemäß zu verhalten. Beides war im Mittelalter ermöglichende Voraussetzung dafür, die *poena latae sententiae* als Mittel zur Erhaltung der kirchlichen Disziplin einzusetzen.“

³⁸¹ LÜDICKE, in: MK-CIC, 1311, Rn. 5 (Bearb. 1992).

³⁸² LÜDICKE, in: MK-CIC, Einl. vor 1311, Rn. 3 (Bearb. 1992); weiter heißt es: „– und sie darf diese Mittel angesichts der notwendigen Freiwilligkeit auch nicht beanspruchen“. Nimmt man den im Text zitierten Teil ernst, hätte es hier nun „dürfte“ heißen müssen. Der Aussagegehalt bleibt von daher ein wenig unklar.

bb) Gegenargumente

LÜDICKE selbst empfindet die eben genannte Ansicht (u. a.) von DE PAOLIS, die aus der Wirkung auf das Fehlen von Zwang zurückschließen will, als idealisierend. Außerdem nehme sie dem kirchlichen Strafrecht „seinen Ernst als Selbstschutzmaßnahme der Gemeinschaft“.³⁸³ Diese Kritik dürfte nicht voll verfangen. Ob das von DE PAOLIS, KRÄMER und anderen entfaltete Konzept einer durch Strafe ausgedrückten Heilssorge die Wirklichkeit trifft oder nicht: Die Beschreibung fehlender Zwangswirkung ist insoweit ein sehr realitätsnahes, weil schlicht deskriptives Argument. Nochmals ist darauf hinzuweisen, dass – wie soeben gesehen – es als solches an anderer Stelle eben auch von LÜDICKE selbst geteilt wird.³⁸⁴

(1) Zirkulärer Schluss anstelle einer präzisen Beschreibung fehlender Zwangswirkung

Wenn sich damit zeigt, dass die Zwang verneinende Auffassung nicht vorschnell als idealisierend abgetan werden kann, wenn und weil sie eine Tatsachenbeschreibung vorträgt, so ist sie daran allerdings auch zu messen. Festzustellen ist dann nämlich, dass die deskriptive Dimension beim Vortragen dieser Ansicht zwar enthalten ist, aber es keine weitergehenden Bemühungen gibt, diesen Gedanken näher zu entfalten. Es wird gerade nicht im Einzelnen aufgezeigt, warum beispielsweise die Betroffenen heutzutage³⁸⁵ keinen Zwang mehr spüren würden oder aber warum etwaige Ausnahmefälle an dieser Qualifizierung nichts ändern würden. Im Wesentlichen wird nur apologetisch das Ergebnis festgestellt. Wenn man nämlich etwa die Ausführungen KRÄMERS³⁸⁶ näher betrachtet,³⁸⁷ fragt man sich, worin er selbst die „Sensibilität“ erblickt, mittels deren kirchliche Strafe von Zwang zu unterscheiden sei. Ein substantielles Argument, *weshalb* denn nun konkret Strafe hier kein Zwang sei, sucht man vergebens.³⁸⁸ Es wird sich damit begnügt, schlicht das Ergebnis festzuhalten. Der Eindruck bleibt, dass hier nicht sein kann, was nicht sein darf: Eben weil kein Zwang erlaubt ist, haben wir es also mit einem bloßen Appell zu tun. Das jedoch ist zirkulär. Es reicht eben nicht, sich Gedanken zu machen, was sein solle und

³⁸³ LÜDICKE, in: MK-CIC, 1312, Rn. 16 (Bearb. 1992).

³⁸⁴ Darüber hinaus kann hier darauf hingewiesen werden, dass hinsichtlich eines weiten Teils in Betracht kommender Strafen LÜDICKE der Ansicht GEROSAS zuneigt, dass nämlich „nur“ die Konsequenzen aus der Entscheidung des Täters gezogen werden, vgl. zur Darstellung oben den Abschnitt beginnend auf S. 17. Auch danach kann zumindest für viele Fälle festgehalten werden, dass LÜDICKE nicht schlichtweg von Zwang sprechen würde.

Es mag hier nun dahinstehen, inwieweit LÜDICKE Unterschiede machen würde mit Blick auf den Strafzweck: Aus seinen Ausführungen mag man schließen, dass in dem Augenblick, wo die Kirche als primären Zweck von Strafe auf die Besserung abzielen wollte, dann doch verbotener Zwang vorläge. Jedenfalls würde man diesbezüglich wohl erwarten dürfen, dass zunächst näher erklärt werden müsste, weshalb dieselbe Maßnahme je nach kirchlicher Intention einmal Zwang, ein anderes Mal aber zwangfreies Ziehen der Konsequenzen sei. Zu dieser Fragestellung siehe näher sogleich im Text zur Frage nach konzeptionellen Widersprüchen ab S. 82.

³⁸⁵ Zur Ansicht MAYS siehe sogleich Fn. 390.

³⁸⁶ Siehe insbesondere die Zitate beginnend S. 79 bei Fn. 376.

³⁸⁷ KRÄMER kann hier beispielhaft auch für die anderen Autorinnen und Autoren herangezogen werden.

³⁸⁸ Dies gilt insoweit auch für DE PAOLIS.

dies dann als tatsächliche Gegebenheit zu präsentieren. Vielmehr ist nüchtern festzustellen, was ist, um daraufhin dann das gefundene Ergebnis am der Gewissensfreiheit geschuldeten Sollen zu überprüfen.³⁸⁹

Beide Ansichten – und eben nicht nur diejenige, die eine Kollision zwischen Besserungszweck und Gewissensfreiheit behauptet – scheitern am Erfordernis, das jeweils behauptete Ergebnis faktisch oder normativ ausreichend zu belegen. Dies ist nicht zuletzt Konsequenz dessen, dass von keiner Seite aus versucht wird, konkret zu benennen, was definitivisch Zwang ausmacht, wo also die hier maßgebliche Grenzlinie zu ziehen ist.

Gleichwohl kann festgehalten werden, dass die Behauptung, Strafe sei zumindest heutzutage³⁹⁰ nur noch dringlicher Appell, eine gewisse Evidenz für sich beanspruchen kann. Dies gilt insbesondere eingedenk dessen, dass eben auch LÜDICKE die Effektivität geistlich wirkender Sanktionen bezweifelt. Es lohnt daher, einige weitere kritische Nachforschungen anzustellen, ob es nicht doch zutreffend sein könnte, mit dieser weit verbreiteten Ansicht eine Zwangswirkung kirchlicher Strafe generell zu verneinen.

(2) Konzeptioneller Widerspruch zwischen Annahme eines Appellcharakters mit Blick auf die Gewissensfreiheit und Bejahung der Zwangsgewalt im Übrigen

Mit Bedacht wurde oben formuliert, die Kritik LÜDICKE'S an der Gegenposition verfange nicht vollständig. Wenn er ausführt, dem Strafrecht dürfe sein Ernst als Selbstschutzmaßnahme nicht genommen werden, so ist dies sehr wohl bedenkenswert. Dies gilt zunächst im Hinblick auf eine solche Ansicht, wonach dem Strafrecht generell keine echte Zwangswirkung zukomme (vgl.

³⁸⁹ Nun könnte man zwar sagen, das Ist entscheide sich einzig nach der Intention des Gesetzgebers. Dann müsste die Maßgeblichkeit der Intention des Gesetzgebers aber zunächst behauptet und belegt werden. Siehe dazu im Übrigen sogleich – allerdings bezogen auf eine im Ergebnis entgegengesetzte Argumentation – die Ausführungen beginnend ab S. 87.

³⁹⁰ MAY argumentiert allerdings nicht bezogen auf die heutige Lage, sondern dass generell die Strafe im Dienst der Gewissensbildung stehe. Gerade weil er dabei eine Verbindungslinie bis hin zu THOMAS VON AQUIN zieht, der auch vom Häretiker forderte, er müsse die Folge der Exkommunikation dann tragen (ibid. S. 78 mit Nachweis), wird diese Auffassung fragwürdig (zur Frage, inwieweit THOMAS seinerseits die zutreffenden Folgerungen seiner Prämissen bildet vgl. überdies SCHENK (Fn. 136) Forum Katholische Theologie 8 (1992), 15–17). Denn zumindest in der mittelalterlichen Gesellschaft gingen von der Exkommunikation derartig beeinträchtigende Rechtswirkungen aus, dass es nahe lag, dass Menschen durch die Strafdrohung verleitet werden, gegen ihr Gewissensurteil zu handeln, nur um die immensen (sozialen) Folgen zu vermeiden (vgl. auch Fn. 410). Ist aber eine solche Möglichkeit nahe liegend, liegt eben auch die Vermutung nahe, dass dann die Strafverhängung, da solche Folgen objektiv voraussehbar und daher womöglich zurechenbar sind, ihrerseits als Zwang zu werden ist. Es hätte deshalb hier näherer Erläuterung bedurft (vgl. auch schon soeben Fn. 389).
Zudem sei auch an dieser Stelle nochmals die konzeptionelle Besonderheit der Ansicht LÜDICKE'S hervorgehoben. Danach ist ja Zwang zulässig, die Rechtsordnung nimmt sich ernst. Einzig der – quantitativ sehr unbedeutende (sieht man von der „geheimen“ Tat ab) – Fall, dass kein anderer Strafzweck übrig bleibt, steht bei LÜDICKE in Rede. Der von MAY etwa erhobene Einwand, es könne „Anarchie in der Kirche“ heraufbeschworen werden (Das Verhältnis von Gesetz und Gewissen im kanonischen Recht, dargestellt an den cc. 915/916 CIC/1983, Forum Katholische Theologie 9 (1993) 130), ist mit Blick auf LÜDICKE'S Konzeption gegenstandslos.

insoweit z. B. das oben erwähnte Zitat von LING³⁹¹). Mit Blick hierauf wird an späterer Stelle³⁹² das kirchliche Selbstverständnis aufgegriffen, das solch behaupteter „Zwangsfreiheit“ entgegenstehen könnte. Ferner ist hinsichtlich einer solchen Auffassung zu vergegenwärtigen, dass eine Neigung bestehen kann, Zwang nur deshalb zu verneinen, um die singuläre Frage nach der Vereinbarkeit kirchlichen Strafrechts mit der Gewissensfreiheit zu beantworten. Dabei kann dann die Gefahr bestehen, den Blick auf das Ganze zu verlieren. Die Auslegung eines Einzelproblems darf jedoch nicht dazu führen, dieses aus dem Gesamtzusammenhang des Gesetzes zu reißen. Gemäß den Auslegungsprinzipien des can. 17 CIC ist eine *Gesamtschau* verpflichtend. Dies ergibt sich zudem als Forderung schon aus den Digesten.³⁹³ Wer also Zwang verneint, muss sich fragen lassen, ob er dasselbe auch mit Blick auf andere Strafzwecke vertreten will, wenn es beispielsweise darum geht, dass die Kirche das ihr anvertraute depositum fidei schützen will, eine Aufgabe, die sie etwa nach LÜDICKES Ansicht wohl³⁹⁴ mit Zwang durchsetzen könnte.

Darüber hinaus ist aber auch die Auffassung derjenigen zu überprüfen, die möglicherweise kirchlichem Strafen eine Zwangswirkung beimessen und damit auf den ersten Blick hin nicht in Gefahr stehen, generell die Ernsthaftigkeit kirchlichen Strafrechts in Abrede zu stellen. Das Anliegen, kanonisches Strafrecht insoweit zu verteidigen, könnte aber diskreditiert sein, wenn gleichzeitig vorgetragen wird, ein Zwang *im Sinne der Gewissensfreiheit* läge nicht vor. Es steht also die Frage im Raum, ob solche auf den ersten Blick schwankend erscheinenden Aussagen zu rechtfertigen sind. Möglicherweise könnte auch hier unzulässig eine Aussage nur mit Blick auf die jeweils zu beantwortende Einzelfrage getroffen worden sein, anstatt eine schlüssige Gesamtkonzeption vorzulegen, d. h. voneinander isolierte Aussagen zur Charakterisierung des Strafrechts im Allgemeinen sowie dann zur Vereinbarkeit von Besserungsstrafzweck mit der Gewissensfreiheit.

Diese Problematik mag an der Auffassung von SCHAAF in ihrer Dissertation zum kirchlichen Strafanspruch verdeutlicht werden. Sie kommt nach äußerster detaillierter Darstellung der diesbezüglichen kanonistischen Literatur zum Ergebnis, dass die Argumentation KRÄMERS (und DE PAOLIS') zuträfe. Dem Gläubigen, der schließlich verpflichtet sei, die Gemeinschaft mit der Kirche zu wahren, könne seine dagegen gerichtete Verfehlung aufgezeigt werden. Dies sei kein Zwang, „der der Freiheit des Glaubensaktes entgegensteht“, sondern vielmehr „eine eindring-

³⁹¹ Siehe S. 73 bei Fn. 357.

³⁹² Siehe unten ab S. 87.

³⁹³ Digesten 1.3, 24 (Celsus, libro VIII digestorum): Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius porposita iduicare vel respondere (Es ist unjuristisch, ohne das Gesetz als Ganzes zu berücksichtigen, nach irgendeinem Teil desselben ein Urteil zu sprechen oder ein Gutachten zu erteilen), Text und Übersetzung zitiert nach Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, Bd. II (Digesten 1–10), gemeinschaftlich übersetzt und herausgegeben von Behrends u. a., Heidelberg 1995 (S. 114).

³⁹⁴ Siehe näher S. 71 bei und in Fn. 354.

liche Einladung zur Umkehr, ein Appell an den Gläubigen zum Umdenken seines Verhaltens“.³⁹⁵ Die Überzeugungskraft dieser Aussage leidet jedoch darunter, dass sie gleichzeitig in aller Deutlichkeit hervorhebt, das kirchliche Strafen generell sehr wohl Zwangsausübung ist.³⁹⁶ Es kann – so heißt es später zusammenfassend – „keinen Zweifel daran geben, dass mit dem Begriff *coercere* in can. 1311 CIC ein wirklicher Zwang und nicht nur eine moralische Zurechtweisung oder brüderliche Ermahnung gemeint ist. Die Kirche übt insofern wirklichen Zwang aus [...] auch gegen den Willen des Betroffenen.“³⁹⁷ Unvermittelt heißt es daran direkt anschließend: „Die von der Kirche in diesem Sinn ausgeübte Zwangsgewalt steht jedoch [...] nicht im Gegensatz zu der vom II. Vatikanum postulierten Glaubensfreiheit“. Dann wird nochmals der Appellcharakter einer Exkommunikation vorgetragen, weswegen diese „nicht zur Umkehr“ zwingt.³⁹⁸

Hier besteht also ein Widerspruch zwischen genereller Bejahung einer Zwangswirkung und der Behauptung des bloßen Appellcharakters mit Blick auf die Gewissensfreiheit. Ein wenig Zwang, aber doch nicht so richtig?³⁹⁹ Oder sollen hier zwei verschiedene Zwangsbegriffe gelten, wobei derjenige der Gewissensfreiheit strengere Maßstäbe beinhaltet?⁴⁰⁰ Dies hätte zumindest eine nähere Begründung erfordert. Oder meint der Verweis auf die Pflicht, die Gemeinschaft mit der Kirche zu wahren, dass in einem solchen Fall von Zwang nicht so schnell die Rede sein kann? Auch das kann als Begründung nicht greifen. Zwar könnte sie sich insoweit auf den AQUINATEN berufen, doch findet, wer sich etwa die Gewissensfreiheit im Weltkatechismus betrachtet, keinen Anhaltspunkte mehr dafür, diese gelte nur für Nichtgetaufte bei der Glaubensannahme, nicht aber für das Verharren im Glauben.⁴⁰¹

³⁹⁵ SCHAAF, Der Kirchliche Strafanspruch (Fn. 13, 2007), 274.

³⁹⁶ SCHAAF, Der Kirchliche Strafanspruch (Fn. 13, 2007), 211–212 schließt aus der vom CIC verwendeten Begrifflichkeit (insbesondere „*coercere*“ in can. 1311 CIC), aber auch unter Rückgriff auf Beispiele darauf, dass kirchliches Strafrecht Zwangsmaßnahmen beinhalte.

³⁹⁷ SCHAAF, *ibid.*, S. 284.

³⁹⁸ SCHAAF, *Ibid.* Vgl. darüber hinaus ebenda die Fn. 275: „Auch Strigl weist darauf hin, dass die Kirchenstrafe ihren vollen Sinn nur habe, wenn sie eine Verpflichtung im Gewissen mit sich brächte, nicht nur ein äußeres Sich-beugen [mit Nachweis]. Dies heißt jedoch nicht, dass die Strafe der Exkommunikation, die konkrete Rechtsfolgen nach sich zieht (vgl. can. 1331 CIC), *nur* ein Appell wäre, diese Funktion kommt ihr aber in manchen Fällen, v. a. im Hinblick auf die Besserungsstrafen, zusätzlich zu.“ Was mit „zusätzlich“ gemeint sein soll (soll in diesem Sonderfall dann der Zwangscharakter „überdeckt“ und verdrängt werden? Warum?), wird nicht erläutert.

³⁹⁹ Oder geht es darum, dass schon deshalb Zwang da sein solle, insoweit rein faktisch etwas verboten ist, ob man es nun will oder nicht. Ob darüber hinaus spezifisch zur Umkehr gezwungen werde, sei aber damit noch nicht beantwortet und könne widerspruchsfrei verneint werden. Auch ein solcher möglicher Einwand zur Vermeidung des Widerspruchs griffe nicht. Zwang ist immer relational, indem er den Einzelnen zu einem bestimmten Ziel hin bestimmen will. Zwang erschöpft sich nicht allein im bloßen Verbot. Das Verbot ist nur das (möglicherweise als Zwang zu wertende) Mittel, mit welchem das Ziel erreicht werden soll. Und dieses Ziel sind hier die Strafzwecke. Wenn Strafrecht etwa als Zwang mit Blick auf den Schutz des Glaubensgutes verstanden wird, fragt es sich eben, weshalb Strafrecht dann nicht als Zwang mit Blick auf den Besserungszweck zu werten ist.

⁴⁰⁰ Vgl. auch den Hinweis, die Kirche dürfe keine „psychischen Druckmittel“ benutzen, *ibid.* S. 298. Weshalb eine Exkommunikation allerdings – zumindest im Einzelfall – nicht als psychisches Druckmittel wirken könnte, lässt sich nicht ohne weiteres nachvollziehen.

⁴⁰¹ Zudem gilt das Strafrecht ohnehin nur für Getaufte, genauer gesagt, für Katholiken.

Hinzuweisen ist auch auf die Darlegungen von DE PAOLIS. Er lässt ebenfalls keinen Zweifel daran, dass kirchlichem Strafrecht generell Zwangsgewalt zukommt.⁴⁰² Andererseits beschreibt er eindringlich, dass das Strafrecht ein „alarm-call“ sei, um eine innerlich im Gewissen angenommene Läuterung auf den Weg zu bringen. Insoweit ist es eine bloße Einladung.⁴⁰³ Die Religionsfreiheit als solche sei dabei nicht betroffen, da niemand gezwungen sei, in der Kirche zu verbleiben.⁴⁰⁴

Zwar ist zutreffend, dass kirchliche Sanktionen aus dem Blickwinkel staatlich garantierter Religionsfreiheit keine rechtfertigungsbedürftigen Eingriffe darstellen, da die Möglichkeit des Austritts gegeben ist.⁴⁰⁵ Das ist aber irrelevant für die Frage, ob kanonische Strafe in die Gewissensfreiheit nach *kirchlichem* Verständnis eingreift. Insoweit beschreibt auch DE PAOLIS nur, wie es – im Idealfall – sein sollte, dass nämlich der Betroffene die Strafe als letzten Appell begreift und daher eine innerliche Umkehr beginnt. Es ist aber damit nichts dazu ausgesagt, ob nicht kanonische Strafe die Wirkung haben kann, dass jemand ohne innerliche Umkehr sich gezwungen sieht, gemäß der Strafe zu handeln und ob das dann gegen die Gewissensfreiheit verstößt. Es bleibt also ein Zwiespalt, wenn bei DE PAOLIS einerseits abstrakt betrachtet eine Zwangsgewalt beschrieben wird, dann aber apologetisch der Eingriff in die Gewissensfreiheit verneint wird.

Diese auch von SCHAAF nicht ausreichend erläuterte Widersprüchlichkeit kann hier allerdings dahinstehen, da die Ansicht, Strafe sei nur dringlicher Appell, prinzipiell sehr wohl vertreten werden kann, indem man entweder Strafe generell Zwangscharakter abspricht oder aber einen differenzierten Zwangsbegriff vertritt, der mit Blick auf die Gewissensfreiheit anders zu bestimmen wäre (letzteres gilt insbesondere für DE PAOLIS, da dieser Zwang als Spezifikum kirchlicher Strafe explizit nicht theologisch, sondern nur kanonistisch beschreiben will⁴⁰⁶). Es bleibt also weiterhin zu prüfen: Ist Strafe nur eine Einladung an das Gewissen, aber kein Zwang im Sinne der Gewissensfreiheit?

(3) Unbegrenzte Willensfreiheit verhindert sichere Rückschlüsse

Zunächst ist dazu festzuhalten, dass das Argument keineswegs zwingend ist, ein Gewissens-
eingriff sei ausgeschlossen, da dem Exkommunizierten noch immer sein freier Wille verbleibe.

⁴⁰² DE PAOLIS, Penal Sanctions, Penal Remedies and Penances, in: *The Penal Process* (Fn. 9, 2005), beispielsweise 147: ‘Coercive power ... must be seen as intrinsic to the very nature and mission of the Church’, siehe auch S. 150, Fn. 3, zur theologischen Einordnung der Zwangsgewalt; vgl. weiterhin noch 168–169; 178–179.

⁴⁰³ *Ibid.*, S. 158–159.

⁴⁰⁴ ‘In reality the nature of the penalties in the Church is such as to have a restraining force only in the degree to which a person wishes to remain a member of the community. But it does not force anyone to remain within it, or stop anyone from leaving.’ *Ibid.*, S. 168, Fn. 19.

⁴⁰⁵ Siehe dazu detailliert unten beginnend ab S. 177.

⁴⁰⁶ Siehe die Nachweise in Fn. 402.

Denn in einer solchen Argumentation liegt immer auch eine Gefahr. Wie wäre überhaupt ein *unfreier Wille* zu definieren?⁴⁰⁷ Zeigt nicht gerade die kirchliche Geschichte in vollem Reichtum, dass für den Christen sein Wille nicht durch äußere Maßnahmen gebrochen werden kann?

Die zahlreichen Märtyrer sind es, die das Wort mit ihrem Blut bezeugen, dass die äußeren Mächte der Welt nicht zu fürchten sind: „Fürchtet euch nicht vor denen, die den Leib töten, die Seele aber nicht töten können“ (Mt 10, 28). Gerade die um Christi willen Verfolgten haben die Freiheit in ihrer radikalsten Form gelebt: „Von allen Seiten werden wir in die Enge getrieben und finden doch noch Raum“ (2 Kor 4, 8). Folglich bedeutet selbst ein Todesurteil keinen *absoluten Zwang*.

Doch zynisch ist, wer behauptet, die freie Annahme des Todes zeige, dass nicht Zwang war, was dort geschah. Mit dem Argument verbleibenden freien Willens könnte beinahe jede denkbare Handlung als eine solche ohne Zwangswirkung beschrieben werden.⁴⁰⁸

Eines ist deutlich geworden:⁴⁰⁹ Die Wirkung gerade einer kirchlichen Strafe wie der Exkommunikation ist konstitutiv abhängig vom Bestraften selbst. Im alltäglichen Sprachgebrauch bestünde keine Schwierigkeit, Gefängnis, Folter und Todesurteil als Zwang, eine ernsthafte Ermahnung dagegen als Respekt bewahrende, gewaltfreie Aufforderung zu qualifizieren. Die Exkommunikation jedoch einer der beiden Gruppen zuzuordnen, fällt schwerer.⁴¹⁰ Auch gibt es gerade mit Blick etwa auf die Glaubensstraftaten des can. 1364 CIC keinen „Durchschnittstäter“, der zur näheren Bestimmung der Zwangswirkung nach Mitteln der Demoskopie hätte herangezogen werden können.

Einstweilen mag unentschieden bleiben, welche Folgerungen daraus zu ziehen sind. Doch gilt es nun, ein mögliches Kriterium zur Bestimmung der Zwangswirkung näher in den Blick zu

⁴⁰⁷ Nicht näher aufgegriffen werden kann hier die philosophische Anfrage des Determinismus an das Christentum. Hingewiesen sei auf die allerdings teils sehr fraglich begründete Auffassung, der Ausschluss freien Willens sei klar durch die Wissenschaft bewiesen. Neurobiologische Forschungen bewiesen nämlich die Determiniertheit menschlichen Handelns (vgl. SINGER, Neues Menschenbild? Frankfurt a. M. 2003, 13: die Vorstellung, frei zu sein, sei „inkompatibel mit dem, was wir über die Funktion unserer Gehirne gelernt haben“.) Siehe dazu ferner ROTH, Sicht des Gehirns (2003), S. 169–170; SCHIEMANN, NJW 2004, 2056, 2059.

Zur zutreffenden Gegenansicht siehe OTTO, Grundkurs Strafrecht, AT, Berlin 2004, § 1, Rn. 63; REINELT, NJW 2004, 2792 passim; SCHOCKENHOFF, Beruht die Willensfreiheit auf einer Illusion?, Basel 2004, passim, insbesondere 14–28.

⁴⁰⁸ In dieser Richtung recht weitgehend vgl. auch MAY (S. 80 bei Fn. 379), wenn er davon spricht, kirchliche Strafe sichere nun einmal die Lauterkeit des Gewissensurteil des Abweichlers, da dieser sich jetzt echtem Widerstand gegenüber sähe. Hier muss stattdessen ernsthafte die Möglichkeit einer Qualifizierung als Zwang geprüft werden, zumal eben den Bedenken MAYS, das Rechtssystem könnte bei mehr Beachtung der Gewissensfreiheit zusammenbrechen, durch die selbständige Betonung anderer Strafzwecke die Grundlage entzogen werden kann.

⁴⁰⁹ Ludwig THOMA berichtet vom Vagabunden, der sich jeweils im Herbst bemüht, Seine Majestät zu beleidigen: Strafe muss sein, doch der harte Winter lässt sich im Gefängnis besser verbringen als auf der Straße. Auf diese Ausführung zur Wirkung der Strafe macht GEROSA, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam (Fn. 6, 1995), 263, aufmerksam.

⁴¹⁰ Wobei dies gerade in heutiger Zeit schwer fällt; dass in früheren Zeiten aufgrund der damit einhergehenden Wirkungen eine Exkommunikation als Zwang zu werten war, ist leichter zu begründen, siehe etwa HUINZING (Fn. 30) Concilium 3 (1967), 658.

nehmen. Bleibt nämlich die Reaktion des Exkommunizierten schwer vorhersehbar, liegt der Gedanke nahe, die Qualifizierung abhängig von der Intention des Strafenden vorzunehmen, und zwar hier zunächst abstrakt betrachtet von der Intention der Kirche selbst.

(4) Kirchliches Selbstverständnis

Die Argumentation, kirchliche Strafen dadurch vor der Gewissensfreiheit zu rechtfertigen, dass es diesen an der Zwangswirkung mangle, mag sich von daher als zweiseitiges Schwert erweisen. Will nämlich die Kirche ihre Strafmaßnahmen überhaupt als bloßen Appell bzw. Einladung verstanden wissen?⁴¹¹ Wird zudem – objektiv betrachtet – die Auffassung, es gebe keine Zwangswirkung, der konstitutiven Bedeutung gerecht, die die Sakramente als geistige Wirklichkeit bezeichnen?⁴¹²

Die Kirche hat sich in ihrer Vergangenheit vehement der Auffassung widersetzt, sie sei nicht von Christus auch bevollmächtigt worden, mit allen als notwendig erscheinenden Mitteln ihre Rechte zur Geltung zu bringen. Geht es um Strafzwecke, die wegen überwiegender Interessen prinzipiell nicht durch die Gewissensfreiheit begrenzt werden (etwa Schutz der *communio fidei*), soll da die Möglichkeit und das Vorhandensein von Zwang a priori ausgeschlossen sein? Pointiert gefragt: Begibt man sich damit nicht unbewusst in die Nachfolge des MARSILIUS von Padua⁴¹³? So führt denn auch STRIGL aus, die Qualifizierung dürfe keineswegs von der schwankenden Reaktion des Bestraften abhängig gemacht werden, sondern Strafe sei nach ihrem Wesen⁴¹⁴ zu erfassen: „Wie immer es ein Bestrafter auffassen mag, von der objektiven Naturordnung her gesehen ist Strafleiden eine Sühne“.⁴¹⁵

⁴¹¹ Vgl. insoweit beispielsweise die Argumentation, wonach auch zwingende Maßnahmen nötig sein können, bei MARZOA, Introduction cc. 1311–1399, in: Exegetical Commentary on the Code of Canon Law, Vol IV/1, hrsg. v. dems. u. a., Montréal 2004, 200–201.

⁴¹² Zu bedenken ist insoweit auch, dass bei der Verweigerung der Sakramente zumindest mitzubedenken ist, dass der Kirche Binde- und Lösegewalt zukommt (auf diesen Gedanken machte mich Prof. LÜDICKE aufmerksam). Vgl. auch die Beschreibung der Wegnahme der Heilmittel durch die Kirche im Wege der Strafverhängung bei DE PAOLIS, Penal Sanctions, Penal Remedies and Penances, in: The Penal Process (Fn. 9, 2005), 156: ‘A person is deprived of a good which is necessary for his or her spiritual journey, for salvation. Without these goods, salvation becomes somehow more difficult to achieve’. Bezeichnender Weise besteht bei DE PAOLIS daher auch ein gewisser Widerstreit zwischen seiner Position, einen Eingriff in die Gewissensfreiheit abzulehnen, gleichzeitig aber sehr wohl die Ernsthaftigkeit und auch die Zwangswirkung kirchlichen Strafrechts zu betonen, siehe soeben beginnend S. 84, bei Fn. 402.

⁴¹³ Vgl. dazu oben ab S. 22. In Richtung eines solchen Vorwurfs gegenüber der Vorstellung einer „Kirche der freien Gefolgschaft“ tendiert die Auffassung von SEBOTT, Das kirchliche Strafrecht (Fn. 19, 1992), 21, Fn. 11. Siehe ferner PLÖCHL, Geschichte des Kirchenrechts, Bd. V (Fn. 6, 1969), 31–33, insbesondere 31 zu von der Kirche bekämpften Ansichten, die den Strafcharakter der Exkommunikation leugneten.

⁴¹⁴ Auch der Verweis darauf, man nehme im Sinne eines Selbstausschlusses einzig das Handeln des Täters ernst, in dem man ihm die Konsequenzen aufzeige, *bestrafe* ihn aber nicht (vgl. etwa oben S. 80, in Fn. 378), kann mit Verweis auf die staatliche Sphäre zumindest hinterfragt werden. Denkt man an KANT und HEGEL als Vertreter der sog. absoluten Straftheorie, dann ist Strafe notwendig nichts anderes als ein Ernstnehmen des Handelns des Täters – Auge um Auge bzw. „Negation der Negation“ (HEGEL) –, und bleibt trotz dessen sehr wohl Strafe, siehe hierzu KANT, Metaphysik der Sitten (1797), nach § 49, Anm. E I (S. 158–162); HEGEL, Philosophie des Rechts (1821), § 99, Zusatz (S. 186).

⁴¹⁵ STRIGL, Kirchenstrafen, in: HdbKathKR (Fn. 24, 1983), 924.

Ein endgültiges Argument nunmehr *für* die Qualifizierung als Zwang ist jedoch auch hiermit nicht gewonnen.⁴¹⁶ Bei dem soeben aufgezeigten kirchlichen Selbstverständnis klingt schließlich auch die *societas-perfecta*-Lehre an. Kann dieser aber, auch wenn sie noch nicht als vollständig überwunden gelten mag, entscheidende Bedeutung zukommen?⁴¹⁷

Für eine Qualifizierung als Zwang spricht allerdings die geistige Dimension, die nach kirchlichem Verständnis – ganz unabhängig vom Streit um die *societas perfecta* – keineswegs weniger wahr ist als die sichtbare.⁴¹⁸ Die Bedeutung der konsekrierten Hostie etwa ist mit rein weltlich-immanentem Verständnis nicht zu begreifen. Wenn und weil die Eucharistie „Quelle und Höhepunkt des ganzen christlichen Lebens“ (LG 11)⁴¹⁹ sowie „Inbegriff und Summe unseres Glaubens“ (KKK Nr. 1327) ist, kann man da noch das – u. a. – aus der Exkommuni-

⁴¹⁶ Mit Blick auf MARSILIUS sei angemerkt, dass ihn eine antikirchliche Stoßrichtung kennzeichnete, die einer Vergleichbarkeit entgegensteht. Das Weniger an Zwang auf Seiten der Kirche sollte das Mehr auf Seiten der weltlichen Macht begründen. Um solches Argumentieren geht es hier nicht.

In diesem Sinn ist zu erkennen, dass es hier nicht das Anliegen ist, der Kirche insgesamt Zwang zu verweigern, wie dies bei denjenigen geschieht, die in der Tradition des MARSILIUS stehen. Hier geht es enger nur darum, die Frage nach dem Zwang mit Blick auf den bloßen Besserungszweck zu behandeln. Unterstellt, es gebe einen weltlichen Staat, innerhalb dessen die Kirche – ohne Verstoß gegen die Religionsfreiheit – Geldstrafen gegen ihre Glieder verhängen könnte: Das hier diskutierte Verbot des Zwanges gälte dann nur für den Besserungszweck, nicht aber für andere Strafzwecke. Dass also hier die Zwangswirkung notwendig auch mit Blick auf andere Strafzwecke geprüft wird, liegt an der bloß faktischen zzt. bestehenden Einheitlichkeit der Strafe, nicht aber an der „kirchenkritischen“ Intention des Überprüfenden.

Insbesondere aber gilt es darauf hinzuweisen, dass es möglicherweise Ergebnis des hier vorgelegten Gedankenganges sein kann, dass *nicht immer* Zwang vorliegt. Wenn es in diesem Sinne nun sich zeigte, dass zumindest mitunter oder sogar oft Zwang im Einzelfall vorliegt, so sind die hier dargestellten Bedenken von vornherein gegenstandslos: Der Kirche würde dann nicht mehr abgesprochen, es stehe nicht in ihrer Macht, Zwang auszuüben.

⁴¹⁷ Vgl. die Kenntnisnahme des Misstrauens gegen Spuren absolutistischer Macht bei Papst PAUL VI., sogleich Fn. 421.

⁴¹⁸ Unbefangen ist nämlich über die Frage dann zu diskutieren, wenn man zuvor – wie bei LÜDICKE möglich – deutlich gemacht hat, dass allgemein Zwang möglich ist, um die *communio* bzw. das *depositum fidei* zu schützen. Hinzufügen mag man mit MARZOA, dass insoweit der Einzelne zudem an die Möglichkeit zu erinnern ist, die Kirche verlassen zu können, wenn er mit solchem Zwang nicht zurecht kommt. Der Sache nicht gerecht jedoch wird MARZOA, wenn er aus der Austrittsmöglichkeit schließt: ‘Where, then, is the opposition between “the freedom of the act of faith” and penal law?’ (MARZOA, Introduction cc. 1311–1399, in: Exegetical Commentary (Fn. 411, 2004), 200).

Die Antwort ist: Wenn ein Mensch aufgrund kirchlicher Strafe von den sakramentalen Heilmitteln ausgeschlossen wird, dann ist zu prüfen, ob dies nicht dazu führt, dass er allein aufgrund des dadurch erzeugten psychischen Drucks von der bestraften Haltung ablässt, ohne zuvor sich im Gewissen überzeugen zu lassen. Hier *kann* ein Konflikt vorliegen. Eben weil gleichzeitig klar ist, dass die Rechtsordnung aufgrund anderer Strafzwecke sich sehr wohl zu verteidigen weiß, gilt es, die Situation vorbehaltlos zumindest dann zu überprüfen, wenn eben kein anderer tragender Sinn in der Strafverhängung besteht, als diesen Täter zu bessern. Bei bloß mechanischer Erfüllung des Gebots steht überdies nicht nur die Frage eines Verstoßes gegen das Zwangsverbot in Rede. Zudem ist dann das bezweckte Ziel nicht erreicht, da Besserung ohne Freiwilligkeit nicht gegeben sein kann. Das Vorliegen von Zwang ist dann ein untaugliches Mittel, das immer zur Zweckverfehlung führt.

⁴¹⁹ Übersetzung nach KKK Nr. 1324.

kation folgende Verbot der Kommunion anders als einen höchst ernststen Zwang begreifen?⁴²⁰
Spricht etwa Papst PAUL VI. nicht mit Recht von einer „so harten Maßnahme“?⁴²¹

Andererseits: Bei aller Betonung der geistigen Dimension: Die Bedeutung freien Willens ist ebenso eine Weisheit, die die Kirche in ihrem Glaubensgut verankert hat. Auch dies ist bei der Beurteilung der Wirkung zu beachten. Entzieht sich die Wirkung einer Exkommunikation nicht ohnehin solchen Kategorisierungen? Ist sie möglicherweise nicht allein treffend mit dem Wort beschrieben, dass so häufig bei Zweideutigkeiten von Juristen bemüht wird: Handelt es sich um eine Maßnahme sui generis?

c) **Fehlende Zwangswirkung mit Blick auf das kirchliche Recht, die Spendung der Sakramente zu ordnen**

Bei unbefangener Betrachtungsweise kommt jedoch ein Gedanke zum Tragen, der möglicherweise den Ausschlag gibt, eine Zwangswirkung der Strafe abzulehnen. Schließlich kann man – denkt man sich den Straftäter und die Kirche als zwei im Streit liegende Kontrahenten – das Begehren des Exkommunizierten dahingehend verstehen, dass es ihm um die Erweiterung seines eigenen Freiheitsraumes geht. Spricht man der Kirche das insoweit selbstverständliche Recht zu, die Spendung ihrer Sakramente zu ordnen (vgl. can. 841 CIC), so wird die Exkommunikation zur bloßen Verweigerung der Rechtserweiterung. Eine Zwangswirkung wegen „Wegnahme“ scheidet aus. Denn hier wird nicht genommen, was dem Täter zuvor schon zustand, sondern aus dem, was der Kirche als ihr Eigenes zugeordnet ist, wird etwas nicht (mehr) gewährt.⁴²²

⁴²⁰ Zumindest insoweit ist mit STRIGL bei der Qualifizierung der Strafe als Zwang davon zu abstrahieren, ob ein Exkommunizierter sich an ein solches Verbot tatsächlich hält – ganz unabhängig von der Frage nach der Fruchtbarkeit eines solch verbotenen Sakramentenempfanges.

⁴²¹ Siehe dessen Ansprache an die Sacra Rota Romana vom 29. Januar 1970, AAS 62 (1970), 111–118 zur geplanten Revision des CIC, bei dem die Frage nach der Strafgewalt damals noch als offen betrachtet wurde: „Dies alles betrifft z. B. [...] Exkommunikationen, welche die heutige große Sensibilität gegenüber Begriffen der Ausgrenzung hervorrufen wie gegenüber Spuren einer absolutistischen Macht, die längst untergegangen ist. Und dennoch darf man nicht vergessen, dass auch die Zwangsgewalt [sic!] in der Erfahrung der Urkirche verwurzelt ist“, dass sich also letztlich eine „so harte Maßnahme“ verstehen lasse (mit Blick auf den Ausschluss bei 1 Kor 5). Übersetzung des Textes nach GEROSA, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam (Fn. 6, 1995), 117. Wiedergabe der Rede bei http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/speeches/1970/documents/hf_p-vi_spe_19700129_anno-giudiziario_it.html (eingesehen am 20.2.2008) unter Punkt 3 c (entspricht S. 117 bei AAS).

⁴²² Der Gedanke, der dieser Fragestellung zugrunde liegt, kann auch wie folgt entfaltet werden: Im staatlichen Recht, beispielsweise bei der Diskussion über die widerrechtliche Drohung bei Abgabe einer Willenserklärung, stellt sich die Frage, woraus die *Widerrechtlichkeit* resultieren kann. Dabei heißt es, dass es an einer Widerrechtlichkeit dann fehle, wenn das Einwirkungsmittel des Drohenden rechtmäßig sei (Beispiel: Jemand „droht“ nach einem Verkehrsunfall damit, die Polizei hinzuzuziehen, sofern nicht (Zwang!) der Unfallgegner schriftlich bescheinige, die Alleinschuld zu tragen). Ähnlich hierzu ist mit Blick auf die Einwirkung auf die Gewissensfreiheit durch kirchliche Strafe nachzuprüfen, ob das Strafmittel als solches besonders legitimiert (im Vergleich: „rechtmäßig“) sein könnte. Diese Legitimation wiederum könnte daraus erwachsen, dass die Kirche mit einer Exkommunikation nur das ordnet, was ohnehin ihr eigenes Recht i. S. d. can. 841 CIC darstellt. Wäre das der Fall, so könnte dann geschlossen werden: Die Einwirkung aufgrund eines derartig legitimierten Strafmittels darf stärker sein als die Einwirkung aufgrund eines sonstigen „neutralen“ Strafmittels. Dies ist vom

Auch solches Verständnis wird der Lebenswirklichkeit Kirche jedoch keineswegs gerecht: Kirche ist als Heilssakrament immer auf die Einzelnen hingeeordnet. Ihr sakramentales Wirken ist nicht kirchlicher Selbstzweck, sondern konkreter Weg zum Heil. Die Kirche kann nicht anders, als gerade diesen Weg einem jeden Einzelnen aufzuzeigen. Wenn deshalb die Kirche – schon immer –⁴²³ ein grundsätzliches Recht des Gläubigen auf Sakramentenempfang kannte (vgl. can. 213 CIC), so zeigt das an, dass dem Gläubigen hier nicht etwas von außen Kommendes gewährt wird. Vielmehr kann die Kirche nicht anders, als aufgrund der zentralen Bedeutung der Sakramente dem Einzelnen ein solches Recht zu gewähren.⁴²⁴ Auch wird Kirche durch jeden einzelnen Getauften mitkonstituiert, sodass schon ein solch strenger Gegensatz beider Streitenden als zweifelhaft erscheint.

Deshalb ist das Recht auf Sakramentenempfang eine Position, die dem Einzelnen in solch einer Weise zugeordnet ist, dass ihre Wegnahme nicht bloß derart betrachtet werden kann, dass hier ein Freiheitswunsch auf Erweiterung des eigenen Rechtskreises abgelehnt wird.

d) Fehlende Zwangswirkung mit Blick auf die ohnehin fehlende Disposition der Straftäter

Schwerer wiegt ein anderer Gedankengang, auf den sich in anderem Zusammenhang gerade auch GEROSA beruft.⁴²⁵ Sollte nämlich die schwere Sünde Voraussetzung der Exkommunikation sein, so ist Letztere nicht mehr kausal für das Verbot des Sakramentenempfangs. Mangels rechter Disponierung i. S. d. can. 843 § 1 CIC bzw. mit Blick auf die hier im Vordergrund stehende

Einzelnen (resp. seiner Gewissensinstanz) in höherem Maße hinzunehmen, vergleichbar der eben beschriebenen Situation aus dem staatlichen Rechtskreis.

Das staatliche Strafmittel Gewalt (sei es durch Freiheitsentzug, sei es durch Geldstrafe) hat jedenfalls keinerlei derartige Legitimation auf seiner Seite.

⁴²³ Zur Anciennität dieses Rechtes, dass durch das Zweite Vatikanische Konzil in seinem Stellenwert besonders betont wurde, vgl. REINHARDT, Das Recht der Gläubigen auf Sakramentenempfang, Katechetische Blätter 1991, 614.

⁴²⁴ Vgl. mit Blick auf die Eucharistie beispielsweise die Beschreibung und Qualifizierung als Grundrecht bei AHLERS, Eucharistie, in: *Ecclesia a sacramentis*, hrsg. v. ders. u. a., Paderborn 1992, 18–19.

⁴²⁵ Vgl. GEROSA, Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam (Fn. 6, 1995), beispielsweise 227, 245: Die Zwangswirkung der Exkommunikation bestehe aufgrund dessen, dass der Sakramentenempfang schon wegen der schweren Sündhaftigkeit ausgeschlossen sei, nur mit Blick auf die erschwerte Beichtmöglichkeit. Dies wiederum könne als Buße verstanden werden, sodass GEROSA i. E. jeden Zwang ablehnt, vgl. dazu schon oben S. 16, Fn. 72.

Diese Argumentationsweise wird aber sehr wohl – theologisch gewendet – auch von anderen, insbesondere von LÜDICKE aufgegriffen. Denn die fehlende Kausalität wird doch auch von LÜDICKE als Argument herangezogen, um eine Zwangswirkung zumindest für einen bedeutenden Teil in Betracht kommender Straftaten zu verneinen, nämlich im Fall des bloß „deklaratorischen“ Exkommunizierens in Folge eines zuvor schon erfolgten Selbstausschlusses. Nun fragt es sich, weshalb nicht derselbe Gedanke mit Blick auf diese Strafe (Exkommunikation) auch im Allgemeinen fruchtbar gemacht werden kann?

Vgl. zu allem jedenfalls LÜDICKE, zitiert oben S. 23, Fn. 82. Er führt für diese Fallgruppe also aus, dass nicht etwa Zwang *gerechtfertigt* sei wegen des höherwertigen Schutzes der *communio fidei*, sondern dass Zwang gar nicht erst vorliege. Er bedient sich hierbei also nicht der Argumentation, derer er erst für die Fallgruppe der Exkommunikation ohne vorherigen Selbstausschluss (zumindest implizit) dann bedarf: Dass nämlich das höherwertige Rechtsgut hier die Berufung auf die Gewissensfreiheit verdrängt und daher auch Zwang rechtfertigt.

Eucharistie nach can. 916 CIC (*lex specialis*) dürfte der sich einer schweren Sünde Bewusste ohnehin nicht den Leib des Herrn empfangen.

Es ist allerdings zumindest nicht unumstritten, ob tatsächlich die dem *forum internum* zuzuordnende Frage der schweren Sünde tatsächlich zum Tatbestand der Strafnormen zu rechnen ist.⁴²⁶ Hinzukommt, dass auch bei denjenigen, die eine solche Voraussetzung fordern, anerkannt wird, dass die Prüfung dieses Merkmals nach für das *forum externum* angepassten Regeln vonstatten gehe.⁴²⁷ Schon dies impliziert aber die Möglichkeit eines sich widersprechenden Ergebnisses und spricht damit auch gegen einen zwingenden Rückschluss von Bestrafung auf eine gleichzeitig damit einhergehende fehlende Disposition i. S. d. can. 916 CIC. Überdies: Zeigt nicht die von LÜDICKE aufgezeigte Notwendigkeit, dass sich die Kirche zuweilen von einem Straftäter allein um des Schutzes des *depositum fidei* willen muss trennen können, dass es folglich auf eine schwere Sündhaftigkeit nicht ankommen sollte?⁴²⁸ Der Gedanke, inwieweit die etwaig mit der Tat einhergehende schwere Sünde schon vor Strafverhängung wesentliche Folgen der Exkommunikation vorwegnimmt⁴²⁹ und auf diese Weise die Zwangswirkung entfallen lässt, soll hier jedenfalls nicht weiterverfolgt werden.⁴³⁰

Dies gilt umso mehr, wirft man mit einen Blick auf die faktischen Folgen kirchlicher Strafe sowie auch auf can. 915 CIC. Schließlich wird von Autoren bei der Frage des Zwangs – wohl zu Recht – auch auf faktische Folgen verwiesen.⁴³¹ Insoweit aber gilt, dass der Übergang von schwerer Sünde zur Strafe ganz unabhängig von der Frage nach dem Sakramentenempfang einen

⁴²⁶ Vgl. die Nachweise oben S. 17, Fn. 75. Allgemein zu diesem Streit, der auch unabhängig von der hier nachgezeichneten Strafzweckdiskussion besteht, siehe ausführlich PREE, *Imputabilitas*, ÖAfrK 38 (1989), 226–243, mit Nachweisen zur Ansicht, die schwere Sünde verlangt, in 226, Fn. 4; vgl. so etwa – explizit gegen PREE – auch MÜLLER, *Warum und wozu kirchliche Sanktionen?*, in: „Strafrecht“ in einer Kirche der Liebe (Fn. 6, 2006) 199, Fn. 51; siehe auch die Auseinandersetzung in Fn. 52. PREE selbst will in diesem Aufsatz *de lege ferenda* auf das Vorliegen schwerer Sünde verzichten.

⁴²⁷ Siehe die Nachweise auf MICHIELS u. a. bei PREE, *ibid.*, 229.

⁴²⁸ Siehe dazu oben die Darstellung der überzeugenden Auffassung ab S. 14. Ähnlich auch PREE, *ibid.*, 231 sowie 241, Fn. 42, zum Fall eines *bona fide* vollzogenen Bruchs mit der Kirche: Auch ohne schwere Sünde müsse hier die Möglichkeit der Exkommunikation gegeben sein. Siehe andererseits gegen die Praxisrelevanz eines solchen Falles MÜLLER, *Warum und wozu kirchliche Sanktionen?*, in: „Strafrecht“ in einer Kirche der Liebe (Fn. 6, 2006), 200, Fn. 52. Das Beispiel PREEs scheint allerdings sehr wohl praxisrelevant werden zu können. Unterstellte man, dass die fest und exklusiv mit der Priesterbruderschaft St. Pius X (LEFEBVRE) verbundenen Anhänger sich seit den verbotenen Bischofsweihen 1988 im Schisma befinden, so ist unschwer zu erkennen, dass diese Gemeinschaft alles daran setzt, ihren Anhängern den „guten Glauben“ an das Nichtvorliegen eines Schismas möglich zu machen (vgl. überdies den Abdruck einiger einschlägiger kirchlicher Dokumente bei WOESTMAN, *Ecclesiastical Sanctions and the Penal Process*, Ottawa 2000, 192–197).

⁴²⁹ Selbst wenn man das Gegebensein schwerer Sünde als Voraussetzung jeder Straftat sieht, bliebe zu überlegen, inwieweit die dann gegebene Verquickung von Sünde und Straftat es zulässt, die Vorschriften zur rechten Disponierung als gänzlich eigenständige Regelung zu sehen, von der die strafrechtliche Sanktionierung scharf abzugrenzen ist. Dies hätte schließlich die Folge, dass dann die strafrechtliche Sanktionierung tatsächlich weitestgehend nur noch deklaratorischen Charakter hätte.

⁴³⁰ Erwähnt sei, dass die Rechtsfolgen der Exkommunikation ohnehin weitergehend sind, vgl. SCHAAF, *Der Kirchliche Strafanspruch* (Fn. 13, 2007), 264.

⁴³¹ In einer homogenen mittelalterlichen Gesellschaft mag eben allein aufgrund solcher Folgen eine Zwangswirkung einer Exkommunikation gegeben sein, wie dies bisweilen hervorgehoben wird, siehe S. 75, Fn. 365, S. 80, Fn. 380.

markanten Schritt bedeutet. Es bedarf hierzu nicht einer theologischen Erörterung, inwieweit der Sündenbegriff zwingend subjektive Elemente enthält. Ausreichend ist, sich zu verdeutlichen, dass – *insoweit* jedenfalls subjektiv – ein etwaiger Delinquent den Gedanken, eine schwere Sünde zu begehen, auch gegen die lehramtliche Auffassung gut zu verdrängen bzw. nicht anzuerkennen vermag. Beispielhaft angenommen, die Bewegung der Anhänger LEFEBVRES befinde sich im Schisma,⁴³² so werden diese Anhänger wohl wenig Sorge darum haben, *sie* seien es, die eine schwere Sünde begingen. Wird aber die schwere Sünde nicht anerkannt, so ergeben sich – zumeist –⁴³³ auch keine messbaren Folgen bei der Sakramentenspendung.

Der äußere Akt kirchlicher Strafverhängung nun markiert eine entscheidende Weichenstellung, als die eigene Auffassung sich in ganz anderem Maße mit der kirchlichen Sichtweise konfrontiert sieht als bei der Frage nach dem Vorliegen schwerer Sünde.⁴³⁴ Kirchliches Strafhandeln „nötigt“ dann in einer Weise zur Selbstüberprüfung, die vorher keineswegs in vergleichbarer Weise erreicht war. Auch wird das Außenverhältnis zu anderen Personen entscheidend geprägt, wenn mit kirchlicher Autorität ein solches Verdikt gesprochen ist, das eben nicht gegenüber anderen leichterhand verdrängt werden mag. Diese faktische Änderung, allein durch kirchliche Bestrafung ausgelöst, kann also sehr wohl deutliche Folgen haben, wie auch can. 915 CIC mit Blick auf Spruchstrafen bzw. deklarierte Tatstrafen aufzeigt. Doch auch die nicht deklarierte Tatstrafe mag nicht ohne weiteres von dieser Wirkung ausgenommen werden. Schließlich droht zumindest – wenn die Voraussetzungen einer *poena latae sententiae* tatsächlich vorliegen – eine Deklaration durch die zuständige Autorität. Würden beispielsweise einige Anhänger einer schismatischen Bewegung auch deklaratorisch exkommuniziert, so hätte dies auch Signalwirkung für die (noch) nicht mit einem solchen Strafverfahren konfrontierten, nur *latae sententiae* Exkommunizierten. Kirchlicher Strafe kann zumindest im Einzelfall (noch immer) eine Art Pranger-Wirkung zukommen, die es vertretbar erscheinen lässt, auch von daher die Frage nach der vorgängigen Rechtswirkung schwerer Sünde an dieser Stelle nicht weiterzuerfolgen.

⁴³² Es versteht sich von selbst, dass eine kanonistische Überprüfung der tatsächlichen Sachlage hier nicht stattfinden kann. Neben der objektiven Frage des Vorliegens eines Schismas wäre gerade auch die subjektive Seite eingehend zu erörtern.

⁴³³ In welchem Rahmen mit Blick auf can. 915 CIC anderes gelten kann, sprich allein aus schwerer Sünde in *foro externo* Konsequenzen gezogen werden, muss hier nicht weiter überprüft werden, da zumindest erkennbar ist, dass in der kirchlichen Praxis kaum umfassend Konsequenzen gezogen werden. Vgl. zum Auslegungstreit um diese Norm etwa die Darstellung bei ALTHAUS, MK-CIC, c. 915, Rn. 5 (Bearb. 2004), insoweit Wiedergabe der Kommentierung LÜDICKES im MK-CIC aus 2001.

⁴³⁴ Hier ist nicht zu thematisieren, inwieweit das auch daran liegt, dass die Rolle des Lehramts für die Bildung des Gewissens nicht in dem Maß angenommen wird, wie dies katholischem Verständnis nach der Fall sein müsste.

e) **Fehlende Zwangswirkung im Vergleich mit der Wirkung des authentischen Lehramts**

Jedenfalls eines dürfte schon bislang deutlich geworden sein: Die Schwierigkeiten, die schon die Zwangsdefinition nach Maßgabe allgemeinen Sprachgebrauchs bereitet hat, werden durch stärkere kanonistisch-theologische Reflexion keineswegs beseitigt.

Ein letzter Gedanke soll dies unterstreichen: Ein skrupulöser Mensch, der eine Auffassung⁴³⁵ des authentischen Lehramts hört, beispielsweise eine solche, die ein Verhalten als in sich schlecht qualifiziert: Kann es bei einem solchen Menschen nicht geschehen, dass er der Auffassung nur mehr aus innerem Zwang folgt, ohne zuvor – wie nach katholischem Verständnis gefordert –⁴³⁶ diese Lehre in seinem Gewissen anzunehmen?⁴³⁷

Außer Frage steht allerdings nach katholischem Verständnis die prinzipielle Zulässigkeit, das authentische Lehramt auszuüben,⁴³⁸ ohne dass dies deshalb bezweifelt werden könnte, dass bei Einzelnen eine kirchlicherseits nicht bezweckte Zwangswirkung eintritt. Besteht nun letztlich nicht hinsichtlich der Zwangswirkung nur ein gradueller Unterschied zwischen einer Exkommunikation und der Ausübung authentischen Lehramts? Ist zumindest nicht auch mit diesem Beispiel dargelegt, dass die Frage nach dem Zwang eine solche des Einzelfalls ist, die sich abstrakter Beurteilung entzieht?

f) **Zweifel als Zwischenergebnis**

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass es keines gibt, oder zutreffender formuliert: Keines, das mit Ja oder Nein zusammengefasst werden könnte: Je nach Schwerpunktsetzung kann mit guten Gründen vertreten werden, dass ein Zwang zu bejahen ist (gerade mit Blick auf das kirchliche Selbstverständnis sowie die zentrale Bedeutung der Sakramente), oder dass dies an der in

⁴³⁵ Die im hier zu bildenden Beispielsfall so konkret sein soll, dass sie eine direkte Umsetzung im täglichen Leben ermöglicht.

⁴³⁶ Vgl. nur SCHOCKENHOFF, *Wie gewiss ist das Gewissen?* (Fn. 94, 2003), 232.

⁴³⁷ Die Streitfrage, zu welchem Grad vom Menschen ein inneres Verständnis der von der Kirche vorgelegten Lehren für das Vorliegen eines sittlich guten Handelns notwendig ist, sei hier außen vorgelassen; vgl. hierzu WEBER, *Konkurrenten oder Weggenossen?*, in: *Das Gewissen* (Fn. 94, 1990), 95–96. Die hinreichende Plausibilität betonend siehe etwa GRÜNDEL, *Verbindlichkeit des Gewissensspruches*, in: *Das Gewissen* (Fn. 128, 1990), 109; HEINZMANN, *Gewissen bei Thomas von Aquin*, in: *Das Gewissen* (Fn. 136, 1990), 49–50. Vgl. dagegen unter Berufung auf einen Aufsatz von RAHNER aus 1949 gegen die Notwendigkeit, dass die Gründe einleuchten müssten, SALA, *Gewissensentscheidung* (Fn. 232, 1993), 117. Siehe überdies dessen Kritik an der deutschen Bundesministerin für Forschung und Bildung SCHAVAN hinsichtlich deren Berufung auf ihr Gewissen, um mit Blick auf von der Forschung in Aussicht gestellter zukünftiger Heilungschancen die Tötung von Embryonen nach Maßgabe einer erneuten Stichtagsregelung zu fördern, in einem Leserbrief in der FAZ v. 26.4.2008, S. 10. Umgekehrt beklagt SALA hier, dass SCHAVAN zumindest verpflichtet gewesen wäre, einen Spruch des Gewissens zu benennen, der seinerseits „argumentationsfähig“ gewesen wäre. Dies könne nicht ersetzt werden durch einen bloßen, wenn auch leidenschaftlichen Verweis auf ihr eigenes Gewissen. Da sie aber nicht klar gesagt habe, ob für sie ein Embryo ein Mensch ist oder nicht, sei sie dieser Pflicht nicht nachgekommen.

⁴³⁸ Siehe LG 25, zitiert oben S. 38 bei Fn. 196.

konstitutivem Maße bestehen bleibenden Willensfreiheit scheitert.⁴³⁹ Zwischenergebnis ist somit, dass hinsichtlich der Zwangsqualifizierung Zweifel bestehen.

Ob vor diesem Hintergrund dieser Ergebnisoffenheit *de lege lata* vertreten werden kann, dass der Gesetzgeber des CIC unter Verstoß gegen göttliches Recht bzw. gegen Naturrecht die Exkommunikation zu Besserungszwecken zuließ, ist abschließend zu hinterfragen.

⁴³⁹ Dies zeigt sich im Übrigen auch daran, dass es auch bei den Darlegungen LÜDICKES Positionierungen gibt, die isoliert betrachtet die Auffassung stützen, es liege kein Zwang vor, siehe oben S. 80.

III. Zur Beachtung der Tradition als verbindliche Regel in Zweifelsfällen

Das Recht verlangt nach klaren Antworten. Zweifel dürfen nicht das letzte Wort sein. Nicht nur Beweislastregeln sind dem Recht daher eigen, sondern auch Zweifelsregeln, anhand derer sich bestimmen lässt, welches Ergebnis im Zweifel zu gelten hat. Auch hier ist nun zu prüfen, ob sich nicht durch Auslegung eine Zweifelsregel ermitteln lässt. Anhaltspunkt hierfür ist in einem ersten Schritt, die Rolle der Tradition zu würdigen, die dieser im kanonischen Recht allgemein und mit Blick auf den Besserungsstrafzweck eingeräumt ist.

Es wurde schon darauf hingewiesen, dass die kirchliche Tradition nach einmütiger Auffassung die Besserung als tauglichen Zweck kirchlichen Strafens ansieht.⁴⁴⁰ Nun heißt es in can. 27 CIC „consuetudo est optima legum interpres“, sowie in can. 6 § 2 CIC: „Canones [...], quatenus ius vetus referunt, aestimandi sunt ratione etiam canonicae traditionis habita.“⁴⁴¹ Diese Grundsätze werden betont von Papst JOHANNES PAUL II., wenn er ausführt: „Man darf [...] bei der Interpretation des geltenden Codex keinen Bruch mit der Vergangenheit annehmen, als wenn im Jahre 1983 ein Sprung in eine völlig neue Wirklichkeit erfolgt wäre.“⁴⁴²

Hiervon ist unmittelbar nur die Auslegung des CIC betroffen. Die hier zu beantwortende Frage ist dabei zwar, ob der *kodifikarische* Besserungsstrafzweck gegen die Gewissensfreiheit verstößt. Auszulegen ist dabei jedoch nicht der CIC – dass Besserung gefordert ist, bleibt unstrittig und damit ohne Auslegungszweifeln –, sondern die Reichweite und das Verständnis unzulässigen Zwanges i. S. d. Gewissenslehre.

Die genannten Normen sind über ihren Anwendungsbereich hinaus jedoch ein erster Beleg für einen allgemeinen Grundsatz, der Tradition mitunter eine streitentscheidende Rolle beizumessen. Diese allgemeine Regel findet sich wieder in den Digesten, wo es heißt: „Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt.“⁴⁴³ Wo also hinsichtlich einer Fragestellung eine unstrittige Auslegung schon immer – traditionell – herangezogen wurde, da soll möglichst nicht eine Veränderung herbeigeführt werden. So bestätigt auch BENEDIKT XVI. frühere Ausführungen JOHANNES PAUL II., dass es ganz allgemein „für eine gesunde Hermeneutik [...] unerlässlich [ist], die Gesamtheit der Weisungen der Kirche zu erfassen und jede

⁴⁴⁰ Siehe die Nachweise oben S. 1, Fn. 6.

⁴⁴¹ Vgl. des Weiteren die Bezugnahme in can. 19 CIC, als Anknüpfungspunkt zur Geltung allgemein geltender Rechtsprinzipien genannt bei PREE, Kirchenrecht in der Ökumene, in: FS May, hrsg. v. Egler u. a., Berlin 2006, 529; siehe dazu auch SOCHA, in: Münsterischer Kommentar zum CIC, 19, Rn. 9 (Bearb. 1990).

⁴⁴² Ansprache an die Römische Rota 1993, hier zitiert nach AfkKR 162 (1993) 148.

⁴⁴³ Digesten 1.3, 23 (Paulus, libro quarto ad Plautium), zitiert nach Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, Bd. II (Digesten 1–10) (Fn. 393, 1995), 114. Nicht ganz glücklich erscheint mir die Übersetzung, ibid.: „Was stets eine bestimmte Auslegung gehabt hat, sollte keinesfalls geändert werden.“ Insbesondere träfe es den Sinn besser (und wäre zudem nicht mehrdeutig, wie es jedoch „bestimmt“ in diesem Zusammenhang ist), hier von einer unstrittigen Auslegung zu sprechen.

Aussage organisch in die Tradition einzubinden. Auf diese Weise werden selektive und verzerrte Auslegungen sowie unfruchtbare Kritiken an einzelnen Passagen vermieden“. ⁴⁴⁴ Danach ist festzuhalten, dass die Beachtung der Tradition ein hoher Wert ist, um kirchliche Regelungen auszulegen. ⁴⁴⁵

Solch ein Grundsatz ist auch heranzuziehen, wenn es gilt, die Reichweite der Gewissensfreiheit festzustellen. Letzterer kommt hier Rechtsqualität zu, ⁴⁴⁶ sodass damit auch die Anwendbarkeit allgemeiner rechtlicher Auslegungsgrundsätze gegeben ist.

An dieser Stelle soll hier nicht behauptet werden, kanonisches Recht kenne keine Erneuerung, die sich auch gegen altehrwürdige Traditionen richten könnte. Die Tradition gilt nicht absolut. ⁴⁴⁷ Hier geht es um deutlich weniger. Mit den eben genannten Nachweisen soll eben nur die oben angedeutete Zweifelsregel begründet werden. Hierzu sei nun BENEDIKT XVI. zitiert: „Kontroverse Normen müssen im Licht des lebendigen Lehramtes der Kirche interpretiert [...] werden.“ ⁴⁴⁸ In jenem Wort „kontrovers“ verbirgt sich ein entscheidender Gedanke, wenn es darum geht, das Ausschlaggebende der Tradition gegenüber Neuinterpretationen verbindlich abzustecken. ⁴⁴⁹ Schließlich ergibt sich hieraus eine bindende Zweifelsregel. Es geht also nicht darum – wie es bei der eben genannten Rechtsregel aus den Digesten anklingen mag – ⁴⁵⁰, grundsätzlich eine rückwärts gewandte Interpretation zu fordern, selbst wenn bessere sachliche (systematische oder theologische) Gründe für ein Abrücken sprächen. Bei „Unvollkommenheiten“ kirchlichen Rechts ⁴⁵¹ muss gegebenenfalls auch die Tradition zurücktreten. Worum es hier stattdessen geht, ist die Situation, in dem die vermeintlich besseren Gründe eben nicht so über-

⁴⁴⁴ BENEDIKT XVI., Ansprache an die Römische Rota 2008, hier zitiert nach ORdt 38 (2008), Nr. 7, S. 7, Hervorhebung nicht im Original. Hierbei handelt es sich um ein wörtliches Zitat von JOHANNES PAUL II. in AAS 97 [2005] S. 166, Nr. 6, das hier wiedergeben wird.

⁴⁴⁵ Vgl. zur Bedeutung der Tradition auch ERDÖ, Die Quellen des Kirchenrechts, Frankfurt a. M. 2002, S. III; WALDSTEIN, Fragen der Wirkung falscher Interpretationen kirchenrechtlicher Normen, in: FS May, hrsg. v. Eglér u. a., Berlin 2006, 643 (der dort auf die (eben erwähnte) Regel in den Digesten hinweist).

⁴⁴⁶ Siehe *ibid.*: „In Wirklichkeit hat die authentische Auslegung des Wortes Gottes, die vom Lehramt der Kirche vorgenommen wird, rechtliche Bedeutung in dem Maß, in dem sie den Rechtsbereich betrifft, und sie benötigt keinen weiteren formellen Übergang, um rechtlich und moralisch bindend zu werden.“

⁴⁴⁷ Siehe BENEDIKT XVI., Ansprache anlässlich des 25. Jahrestages der Promulgation des CIC 2008, hier zitiert nach ORdt 38 (2008), Nr. 6, S. 10: „Damit das Kirchenrecht diesen wertvollen Dienst [eine auf Liebe fußende Gerechtigkeit zum Heil der Seelen sicherzustellen] leisten kann, muss es vor allem ein gut strukturiertes Recht sein. Es muss also einerseits an jene theologische Grundlage gebunden sein, die ihm Berechtigung verleiht und die der wesentliche Rechtsgrund kirchlicher Legitimität ist; andererseits muss es den sich wandelnden Gegebenheiten der geschichtlichen Wirklichkeit des Gottesvolkes entsprechen. Außerdem muss es klar formuliert werden, ohne Doppeldeutigkeiten und stets im Einklang mit den übrigen Gesetzen der Kirche. Daher müssen überholte Normen aufgehoben und korrekturbedürftige modifiziert werden. Kontroverse Normen müssen im Licht des lebendigen Lehramtes der Kirche interpretiert [...] werden.“

⁴⁴⁸ Siehe das Zitat a. E. soeben Fn. 447.

⁴⁴⁹ Hierin findet sich überdies auch der Duktus wieder, den der Papst wählte, um eine angemessene Hermeneutik des II. Vatikanischen Konzils herzuleiten, siehe oben ab S. 54.

⁴⁵⁰ Dies gilt insbesondere, wenn man diese Regel im Verständnis der eben genannten Übersetzung heranzieht, die „minime“ hier als „keinesfalls“ übersetzt, siehe S. 95, Fn. 443; es könnte aber auch mit „sehr wenig“ übersetzt werden.

⁴⁵¹ Vgl. JOHANNES PAUL II., Ansprache an die Römische Rota 1993, hier zitiert nach AfKKR 162 (1993) 147.

zeugend sind, dass alle vernünftigen Zweifel ausgeräumt werden können. Verbleiben aber Zweifel – ist die Streitfrage also noch immer „kontrovers“ – so ist nach der hier nun hergeleiteten allgemeinen Rechtsregel der traditionellen Auslegung der Vorzug zu geben – und zwar zwingend. Der vom Papst verwendete Verweis auf „lebendig“ zeigt an, dass es natürlich am Lehramt liegt zu prüfen, ob nicht eine Veränderung *de lege ferenda* herbeigeführt werden sollte. Dies kann selbstredend auch von der Kanonistik angeregt werden. Dem Interpreten des Rechts jedoch bleibt in solchen Fällen eine schon jetzt Geltung beanspruchende rechtsfortbildende Auslegung des kirchlichen Rechts verwehrt. Somit ist eine Neuinterpretation immer dann abzulehnen, wenn (1.) in der Tradition sich konkrete Antworten auf die gestellte Frage finden lassen sowie (2.) ernste Zweifel bei der Auslegung verblieben sind.

Wenn also die Tradition den Besserungszweck des Strafens unterstützt,⁴⁵² so kommt dem hier maßgebliche Bedeutung zu: Die Gewissensfreiheit kann nicht als Grenze verstanden werden, die es kategorisch verbietet, mit dem Zweck der Besserung des Täters zu strafen. Damit führt die Bedeutung, die der Tradition innerhalb der Kirche zuzumessen ist, zu einer Zweifelsregel und diese wiederum zu einem eindeutigen Endergebnis: Weil nicht zweifelsfrei festzustellen ist, dass kirchliches Strafen zum Zwecke der Besserung immer als Zwang aufzufassen ist, muss daher die Auffassung abgelehnt werden, die den Besserungsstrafzweck kategorisch ausschließen will. Denn es kann nicht nachgewiesen werden, dass die Gewissensfreiheit eine kategorische Grenze kirchlicher Strafgewalt ist. Die Kirche kann in ihrer strafrechtlichen Kodifikation also die „*emendatio rei*“ verankern, ohne dass sie sich schon dadurch in Widerspruch zur gleichfalls anerkannten Freiheit des Gewissens setze.

Mit Blick auf die Rolle der Kirche bei der Bildung des Gewissens, die ihr nach katholischem Verständnis zuerkannt wird,⁴⁵³ darf solch ein Ergebnis nicht überraschen. Dies gilt gerade weil es Wesen der Kirche sein soll, sich mit größtmöglicher Entschiedenheit für die *salus animarum* eines jeden Einzelnen einzusetzen (siehe can. 1752 CIC). „Kraft ihres Sendungstrages gehört es geradezu zum Wesen der Kirche, sich in die religiöse Sphäre des [einzelnen] Menschen einzumischen“.⁴⁵⁴ Kirchliches Handeln ist dabei nicht allein auf das äußerlich Sichtbare beschränkt. Es ist vom kirchlichen Recht – zu Recht – vorausgesetzt, dass auch „die innere Dimension des

⁴⁵² Vgl. statt vieler die Darstellung bei REES, *Strafgewalt der Kirche* (Fn. 13, 1993), 65–68 sowie die Nachweise oben S. 4, Fn. 6.

⁴⁵³ Zur besonderen Bedeutung dieser Pflicht sei an dieser Stelle statt vieler nur erinnert an THOMAS, *STh I–II* q. 19, art. 6 und dazu SCHENK (Fn. 136) *Forum Katholische Theologie* 8 (1992), 9.

⁴⁵⁴ AYMANS (Fn. 319) *AfkKR* 149 (1980), 397.

Menschen, dort, wo dieser Gott gegenübersteht“, angesprochen werden soll, „wenngleich nicht [...] das Gewissensurteil als solches“.⁴⁵⁵

Wenn nun (1.) ein Mittel wie die Exkommunikation *nicht* gegen die Gewissensfreiheit verstößt, d. h. keine „Zwangsgewalt“ bzw. kein „artfremde[s], ungeistige[s] Mittel ist“ und (2.) nach Abwägung im Einzelfall durch die Anwendung dieses Mittels auch nur ein Einziger gerettet werden könnte, so fragt es sich, wie dann noch ein kategorisches Verbot gerechtfertigt werden könnte.⁴⁵⁶ Es wäre also falsch, sich vorschnell⁴⁵⁷ ein Urteil zu bilden aufgrund negativer Konnotationen, die der Exkommunikation beigemessen werden, und der damit kontrastierenden Wirkung eines Begriffs wie der „Gewissensfreiheit“: Es darf nicht voreilig ein Mittel aus dem „Arsenal“ kirchlicher Hirtensorge entrisen werden. Auch Strafe kann eben sehr wohl als pastorale Maßnahme verstanden werden.⁴⁵⁸

⁴⁵⁵ PREE (Fn. 369) AfkKR 168 (1999), 27–28; siehe auch SOCHA, in: Münsterischer Kommentar zum CIC, 130, Rn. 2 sowie 6 (Bearb. 1986) im Vergleich zum CIC/1917), vgl. insoweit auch can. 130 CIC und dazu etwa PREE, Die Ausübung der Leitungsvollmacht, § 12, in: Handbuch des katholischen Kirchenrechts, hrsg. v. Listl u. a., Regensburg, 2. A. 1999, 156–158. Vgl. ferner, MÖRSDORF wiedergebend, Vgl. zum Zusammenhang zwischen substantieller Lage – Selbstausschluss des Täters – und rechtlicher Entsprechung auch CATTANEO, Grundfragen des Kirchenrechts (Fn. 46, 1991) 35–36, mit dem Hinweis darauf, dass nicht etwa ein Rechts- und ein Gewissensbereich als zwei wesensverschiedene Bereiche verstanden werden dürfen, ferner zum Rechtscharakter des inneren Bereichs mit Blick auf den CIC/1917 S. 50–51.

⁴⁵⁶ Zitat bei AYMANS (Fn. 319) AfkKR 149 (1980), 398, siehe überdies auch *ibid.* 403, Fn. 35.

⁴⁵⁷ Dass allerdings mit entsprechender Argumentation im Ergebnis sehr wohl de lege ferenda der Verzicht auf den Besserungsstrafzweck hinsichtlich der Exkommunikation empfohlen werden kann, wird an späterer Stelle noch darzulegen sein. Die Argumentation des einen „verlorenen Schafes“ darf nicht einseitig benutzt werden. Ein System, das um seiner Wirkung nach außen, um seiner Glaubwürdigkeit willen auf Strafe allein zur Besserung verzichtete, mag auch auf diese Weise dazu beitragen, dem Seelenheil zu dienen. In anderem Zusammenhang wurde z. B. teilweise so hinsichtlich des Austretens der katholischen Kirche aus dem Abtreibung ermöglichenden staatlichen System in Deutschland argumentiert.

⁴⁵⁸ Vgl. ERDÖ, Die Wirksamkeit des kanonischen Strafsystems, in: FS *Geringer* (Fn. 9, 2002), 87. Auch Gehorsam – wie er auch als Reaktion auf die Strafe angemessen sein sollte – ist dabei ein Wert an sich, um den *trotz* Vorrang des Gewissens zumindest gerungen werden soll, vgl. insoweit auch mit Blick auf NEWMAN *dens.*, The Theological Foundations of Canon Law According to the Works of John Henry Newman, in *Folia Theologica* 1 (1990), 128.

IV. Zusammenfassung und Konsolidierung

Nun gilt es, dieses Ergebnis, das zugleich Zweifel und eindeutige Schlussfolgerung umfasst, nochmals illustrierend zusammenzufassen: Betrachtet man die Bedeutung der Sakramente für das Leben der Kirche und der Gläubigen, so ist hiermit ein gut zu vertretender Grund benannt, zumindest die konstitutiv wirkende Exkommunikation mit Blick auf das Verbot des Sakramentenempfanges als Zwang zu qualifizieren. Daraus ergibt sich auch, weshalb die Literaturlösung zurückzuweisen ist, die – teilweise in Auseinandersetzung mit LÜDICKE – schlichtweg eine Zwangswirkung verneint.⁴⁵⁹ Das ist nicht nur nicht tragfähig, da die zentrale Rolle der Sakramente nicht hinreichend gewürdigt wird. Vielmehr wäre diese Auffassung in der Pflicht gewesen, ihrerseits zu benennen, ab wann genau denn die Schwelle zum unzulässigen Zwang überschritten sei. Die kirchlicherseits feierlich verkündete Gewissensfreiheit drohte sonst, zum zahnlosen Tiger, zum bloßen Lippenbekenntnis zu verkommen.

Die Gegenansicht LÜDICKES trägt allerdings ebenso wenig. Unterstellte man, die Kirche könne Hans KÜNG exkommunizieren und täte dies, so zeigte sich an diesem Beispiel der Grund, weswegen gleichwohl Zweifel an einer solchen Qualifizierung als Zwang verbleiben: KÜNG sähe sich – unterstellt, die kirchliche Argumentation überzeugte ihn in der Sache nicht – sicherlich nicht gezwungen, nur aufgrund dieser kirchlichen Maßnahme entgegen seinem abweichenden Gewissensurteil nunmehr danach zu handeln, was mit der Exkommunikation von ihm gefordert wäre. Viele Stellungnahmen zum kirchlichen Strafrecht weisen demnach nicht zu Unrecht daraufhin, dass die Wirkung der Strafe entscheidend von der jeweiligen inneren Verfassung des Exkommunizierten abhängt.

Ferner ist – neben diesem ganz zentralen Willensargument – auf die übrigen Gesichtspunkte hinzuweisen, die die Zweifel stützen:

(1.) Es konnte nämlich nicht festgestellt werden, dass im Zweiten Vatikanischen Konzil derartige Neuerungen aufgedeckt wurden, die nunmehr (a) die Tradition zur Makulatur werden lassen könnten und die (b) in der Sache „subsumtionsfähige“ Klarheit über die Grenze unzulässiger Zwangseinwirkung geschafft hätten.

(2.) Auch beinhaltet die kirchliche Strafe der Exkommunikation weder mittelbar – wie dies früher der Fall gewesen sein mag – noch unmittelbar irgendeine Form von Gewalt. Schon der allgemeine Sprachgebrauch zeigt jedoch, dass bei Fehlen physischer Gewalt eine genaue Qualifizierung als Zwang nur schwer zu erzielen ist.

⁴⁵⁹ Siehe oben die Darstellung beginnend auf S. 78.

(3.) Die traditionelle Begrifflichkeit „Strafe“ suggeriert aufgrund der heute im staatlichen – und früher zudem im kirchlichen – Bereich eindeutigen Zwangswirkung eine Wesensähnlichkeit der Exkommunikation, die sich so aber nicht durch Tatsachen bestätigen lässt.

(4.) Wollte man entgegen der hiermit nun vorgetragenen Auffassung gleichwohl zweifelsfrei von einer Zwangswirkung ausgehen, so müsste man zudem noch nachweisen, dass die Hauptwirkungen der Exkommunikation durch die Strafe überhaupt kausal verursacht werden. Denn in Rede steht, dass diese Wirkungen größtenteils schon durch die möglicherweise als schwere Sünde zu qualifizierende Tathandlung selbst verursacht wurden, nicht aber erst durch die kirchliche Strafreaktion⁴⁶⁰ hierauf.

Als letzte Kontrollüberlegung soll hier nun der Versuch unternommen werden, eigenständig eine Definition desjenigen Zwangs zu formulieren, der eine unzulässige Einwirkung auf das Gewissen bedeutet. Dass die Gewissensfreiheit frei verantwortetes sittliches Handeln ermöglichen soll, ist dabei entscheidende Grundlage der folgenden Definition:

Zwang liegt vor, wenn die erneute Bildung eines Gewissensurteils⁴⁶¹ ausfällt oder durch subjektiv überzeugende Gründe ernsthaft gefährdet⁴⁶² ist, weil die angedrohten Folgen der kirchlichen Maßnahme für sich genommen schon ein solches Gewicht besitzen⁴⁶³, dass allein die denkbare Verwirklichung dieser Folgen grundsätzlich schon hinreichende⁴⁶⁴ Bedingung ist, nunmehr so zu handeln, wie dies von der kirchlichen Maßnahme her intendiert ist.⁴⁶⁵

Kurz gefasst: Zwang liegt vor, wenn die angedrohten Folgen so schwer wiegen, dass es aus subjektiver Sicht des Betroffenen heraus gut begründbar ist, ohne über die Sache nachzudenken das Handeln dem kirchlichen Willen zu unterwerfen.

⁴⁶⁰ Die auch bei einer Tatstrafe frühestens erst eine logische Sekunde später erfolgt.

⁴⁶¹ Wenn also der sachliche Urteilsfindungsprozess nicht wieder in der Weise ernsthaft aufgenommen wird, dass dessen inhaltliches Ergebnis dann maßgeblich für die danach durchgeführte Handlung wäre (oder aber, siehe dazu sogleich das nächste Definitionselement: wenn eine solche Wiederaufnahme stark gefährdet ist).

⁴⁶² Bei der Definition war darauf zu achten, nicht etwa das tatsächliche Nachgeben des Betroffenen als Voraussetzung zu benennen: Die bloße Gefährdung ist ausreichend. Die Zwangswirkung einer kirchlichen Maßnahme sollte womöglich nicht daran gemessen werden, ob sie tatsächlich „erfolgreich“ war. Schließlich war das Todesurteil für den Märtyrer so betrachtet auch nicht erfolgreich.

⁴⁶³ Wenn sie aber noch nicht *allein* das von dieser Definition hier verlangte Gewicht besitzen, dann ist damit ausgesagt, dass die Folgen des kirchlichen Mittels insoweit nicht mehr sind als ein – wenn auch im hier fiktiv zu bildenden Grenzfall prozentual ausgedrückt mit „49 %“ womöglich sehr schwerwiegender – Gesichtspunkt innerhalb des freiheitlichen Entscheidungsprozesses. Die fehlenden „1 %“ in diesem Beispielfall sind es, die es m. E. verbieten, hier eine eigen verantwortete sittliche Handlung des Betroffenen abzulehnen. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass auch kein Zwangseingriff vorliegt.

⁴⁶⁴ Unerheblich ist daher, wenn neben der ursächlichen Bedeutung der angedrohten Folgen zusätzlich auch eine inhaltliche Auseinandersetzung aufgenommen wird.

⁴⁶⁵ Siehe auch im Folgenden Weiterführendes zu dieser Definition, und zwar hinsichtlich der Frage der subjektiven Ausrichtung von Seiten des Betroffenen sowie zur Frage, ob nicht zudem eine Intention bzw. objektive Vorausschbarkeit der Folgen auf Seiten des Zwangsausübenden gegeben sein muss, sogleich ab S. 102.

Hiermit ist m. E. nach eine Definition gegeben, die den Sinn der Gewissensfreiheit hinreichend erfasst, die aber gleichzeitig auch die genannten Zweifel bestätigt. Um bei einem Beispiel zu bleiben, und zwar beim Beispiel eines Theologen, der möglicherweise Gefallen am Ausleben einer Rebellenrolle in der Öffentlichkeit gefunden hat: Würde dieser nun exkommuniziert, so ist es zumindest gut vorstellbar, dass allein die Folgen der Exkommunikation für ihn noch *nicht* so schwer wiegen, als dass er es als gut begründbar empfindet, sich allein deshalb dem kirchlichen Willen zu unterwerfen. Die Exkommunikation – wie sinnig oder unsinnig sie im Übrigen auch immer wäre – bedeutete also für ihn keinen Zwang. Es zeigt sich, dass sich nach Maßgabe dieses Definitionsversuchs⁴⁶⁶ ohne weiteres Beispiele bilden lassen für Fälle, in denen Zwang zu bejahen, aber eben auch für Fälle, in denen dies zu verneinen ist.

Verbleiben solchermaßen ernste Zweifel an einer generellen – nur danach ist gefragt! – Zwangswirkung, so muss im Einklang mit der kirchlichen Tradition daran festgehalten werden, im Besserungsstrafzweck keinen Verstoß gegen göttliches Recht zu erkennen.⁴⁶⁷ Daran ändert sich nichts dadurch, dass hier ebenso wenig bewiesen werden konnte, dass eine Exkommunikation

⁴⁶⁶ Wichtig ist: Dies stellt tatsächlich nur einen bloßen Versuch dar, denn schon die Frage, ob mit dieser Definition die Wichtigkeit der Sakramente aus Sicht der strafenden Kirche hinreichend eingefangen ist, bleibt offen. Der Versuch soll nur zeigen, dass es zumindest plausibel zu machen ist, auf der Basis dieser Gedanken eine Zwangswirkung zumindest im Einzelfall auch verneinen zu können.

Es ist insoweit ein Versuch im Wissen darum, dass es der Definition bedarf, um Justitabilität zu erreichen. Dass dies kaum ohne Defizite zu erreichen ist, ergibt sich auch daraus, dass die Darlegung der theologischen Lehre von der Gewissensfreiheit sich nicht in das enge Korsett eines Rechtssatzes zwingen lassen will und lässt. So findet sich dort z. B. noch nicht einmal Zwang als ausschließlicher *Oberbegriff* für verbotene Eingriffe in das Gewissen wieder, vgl. DH 2 (zitiert oben S. 36), wo dem bloß als äußerlich verstandenen Zwang die notwendige „innere, psychologische Freiheit“ gegenüber gestellt wird. Definiert man wie hier also Zwang, so verengt man damit theologische Aussagen auf einen einzigen Begriff, um mit Auslegung dieses einen Begriffes dann wiederum den gesamten Aussagegehalt greifbar zu machen.

⁴⁶⁷ Daher war nicht mehr der Frage nachzugehen, ob nicht der Besserungsstrafzweck zumindest insoweit legitim ist, als er neben einen anderen zulässigen Strafzweck tritt. Auch nach LÜDICKE ist die Besserung des Täters als Nebenfolge immer erwünscht. Aber mit der hier nun aufgeworfenen Frage ist etwas anderes angesprochen: Soll der kirchliche Richter beispielsweise über die Anwendung des can. 1364 § 2 CIC entscheiden, ist es wichtig, ob die Besserung über eine erwünschte Nebenfolge hinaus auch *primäres* Entscheidungskriterium sein darf. Hierfür spräche, dass die fehlende Zwangswirkung in den entsprechenden Fallkonstellationen schon deshalb entfielen, weil hier ein konstitutiver Selbstausschluss vorliegt. Die Zwangswirkung wird aber nur einheitlich festgelegt werden können. Selbst wenn nun also auch die konkrete Besserung des Täters bei der Entscheidung über can. 1364 § 2 CIC als zweiter Strafzweck mitberücksichtigt würde, so läge mangels Zwangs trotz Besserungsabsicht wohl kein Eingriff in die Gewissensfreiheit vor.

Da der Besserungszweck ohnehin nicht kategorisch auszuschließen ist, bedarf es aber keiner abschließenden Entscheidung hierüber.

Erwähnt sei zudem noch, dass es ohnehin nicht einfach ist, Fälle mit prinzipiell hinreichend „strafwürdigem“ Verhalten zu bilden, bei denen es isoliert auf den Besserungszweck ankommen könnte, weil andere Zwecke nicht auch eingreifen. Wenn also zumeist ohnehin auch andere Zwecke das Strafmittel rechtfertigen, fragt es sich von daher, ob – da das „Ob“ der Strafe ohnehin schon gerechtfertigt ist – nicht hinsichtlich des „Wie“ der Besserungszweck gleichwertig (und nicht bloß als gern hingegenommene Nebenfolge) im Sinne einer Art „Vereinigungstheorie“ (so der Begriff für die kumulative Anwendung mehrerer Strafzwecke im deutschen Strafrecht) hinzuzuziehen ist.

prinzipiell zwangsfrei ist.⁴⁶⁸ Denn wenn nur partiell ein Zwang gegeben ist, dann reicht es zum Schutz der Gewissensfreiheit aus, im Einzelfall darauf zu reagieren⁴⁶⁹: Eine kategorische Grenze ist zur Abwehr dieser Gefahr jedenfalls nicht erforderlich und daher auch nicht Bestandteil der Gewissensfreiheit.

E) Zwischenergebnis und Weiterführendes

Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass der kirchliche Gesetzgeber die Besserung des Täters als Strafzweck verankern darf, ohne damit gegen die Gewissensfreiheit im kirchlichen Sinne zu verstoßen. In dreierlei Hinsicht sollen nun noch einmal Aspekte zu jenen Zweifeln aufgegriffen werden, die für das Finden des Ergebnisses so entscheidend sind. Nur weil eben diese Zweifel bestehen, sind beide klare Lösungen behauptende Ansichten – Verstoß oder kein Verstoß des Besserungszwecks gegen die Gewissensfreiheit – zurückzuweisen. Nur wegen deren Existenz kommt es zur zum Ergebnis erst führenden Anwendung der Zweifelsregel, die auf die Tradition als entscheidendes Element abstellt.

I. Zum Definitionsversuch „Zwang“

Die Ablehnung der herkömmlichen Auffassungen – mitursächlich für den Zweifel – beruht auch darauf, dass jeweils auf beiden Seiten kaum versucht wurde, überhaupt zu definieren, was denn Zwang bedeuten solle. Wenn nun hier eine Definition versucht wurde, so nur, um aufzuzeigen, dass dies kein unmögliches Unterfangen ist. Ferner wird durch die hier dargelegte Definition verdeutlicht, dass dem Zwangsbegriff eine derart subjektive Komponente eigen ist, dass pauschale Wertungen – in welche Richtung auch immer – allein dadurch sehr erschwert sind. Im Übrigen will diese Definition nicht mehr sein als ein Fingerzeig in die richtige Richtung.⁴⁷⁰ Das zeigt sich, denkt man beispielsweise vertiefter über das Ausmaß eben jener subjektiven Ausrichtung der Zwangsdefinition nach.

Es hieß oben, Zwang liege u. a. vor, wenn die erneute Bildung eines Gewissensurteils durch subjektiv überzeugende Gründe ernsthaft gefährdet ist. Diese „ernsthafte Gefährdung“ könnte so ausgelegt werden, dass sie bei einem sittlich sehr gefestigten bzw. willensstarken Menschen auch dann vorliegt, wenn gute Gründe für ein Nachgeben sprechen, aber es de facto

⁴⁶⁸ Es ist daher zutreffend, wenn SAGMEISTER, Das neue kirchliche Strafrecht, in: Festgabe *Schwendenwein* (Fn. 24, 1986), 497, zitiert oben S. 8, in Fn. 24, davon spricht, dass neben Zwangsfreiheit auch Fälle echten Zwangs gegeben sein könnten.

Darüber hinaus sollte hier nicht einmal die Aussage getroffen werden, dass nicht letztlich doch die Annahme genereller Zwangswirkung zutreffend ist. Diese Ansicht ist nur mit zu vielen Zweifeln belastet.

⁴⁶⁹ Nochmals ist daran zu erinnern, dass hier die Betrachtung der Spruchstrafe im Vordergrund steht, bei der ein solches Eingehen auf den Einzelfall möglich bleibt.

⁴⁷⁰ Siehe schon oben Fn. 466.

aufgrund der Willensstärke von vornherein dazu nicht kommen wird. Dann nähme man diesen Begriff als Ansatzpunkt, um ein objektivierendes Element in die Zwangsdefinition zu integrieren. Bei besonders harschen Maßnahmen würde man objektivierend Zwang bejahen, obschon beim Betroffenen ein innerliches Umdenken nicht ernsthaft in Frage kommt. Es fragt sich nämlich, ob man gewisse Eingriffe rein objektiv aufgrund ihrer Wirkung als Zwang einzuordnen hat. Mit Blick auf den allgemeinen Sprachgebrauch würde eben dies mit Blick auf eine physische Maßnahme wie eine Einkerkering sicherlich getan. Gleiches könnte auch denkbar sein für schwerwiegende psychisch vermittelte Maßnahmen.

Ob man mit solchen Überlegungen allerdings der Gewissensfreiheit tatsächlich gerecht wird, bleibt zweifelhaft. Müsste man nicht, auf der Suche nach einer insgesamt stichhaltigen Definition des Zwanges, die so sehr subjektive Ausrichtung des Gewissens als Ort der Entscheidung noch ernster in den Blick nehmen? Denn diese subjektive Ausrichtung besteht gänzlich unabhängig von der Frage, in welcher Weise das Gewissen auf objektive Wahrheit hin ausgerichtet wird (Synteresis bzw. Anamnesis). Zwang ist verboten mit Blick auf die eigentliche Gewissensentscheidung (conscientia im engeren Sinne), was allein daraus ersichtlich ist, dass schließlich auch der irrende Gewissensentscheid mit geschützt ist.⁴⁷¹ Wenn und weil nun das Gewissen „der verborgenste Kern und das Heiligtum des Menschen [ist], in dem er allein ist mit Gott, dessen Stimme in seinem Innersten widerhallt“ (GS 16), dann ist es schwer, objektive Elemente zum Teil der Definition zu machen, was denn Zwang sei. Ein rechter Grobian, den nichts erschüttert, kann von daher nicht über ein Kamm geschoren werden mit einer äußerst skrupulösen Persönlichkeit. Das kann dann bedeuten, dass selbst heftigste Einwirkungen auf Ersteren nicht zwangsläufig zur Einordnung als Zwang führen müssten. Es wäre gar zu überlegen, ob dies nicht auch für körperliche Einwirkungen gilt. Wenn man nun jemand, die brennend nach dem Martyrium verlangt, zum Tode verurteilt wird, ist dies dann tatsächlich Zwang im Gewissensbereich? Sind die Versuchungen, die sie treffen, nicht anderer Art als es vor dem Hintergrund ihres sehnlichen Wunsches nach Martyrium ein weltliches Strafurteil überhaupt je sein kann? Eines wäre bei solchen Überlegungen nicht außer Acht zu lassen: Die Frage nach dem, was als Zwang verboten ist, bleibt mitnichten die einzige moralische Messlatte, anhand derer über die betreffende Handlung zu richten ist. Ein ungerechtes Todesurteil ist verwerflich, selbst wenn man es nicht als Zwang für das Gewissen der überzeugten Gläubigen begreift. Die Frage nach der subjektiven Ausrichtung der Zwangsdefinition bleibt hier äußerst schwer zu beantworten.

⁴⁷¹ Überdies wird man mit Blick auf die Frage nach verbotenem Zwang wohl sagen müssen, dass sich hier die kirchliche Lehre kaum vom allgemeinen Sprachgebrauch unterscheidet: Die Dimension, dass der Mensch einen Gewissensentscheid trifft, diesem aber zuwider handelt, spielt keine nennenswerte Rolle. Der Schutz gegen Zwang ist de facto nicht nur dem gewährt, der seinem irrenden Gewissensentscheid folgen wird. Auch den bewusst gegen sein Gewissen Handelnden kann man nicht zwingen, gemäß dem eigenen subjektiven Gewissensentscheid zu handeln – abgesehen von der Frage, wie dies von außen festgestellt werden könnte.

Nach allem zeigt sich, was nicht anders sein kann: Wenn und weil allgemeine Erörterungen der Gewissensfreiheit so diffizil sind, kann man nicht mit einem bloßen Definitionsversuch die Probleme vom Tisch wischen. Sieht man Gewissensfreiheit allerdings als rechtliche Regel⁴⁷² – und das muss man hier, will man *de lege lata* die Gültigkeit strafrechtlicher Normen überprüfen –, wird man nicht umhinkommen, gewisse Vergrößerungen in Kauf zu nehmen, um überhaupt eine Justitiabilität zu erreichen. Eine Zwangsdefinition muss sich daher nicht auf der vollen Höhe theologischer Reflektion befinden und kann sich des Weiteren unbeeinflusst von theologischen Vertiefungen oder Abweichungen tragend auf die lehramtlichen Ausführungen stützen.⁴⁷³ Doch selbst die Erörterung schon eines solch zentralen Merkmals wie dem Stellenwert der Subjektivität erweist, wie schwierig der Weg zu einer praktikablen Definition ist, was als Zwang verboten ist.

Wenn also soeben nochmals hervorgehoben wurde, dass die herkömmlichen Auffassungen auch wegen ihres Versäumnisses abzulehnen sind, Zwang definitorisch greifbar zu machen, so kann dies nicht damit belegt werden, dass eben jenes hier nun schon gelungen sei.

II. Exkurs: Zur Lage bei der *poena latae sententiae*

Diese Arbeit hat sich darauf konzentriert, die Problematik anhand der Spruchstrafe zu erörtern.⁴⁷⁴ Hintergrund dieser Eingrenzung war, dass im Verlauf eines ordentlichen Strafverfahrens das kirchliche Gericht vor der Verurteilung eigens in Betracht ziehen kann, ob eine bestimmte Strafverhängung nicht zu unzulässigem Zwang führt. Mit den in dieser Arbeit versuchten Präzisionen dürfte deutlicher geworden sein, dass die Frage nach dem Vorliegen von Zwang stark subjektiv geprägt ist. Dies wiederum führt auch dazu, dass es wahrscheinlicher ist, dass es tatsächlich solche Einzelfälle gibt, bei denen eine Zwangswirkung gegeben ist, auf die nun zu reagieren ist.⁴⁷⁵

Das kirchliche Gericht kann allerdings bei Verhängung einer Spruchstrafe auf Einzelfälle sehr wohl reagieren. Es könnte bei einer skrupulösen Persönlichkeit darauf verzichten, mit einer Exkommunikation zu strafen, sofern andere Strafzwecke nicht einschlägig wären, es also einzig um den Strafzweck ginge, diese Person durch Strafverhängung zu bessern.⁴⁷⁶ Dass also in

⁴⁷² Vgl. oben S. 96, bei und in Fn. 446.

⁴⁷³ Auch den vertiefenden Erörterungen der Gewissensfreiheit im Schrifttum täte es allerdings gut, legte man auch dort ein wenig mehr Stellenwert auf die Frage, was als Zwang verboten ist. Dies konkretisierte dann plastischer, was die Gewissensfreiheit als Schutz gegenüber anderen wert wäre.

⁴⁷⁴ Siehe oben S. 3.

⁴⁷⁵ Da Zweifel ausreichen, um das hier gefundene Ergebnis zu stützen, war es allerdings nicht notwendig, eine Entscheidung zu treffen, ob nicht etwa doch die Ansicht Recht hat, wonach Strafe niemals über das Maß eines bloßen moralischen Appells hinauskommt. Wahrscheinlich ist das allerdings wohl nicht.

⁴⁷⁶ Um die Diskussion nicht noch weiter zu verkomplizieren, wurde eingangs der Darstellung der eigenen Ansicht festgehalten, dass hier exemplarisch nur die Exkommunikation behandelt werde (siehe S. 73, bei Fn. 356).

Einzelfällen ein Verstoß gegen die Gewissensfreiheit vorliegen könnte, führt insoweit nicht zu Konsequenzen für das geltende kanonische Strafrecht.

Nähme man demgegenüber die *poena latae sententiae* in den Blick, so stellte sich die Frage nach dem Verstoß gegen die Gewissensfreiheit mit anderer Intensität. Schließlich ist das Institut der Tatstrafen im CIC gerade deshalb beibehalten worden, um „verborgene Delikte zum Schutz der Seelen“⁴⁷⁷ durch das Strafrecht noch erreichen zu können.⁴⁷⁸ Damit werden solche Konstellationen gut vorstellbar, in denen mit Blick auf die größere „Verborgenheit“ es tatsächlich dazu kommt, dass kein anderer Strafzweck ersichtlich ist als eben der der Besserung des Täters. Nun ist es der Kirche nicht verboten, durch strafrechtliche Maßnahmen bessern zu wollen. Wie aber ist nun damit umzugehen, dass es Einzelfälle geben könnte, bei denen jemand, der von der Tatstrafe Kenntnis hat⁴⁷⁹, sich hierdurch gezwungen sieht, gegen sein Gewissen zu handeln?

Wenngleich angesichts der eingangs getroffenen Eingrenzung des Thematik hierzu keine abschließende Aussage getroffen werden braucht, mag hier Folgendes zu bedenken sein. Zum einen stellt sich zunächst die Frage, inwieweit Einzelfälle als an sich unerwünschte Nebenfolge hinnehmbar sein könnten, ohne dass dadurch zugleich das Gesetz selbst als Verstoß gegen die Gewissensfreiheit zu betrachten ist. Denn wie oben aufgezeigt wurde, kann auch das bloße Schreiben einer Enzyklika dazu führen, dass sich skrupulöse Persönlichkeiten deren Inhalt zwanghaft zu eigen machen, auch wenn dies ihrem Gewissensentscheid entgegensteht.⁴⁸⁰ Diese nicht intendierte Nebenfolge führt jedoch nicht dazu, das Verfassen der Enzyklika als verbotenen Zwang in Gewissensfragen zu begreifen. Gleiches könnte auch hier bei der Tatstrafe gelten. Zum anderen fragt sich, wie jemand etwas von dem für Nichtkanonisten in heutiger Zeit wahrlich nicht mehr eingängigen Konzept der Tatstrafe hören soll, ohne dabei nicht auch schon Kenntnis von dem Korrektiv der Gewissensfreiheit bekommen zu haben.⁴⁸¹ Möglich mag dies zwar sein,

Wenn im Einzelfall einer Exkommunikation Zwangswirkung zukäme, ist es natürlich sehr gut denkbar, dass das Gericht zu einer mildereren Strafform griffe. Im Extremfall, dass selbst die mildest denkbare Strafform Zwangsfolgen zeitigte, wäre das Gericht wohl gezwungen, auch bei obligatorischen Strafen auf eine Strafverhängung zu verzichten, sofern überhaupt ein Fall vorläge, bei dem einzig der Besserungszweck für eine Bestrafung spräche. Hierzu könnte das Gericht sich auf can. 1344 Nr. 1 CIC stützen. Die dort erwähnte opportunere Zeit für eine Bestrafung wäre der Zeitpunkt, in dem der Betroffene seine übermäßige Skrupulösität überwunden hätte.

⁴⁷⁷ LÜDICKE, in: MK-CIC, 1314, Rn. 4 (Bearb. 1992), die Reform-Kommission wiedergebend. Vgl. im Übrigen auch auf den Gesichtspunkt der Wirksamkeit abstellend can. 1318 CIC. Siehe ferner KRÄMER, Strafen in einer Kirche der Liebe, in: „Strafrecht“ in einer Kirche der Liebe (Fn. 377, 2006), 19. Weitere Nachweise oben S. 5, Fn. 12.

⁴⁷⁸ Vgl. allerdings gegen den Sinn solchen Verständnisses argumentierend GREEN (Fn. 7) *The Jurist* 50 (1990), 236–237.

⁴⁷⁹ Das ist Straf voraussetzung, can. 1324 § 1 Nr. 9, § 3 CIC.

⁴⁸⁰ Siehe oben S. 93.

⁴⁸¹ Rein praktisch betrachtet kommt hinzu, dass skrupulöse Personen, die in einer Exkommunikation einen Gewissenszwang erblicken, wohl weniger in Gefahr geraten, sich beispielsweise in einer Häresie (Tatstrafe i. S. d. can. 1364 CIC) zu verhärten. Skrupulösität geht hier wohl mit einer Tendenz zur „Rechtgläubigkeit“ einher.

doch könnte der Hinweis auf nicht intendierte Einzelfälle mit einer solchen Argumentation noch eher als hinnehmbar erklärt werden.

Sichtbar wird mit diesem Exkurs zur Frage der Tatstrafe, dass Zweifel an der Rechtsfrage auch daraus resultieren können, dass die subjektive Intention des kirchlichen Gesetzgebers – möglicherweise zusammengenommen mit (oder ersetzt durch) die objektive Voraussehbarkeit der Folgen –⁴⁸² eine Rolle spielen könnten bei der Frage nach dem Vorliegen von Zwang.⁴⁸³ Das würde ein weiteres Mal verdeutlichen, wie schwer es ist, hier verbleibende Zweifel an der Feststellung zu beseitigen, ob Zwang vorliegt.

III. Zweifel als Ergebnis? – Rechtsvergleich zum Völkerrecht

Nun mag einem ein wenig unwohl sein, unter Rückgriff auf eine Zweifelsregel auf ein eindeutiges Zwischenergebnis – ist Strafe Zwang oder nicht? – zu verzichten. Ist dies Fehlen einer klaren Antwort auf die eigentliche Frage nicht auch als ein teilweises Versagen zu bewerten? Bei dem jetzigen Stand der Doktrin scheint mir jedoch keine handfestere Antwort möglich zu sein. Weitergehende, bisher von der Kanonistik bzw. Theologie noch nicht erarbeitete Grundlegungen wären nötig, die den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Doch ist es der Rechtsvergleich mit dem Völkerrecht, der dieses Desiderat nach mehr Klarheit in das rechte Licht rücken wird: Wenn und weil nämlich die internationale Rechtsgemeinschaft – trotz der evidenten Wichtigkeit der Religions- und Gewissensfreiheit im völkerrechtlichen Rahmen – ihrerseits nicht in der Lage ist, klare Antwort auf strukturell gleich gelagerte Fragestellungen zu geben, so ist das auch hier von Bedeutung. Zweifel als Zwischenergebnis sind nichts, dessen sich die Kanonistik schämen müsste.

⁴⁸² Objektiv voraussehbar könnte dann bedeuten, dass dem Gesetzgeber ein Gesetz dann als Verstoß gegen die Gewissensfreiheit zuzurechnen ist, wenn dessen Anwendung nicht nur in atypischen Fällen, sondern mit größerer Regelmäßigkeit dazu führt, dass Betroffene deshalb einem Zwang ausgesetzt sind.

⁴⁸³ Im staatlichen Recht bedarf es jedenfalls genauerer Ausführungen zur Rolle des Täters, vgl. dazu unten den Definitionsversuch ab S. 211.

2. TEIL: DER SCHUTZ DES FORUM INTERNUMS IM VÖLKERRECHT

A) Einführung

Dem Schutz der Gewissensfreiheit kommt in der internationalen Menschenrechtsordnung eine herausgehobene Bedeutung zu, wie sich aus den hier nun zu analysierenden Normen, sprich Art. 18 ICCPR sowie Art. 9 EMRK, erschließen lässt. Das Gewissen kann dabei zunächst als ein Aspekt der Glaubens- und Religionsfreiheit verstanden werden, der auf die *innere* Überzeugung verweist.⁴⁸⁴ Das sog. *forum internum*⁴⁸⁵ wird dabei als unverletzlich kategorisiert: ‘Under international law, freedom of conscience is absolute and cannot suffer any limitation’.⁴⁸⁶ Infolgedessen vermag zum Beispiel die Freiheit von Zwang in keiner Weise beschränkt werden.⁴⁸⁷

Hiermit wird ein ambitioniertes Versprechen gegeben. Es gilt nun zu prüfen, ob es eingelöst werden kann, denn nicht wenige Fallstricke sind zu vermeiden. So bedürfte es beispielsweise einer ausreichenden Definition dessen, was als Zwang bezeichnet wird, um überhaupt dieser Gefahr für das *forum internum* wirksam begegnen zu können. Schließlich wird vorgetragen, es gäbe „sehr subtile Wege der Beeinflussung“ und des Eingreifens in das „Recht, frei zu sein von Zwang in Sachen Religion oder Weltanschauung“, so z. B. in der „Beeinflussung durch die Massenmedien“.⁴⁸⁸ Zwang könne deshalb auch in der Weise definiert werden, dass „jedwede Form des Manifestierens“⁴⁸⁹ einer Religion oder eines Glaubens gegenüber Anhängern anderer Religionen als ‚Zwang‘ verstanden werden könne.“⁴⁹⁰ Nimmt man solche Äußerungen ernst, wären folgerichtig umfassende Schutzmechanismen herauszuarbeiten, die dann auch die

⁴⁸⁴ Vgl. die Verwendung des Begriffs “freedom of conscience” bei UNGA, ‘Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief’ (Asma JAHANGIR) (13.9.2006) UN Doc A/61/340, S. 59 (§ 11–12). Detaillierter siehe später ab S. 112.

⁴⁸⁵ Die Terminologie ist uneinheitlich, vgl. S. 113, Fn. 514.

⁴⁸⁶ UNGA, ‘Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief’ (Asma JAHANGIR), *ibid*.

⁴⁸⁷ UNHCR, ‘General Comment No. 22 (1993)’ in ‘Note by the Secretariat, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies’ (2006), UN Doc HRI/GEN/1/Rev.8, § 8 (S. 196).

⁴⁸⁸ ‘Very subtle ways of influencing’ and interfering with the ‘right to be free from coercion in matters of religion or belief’, which may be seen in ‘the influence of mass media’: DE JONG, *The Freedom of Thought, Conscience and Religion or Belief in the United Nations*, Antwerpen 2000, 19, Fn. 3. Vgl. auch M. D. EVANS, *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge 1997, 295 hinsichtlich Werbung.

⁴⁸⁹ Der englische Begriff ‘manifestation’ wird anstelle der gebräuchlicheren Übersetzung „Bekenntnis“ auch in Zukunft zumeist als „Manifestieren“ oder „Manifestation“ übersetzt, da so deutlicher wird, dass es sich hierbei um die *äußere* Kundgabe innerer Überzeugungen handelt.

⁴⁹⁰ ‘Every form of manifestation of one’s religion or belief vis-à-vis adherents of other religions or beliefs might be considered “coercion”.’ Vgl. DE JONG, *Freedom of Thought, Conscience and Religion or Belief* (Fn. 488, 2000) 44.

Als praktisches Beispiel für eine maßlose Auslegung von sog. „Proselytismus“ als Eingriff in die Gewissensfreiheit vgl. das das erstaunliche Sondervotum von Richter VALTICOS, *Kokkinakis v. Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 429–432; kritisiert von GUNN, *Adjudicating Rights of Conscience Under the ECHR*, in: *Religious Human Rights in Global Perspective*, hrsg. v. *van der Vyver* u. a., Den Haag 1999, 328 als ‘vituperative’ und als Ausdruck eines ‘bold-faced prejudice against a religion with which he differs’.

Abwehr von Beeinträchtigungen nicht-staatlicher Akteure beinhalten müssten. Solch ein umfassender Ansatz provozierte jedoch Konflikte mit etwaigen Gegenrechten derjenigen Privatpersonen, die sich auf solche Weise auf der Anklagebank der Gewissensfreiheit wiederfänden.

Man mag allerdings bezweifeln, ob das Versprechen absoluten Schutzes des *forum internum* überhaupt solch längerer Erörterungen wert ist. Schließlich könnte bei nüchterner Auslegung in sachlicher Hinsicht ein solch enger Schutzzadius gegeben sein, dass es – zumindest in der Praxis eines Rechtsstaates – auf dieses Menschenrecht kaum wird ankommen können. Das Schutzobjekt sind schließlich die *inneren* Überzeugungen. Was aber jemand wahrhaft innerlich glaubt oder nicht, bleibt doch dem einzelnen Subjekt überlassen: Die Gedanken *sind* schon frei. ‘Viewed from this angle, one would assume that any intervention from outside is ... impossible.’⁴⁹¹

Über derartige strukturelle Probleme hinaus zwingen auch aktuelle Entwicklungen dazu, sich näher mit dem Schutzbereich des *forum internum* zu befassen.⁴⁹² Islamistisch begründeter

⁴⁹¹ KRISHNASWAMI, ‘Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices’ (1960) UN Doc E/CN.4/Sub.2/200/Rev.1, S. 16. Vgl. auch TAHZIB, *Freedom of Religion or Belief*, Den Haag 1996, 88; ELTAYEB, *Legal Protection of the Right to Freedom of Thought, Conscience, and Religion or Belief in Muslim Countries*, in: *Freedom of Religion*, hrsg. v. Naber, Assen 2000, 101; C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention*, Oxford 2001, 68; LERNER, *Religion, Secular Beliefs and Human Rights*, Leiden 2006, 127. Vgl. m. w. N. S. 143, Fn. 661.

⁴⁹² Diese Arbeit untersucht, wie mit dem Schutz des *forum internum* praktikabel zu arbeiten ist und wo dogmatische Schwierigkeiten liegen. Sie kann aber nicht – sieht man von der Beschreibung der einschlägigen Judikatur ab – zudem die tatsächliche Situation hinsichtlich der Gewissensfreiheit beschreiben. Nur als Beispiel sei das Folgende genannt, um die oben angesprochene Aktualität zu belegen:

Vor nicht allzu langer Zeit wurde beispielsweise in Deutschland darüber diskutiert, ob Islam-Konvertiten von Sicherheitsbehörden besonders zu überwachen seien, wie dies vom ehemaligen bayerischen Innenminister und jetzigen Ministerpräsidenten BECKSTEIN 2007 vorgeschlagen wurde, vgl. <http://www.tagesschau.de/inland/meldung492018.html> (eingesehen am 26.2.2008).

Darüber hinaus ist u. a. in Deutschland die Behandlung der sog. Scientology Church von besonderer Bedeutung. Insoweit ist zu beachten, dass in der menschenrechtlichen Literatur z. T. harsche Kritik an den deutschen Behörden und Gerichten geübt wird, da diese unsubstantiiert behaupteten, Scientologen verwendeten Methoden wie „brain-washing“ u. ä. Dies sei diskriminierend und verstoße gegen Art. 18 ICCPR, siehe BOYLE/ SHEEN (Hg.), *Freedom of Religion and Belief*, London, 1997, 312–314. In Deutschland wird dagegen teilweise vertreten, es gebe den begründeten Verdacht, Scientology vertrete verfassungsfeindliche Bestrebungen, siehe hierzu beispielsweise das Urteil des OVG Münster v. 12.2.2008, Az 5 A 130/05, Pressemitteilung <http://www.ovg.nrw.de/presse/pressemitteilung/2008/p080212.htm> (eingesehen am 26.2.2008; siehe auch den Hinweis in der FAZ v. 13.2.2008 (Nr. 37), S. 4). Vgl. dagegen die Stellungnahme von Scientology mit Hinweisen auf anderslautende Rechtsprechung unter <http://www.scientology.de/articles/712101408142.vm?locale=de> (eingesehen am 26.2.2008).

Nach den Berichten der verschiedenen Special Rapporteurs erfährt die Gewissensfreiheit zzt. besondere Bedrohungen, insbesondere hinsichtlich des Rechts auf Religionswechsels in Ländern mit muslimischer Bevölkerungsmehrheit. Vgl. den Überblick mit entsprechenden Nachweisen bei LERNER, *Religion, Secular Beliefs and Human Rights* (Fn. 491, 2006) 144–148 und GHANEA, *Apostasy and Freedom to Change Religion or Belief*, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief*, hrsg. v. Lindholm u. a., Leiden 2004, 680–1.

Hinsichtlich eines aktuellen Beispiels vgl. BOMS/ MEUNIER, *Egypt’s choice*, Washington Post (Artikel am 27.8.2007 veröffentlicht)

<http://washingtontimes.com/apps/pbcs.dll/article?AID=/20070827/EDITORIAL/108270016> (eingesehen am 26.2.2008). Der Artikel handelt von Mrs und Mr Hegazy, die vom Islam zum Christentum konvertiert sind und vor Gericht dagegen vorgegangen sind, dass ihre erfolgte Konversion nicht von den Behörden offiziell anerkannt wurde (mit gravierenden rechtlichen Folgen, etwa hinsichtlich der deshalb von Geburt an lebenslanglich als muslimisch behandelten Kinder). In diesem Zusammenhang soll der ägyptische Minister für religiöse

Terror mag Anlass sein, religiös gedeutete Kleidung wie Kopftücher zu verbieten. Behauptetes Ziel solcher Reaktionen ist es dabei, die Gewissens- und Religionsfreiheit derjenigen zu schützen, die durch das Tragen religiöser Kleidung belästigt seien. Es bleibt zu sehen, ob solche Begründungsansätze sich tatsächlich auf den Schutz des *forum internum* stützen können.

Die folgende Analyse wird sich in erster Linie⁴⁹³ auf *Eingriffe* in das *forum internum* beziehen, nämlich auf Zwang im Sinne von Art. 18 § 2 ICCPR und auf Indoktrinieren, wie es mit Blick auf Art. 9 EMRK herausgearbeitet wird. Vielfältige Probleme resultieren dabei daraus, dass diejenigen Konflikte unangemessen behandelt werden, denen nicht-staatliche Beeinträchtigungen des *forum internum* zugrunde liegen. Daher ist es notwendig, auch die allgemeine dogmatische Herangehensweise bei sog. „horizontal effects“ der Menschenrechte einer näheren Überprüfung zu unterziehen.

Die eben aufgezeigten Positionen zum Zwangsbegriff geben – durch ihre Inkonsistenz – einen ersten Eindruck davon, was diese Untersuchung substantiieren wird: Das Recht ist vor einer Überstrapazierung zu bewahren; es ist die Gesellschaft selbst, die sich als fähig erweisen muss, Gefährdungen im Bereich des *forum internum* zu begegnen, ohne vorschnell nach angeblich rechtlich begründeten Ansprüchen zu rufen.

Angelegenheiten in einem Zeitungsinterview erklärt haben ‘that when a religious conversion becomes public it is considered a threat to public order and hence should be equated to an act of treason which is punishable by death’. Vgl. auch den Artikel der Associated Press, veröffentlicht im International Herald Tribune am 11.8.2007, <http://www.iht.com/articles/ap/2007/08/11/africa/ME-GEN-Egypt-Muslim-Convert.php> (eingesehen am 26.2.2008). Nunmehr wurde erstinstanzlich Ende Januar 2008 gerichtlich entschieden, dass wegen der Beachtung der Shari’a als ‘primary source of legislation’ (Art. 2 der ägyptischen Verfassung) die rechtliche Anerkennung des Glaubensabfalls vom Islam nicht möglich sei. Siehe <http://www.christiantoday.com/article/egyptian.court.dismisses.case.to.recognise.religious.conversion/16643.htm> (eingesehen am 26.2.2008).

Vgl. auch FAZ v. 11.2.2008 (Nr. 35), S. 5, wonach auch ein Berufungsgericht in den Entscheidungsgründen ausgeführt habe, ein Glaubensabfall vom Islam (wohl aber vom Christentum) könne vom Staat nicht anerkannt werden und dies nur im Falle derer anerkannt hat, die als Kopten geboren wurden und nach zwischenzeitlicher Annahme des Islams – wohl um die Möglichkeit zu erlangen, eine Muslimin heiraten zu dürfen – nach der Scheidung wieder als Christen leben wollen. Gewisse Fortschritte mit Blick auf die Religionsfreiheit konstatiert allerdings Rainer HERMANN, Mehr Religionsfreiheit in Ägypten, in: FAZ v. 28.3.2008 (Nr. 73), S. 10.

Zur Rechtslage in Algerien siehe Hans-Christian RÖBLER, Algerische Christenverfolgung, in: FAZ v. 5.6.2008 (Nr. 129), S. 7.

⁴⁹³ Es ist nicht Aufgabe dieser Studie, eine umfassende Bestandsaufnahme der Problemlagen im Bereich des *forum internum* zu geben. Streitfragen, die durch sonstige Faktoren maßgeblich beeinflusst sind, bleiben unberücksichtigt, siehe beispielhaft etwa die Probleme, die aufgrund der spezifischen Beziehung zwischen Eltern und Kindern entstehen. Diesbezüglich ist umstritten, ob und wenn, auf welche Weise Kinder sich auf Gewissensfreiheit gegen Indoktrinieren durch ihre Eltern wehren können (vgl. z. B. NOWAK/ VOSPERNIK, *Permissible Restrictions on Freedom of Religion or Belief*, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief*, hrsg. v. Lindholm u. a., Leiden 2004, 150). Auch die Berufung auf das *forum internum* in militärischen Kontexten wird nicht behandelt, vgl. dazu z. B. TAYLOR, *Freedom of Religion, UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge 2005, 141–144.

B) Kohärente Auslegung des forum internum? Interpretationsschwierigkeiten hinsichtlich Zwangs, Indoktrinierens und weiterer Rechtsbegriffe in diesem Zusammenhang

Zunächst bedarf es einiger Abgrenzungen und begrifflicher Klärungen.

I. Einige Klärungen und Eingrenzungen

Angesichts vielfältiger, verworrener Einzelprobleme im Bereich der Struktur der Art. 18 ICCPR und 9 EMRK darf es dabei nur um einige Grundzüge gehen.

1. Eingriff im Bereich innerer Überzeugungen – Zwang und Indoktrinierung als Beispiele eines Eingriffes in ein absolutes Recht

Beiden hier zu untersuchenden Bestimmungen ist eine bedeutsame Unterscheidung zu eigen. Sie beschränken die Befugnis des Staates, die Glaubens- und Religionsfreiheit zu beschränken, einzig auf deren Ausübung ('manifestation')⁴⁹⁴, siehe Art. 18 § 3 ICCPR and Art. 9 § 2 EMRK.⁴⁹⁵ Daraus folgend ist die innere Überzeugung selbst, solange die Schwelle des äußerlichen Manifestierens nicht überschritten ist, absolut gegen jegliche Form von Eingriffen geschützt.⁴⁹⁶ Der Schutz der inneren Überzeugung ist also als absolutes Recht ausgestaltet.⁴⁹⁷

⁴⁹⁴ Kritisch zum Gebrauch des Begriffs 'manifestation' bei Art. 18 § 1 ICCPR siehe NOWAK, CCPR Commentary, Kehl, 2. A. 2005, Art. 18, Rn. 20, Fn. 60 (S. 418).

⁴⁹⁵ Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (siehe näher Fn. 527) kennt dagegen nur eine generelle Schrankenregelung, nämlich Art. 29, die auf sämtliche Rechte der Erklärung Anwendung findet. Vgl. jedoch bezogen auf das afrikanische Menschenrechtssystem mit dem gleichen Ergebnis (Schrankenregelung einzig mit Blick auf das Manifestieren) Art. 8 der African Charter on Human and Peoples' Rights (verabschiedet von der 18. Versammlung der Heads of State and Government of the Organization of African Unity, Nairobi, Kenia, 26.6.1981; in Kraft getreten am 21.10.1986; OAU Doc. CAB/LEG/67/3/Rev.5 (1981), abgedruckt in MURRAY/ M. D. EVANS (Hg.), Documents of the African Commission on Human and Peoples' Rights, Oxford 2001, 3–17); siehe zum absoluten Schutz MUGWANYA, Human Rights in Africa, Ardsley 2003, 289; OUGUERGOUZ, The African Charter on Human and Peoples' Rights, Den Haag 2003, 158.

⁴⁹⁶ Siehe das hinsichtlich Art. 18 ICCPR feststellend UNHCR 'General Comment No. 22 (Art. 18)' (27.9.1993) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (1993); wiedergegeben in 'Note by the Secretariat, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies' (2006), UN Doc HRI/GEN/1/Rev.8, § 3, S. 195 ('Art. 18 distinguishes the freedom of thought, conscience, religion or belief from the freedom to manifest religion or belief. It does not permit any limitations whatsoever on the freedom of thought and conscience or on the freedom to have or adopt a religion or belief of one's choice. These freedoms are protected unconditionally'); Special Rapporteur on freedom of religion or belief (Asma JAHANGIR), 'Report: Civil and Political Rights, Including the Question of Religious Intolerance' (9.1.2006) UN Doc E/CN.4/2006/5, S. 12–13 (§ 40); PARTSCH, Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms in: The International Bill of Rights, hrsg. v. Henkin, New York 1981, 212; TAHZIB, Freedom of Religion or Belief (Fn. 491, 1996) 87–88; NOWAK, ICCPR (Fn. 494, 2005) Art. 18, Rn. 10–11 (S. 412–413); BOYLE, Freedom of Conscience in International Law, in: Freedom of Conscience, hrsg. v. Council of Europe, Straßburg 1993, 46; ders., Freedom of Religion in International Law, in: Religion, Human Rights and International Law, hrsg. v. J Rehman u. a., Leiden, 2007, 42; LERNER, Religion, Secular Beliefs and Human Rights (Fn. 491, 2006) 21; SCHEININ, The Human Rights Committee and Freedom of Religion or Belief, in: Facilitating Freedom of Religion or Belief, hrsg. v. Lindholm u. a., Leiden 2004, 190.

Von daher wird deutlich, wie wichtig es ist, den Eingriff in solch ein nicht einschränkbares Recht präzise definieren zu können. Sobald ein Eingriff festgestellt werden kann, ist schließlich die Konsequenz nicht – wie zumeist bei internationalen Menschenrechten –, dass die widerstreitenden Interessen gegeneinander abzuwägen sind. Anstelle einer Verhältnismäßigkeitsprüfung mit ungewissem Ausgang führt schon die Feststellung eines Eingriffs dazu, dass ein ungerechtfertigter Verstoß gegen das Menschenrecht vorliegt. Daher ist es von allein entscheidender Bedeutung, ob Zwang oder Indoktrinieren⁴⁹⁸ bejaht werden kann oder nicht.

Mit Blick auf Art. 9 EMRK siehe nur *Kokkinakis v. Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 419 (§ 33); MARÍNEZ-TORRÓN, *Limitations on Religious Freedom in the Case Law of the European Court of Human Rights* (2005) 19 Emory Intl L Rev 590; UERPMANN-WITZACK, Art. 9 EMRK, in: *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, hrsg. v. Ehlers, Berlin, 2. A. 2005, § 3, Rn. 34 (S. 76); KNIGHTS, *Freedom of Religion, Minorities, and the Law*, Oxford 2007, 2.52 (S. 38).

Schon früh wollte die Commission on Human Rights solch absoluten Schutz gesichert wissen, vgl. ‘Draft International Covenant on Human Rights’ (1949) UN Doc E/CN.4/SR.116, S. 9 (Libanon); Commission on Human Rights, ‘Draft International Covenant on Human Rights’ (1949) UN Doc E/CN.4/SR.117, S. 6 (Frankreich).

⁴⁹⁷ Vgl. NOWAK, *Introduction to the International Human Rights Regime*, Leiden 2003, 56; 58, der feststellt, dass die Gewissensfreiheit zu den wenigen Rechten gehöre, die absolut seien. Vgl. konkret zu Art. 9 EMRK M. D. EVANS, *Religious Liberty* (Fn. 488, 1997) 284. Mit Blick auf Art. 18 ICCPR als Begriff benutzt z. B. bei VAN DER VYVER, *Limitations of Freedom of Religion or Belief: International Law Perspectives* (2005) 19 Emory Intl L Rev 501, TAHZIB, *Freedom of Religion or Belief* (Fn. 491, 1996) 88; GHANEA, *The 1981 UN Declaration: Some Observations*, in: *The Challenge of Religious Discrimination at the Dawn of the New Millennium*, hrsg. v. ders., Leiden 2003, 15.

Vgl. generell zu dieser Terminologie SHESTACK, *The Jurisprudence of Human Rights*, in: *Human Rights in International Law*, Vol. I, hrsg. v. Meron, Oxford 1984, 70–71.

⁴⁹⁸ Es wird allerdings von einer Ansicht abweichend hiervon vorgetragen, dass solch ein auf einem *absoluten* Recht resultierender Schutzmechanismus bezweifelt werden müsse (‘the “absolute” protection of the *forum internum* against indoctrination is, however, not as absolute as it may seem at first glance’, siehe NOWAK/VOSPERNIK, *Permissible Restrictions*, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief* (Fn. 493, 2004) 149.

Genauer betrachtet vertreten die Autoren jedoch keine andersartige dogmatische Herangehensweise als die eben beschriebene, sondern beziehen sich in ihrer Kritik nur auf die Schwächen innerhalb der Rechtsprechung des EGMR (*Kokkinakis*, vgl. hierzu den Text beginnend ab S. 201) und auf die Vorbehalte von muslimisch geprägten Ländern gegen “proselytierende” Missionare.

Deren Wortwahl ist daher zurückzuweisen. Auf Unzulänglichkeiten bei der praktischen Umsetzung hinzuweisen – insoweit ist ihnen in der Sache Recht zu geben –, zwingt nicht ohne weiteres dazu, das zugrunde liegende dogmatische Konzept zu verändern, wenn nicht zugleich ein alternatives Modell näher dargelegt wird. Es ist zu vermuten, dass deren Kritik, gegen Indoktrinieren werde „nicht so absolut“ geschützt, dahingehend zu verstehen sein soll, dass „absolut“ dabei nicht gleichgesetzt werden darf mit einem von der sachlichen („schutzbereichlichen“) Reichweite her besonders breit angelegten, umfassend wirkenden Schutzmechanismus. So verstanden, könnte dies eine zutreffende Beobachtung sein.

Es gibt nur ein einziges Argument, was direkt das dogmatische Konzept zum Schutz eines absoluten Rechts betrifft. Sie führen aus: ‘How should one balance the right to teach religious views and to convince others with the “absolute” right of others not to suffer violation of their *forum internum*?’ Interessanterweise könnte solch ein Argument gegen einen absoluten, abwägungsunabhängigen Schutz zutreffend sein, wenn man NOWAK auch in anderer Hinsicht zustimmt. Er ist nämlich zudem der Auffassung, dass ‘human rights are directed both at violations by the state [...] and by private persons (the horizontal level)’ (NOWAK, *Introduction Intl HR* (Fn. 497, 2003) 52). Der Begriff „Rechte der anderen“ bezieht sich unweigerlich auf einen zugrunde liegenden Konflikt zwischen Privaten auf der horizontalen Ebene. Es wird jedoch zu zeigen sein, dass (in Übereinstimmung mit dem UNHRC und dem EGMR) der Staat keineswegs ausnahmslos zum Eingreifen verpflichtet ist, wenn ein Privater gegen ein Menschenrecht zuwider handelt (siehe den Abschnitt beginnend mit S. 155). Das ist der Grund, weshalb es auch nicht dogmatisch inkonsistent ist, von einer Abwägung auszugehen, die als einen bloßen Abwägungsgesichtspunkt das *forum internum* betrifft. Absolut geschützt ist dieses Recht nur mit Blick auf Eingriffe durch den Staat. Folglich zeigen NOWAK und VOSPERNIK keine Gründe auf, vom oben dargestellten theoretischen Konzept hinsichtlich Indoktrinierens abzuweichen.

2. Terminologie: Gedanken- und Gewissensfreiheit – Innere Überzeugungen im Sinne der Religions- und Weltanschauungsfreiheit

Der Wortlaut von Art. 18 ICCPR und Art. 9 EMRK umfasst eine weitere Unterscheidung, die allerdings in der Praxis nicht so gesichert ist wie diejenige zwischen bloßem Manifestieren einerseits und absolut geschützter innerer Überzeugung andererseits. Es wird nämlich die Gedanken- und Gewissensfreiheit geschützt, wohingegen die Schrankenregelung sich allein auf die Religions- und Weltanschauungsfreiheit⁴⁹⁹ bezieht. Daraus kann geschlossen werden, dass der gleiche Schutzmechanismus, der der absolute geschützten inneren Überzeugung zukommt, auch anzuwenden ist für die Gedanken- und Gewissensfreiheit. Hinsichtlich Letzterer besteht gemäß dem Wortlaut schließlich ebenso wenig die Möglichkeit einer Beschränkung wie hinsichtlich des *forum internum*. Ein solcher Rückschluss ließe sich insoweit auch sachlich begründen, als die Nähe zwischen innerer (religiöser oder säkularer) Überzeugung auf der einen Hand und dem eigenen Gedanken bzw. dem eigenen Gewissen auf der anderen Hand nahe liegt.

Trotz dieser Ähnlichkeit ist umstritten, ob und ggf. wie eine Ausdifferenzierung⁵⁰⁰ hinsichtlich weiterer Rechtsfolgen vorzunehmen ist, insbesondere, ob und wie es denn ein nach außen wirkendes „Manifestieren“ eines Gedankens und des Gewissens geben könne.⁵⁰¹ Es wird teilweise vorgeschlagen, derartige Manifestationen seien (einzig) durch das Menschenrecht auf Meinungsfreiheit geschützt.⁵⁰² Als Folge hiervon würde es notwendig, zwischen bloßem „Manifestieren“ des Gewissens (ohne besonderen Schutz durch Art. 9 EMRK oder Art. 18 ICCPR) und dem Manifestieren einer (religiösen oder säkularen) Überzeugung („*religion or belief*“) zu differenzieren (vgl. Art. 9 § 2 EMRK und Art. 18 § 3 ICCPR).⁵⁰³

⁴⁹⁹ Der englische Begriff ‘belief’ neben ‘religion’ bürgt gerade auch für den Schutz nicht-religiöser Bekenntnisse und kann daher mit Weltanschauung übersetzt werden.

⁵⁰⁰ Vgl. allgemein hierzu C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention* (Fn. 491, 2001) 52–53, mit Nachweisen zu Autoren, die jedwede Differenzierung ablehnen.

Vgl. auch, als Beispiel eines Versuchs, eine exklusive Dogmatik einzig bezogen auf den Schutz des Gewissens in seiner nicht-religiösen Funktion zu entwickeln HAMMER, *The International Human Right to Freedom of Conscience*, Aldershot 2001, *passim*.

⁵⁰¹ Vgl. die Erörterungen bei BLUM, Art. 9 EMRK (Fn. 496, 1990), 159–162.

⁵⁰² Vgl. ausdrücklich sich auch auf das Gewissen beziehend (und sich dann auf Art. 10 EMRK stützend) so z. B. M. D. EVANS, *Religious Liberty* (Fn. 488, 1997) 284–286. Dieser Auffassung nach ist der oben im Text erläuterte Rückschluss also insoweit unzutreffend, weil sachlich für derartige „Manifestationen“ Art. 18 ICCPR bzw. Art. 9 EMRK gar nicht *sedes materiae* wären und *deshalb* dann sehr wohl Einschränkungen möglich sind, die allenfalls unter dem Rechtfertigungszwang anderweitiger Menschenrechte stünden.

⁵⁰³ Dies könnte zu erreichen sein durch eine Analogie zum religiösen Glauben:

So könnte z. B. eine besonders zu schützende säkulare Überzeugung (vergleichbar zum religiösen Glauben) von einer bloßen „säkularen“ Gewissensbetätigung dadurch abgegrenzt werden, dass die Überzeugung eine „vergleichbar zentrale Rolle“ im Leben des Betroffenen ausfüllen müsste, vgl. M. D. EVANS, *Religious Liberty* (Fn. 488, 1997) 286. Vgl. auch REMMELINK, *General Report on Freedom of Conscience*, in: *Freedom of Conscience*, hrsg. v. *Council of Europe*, Straßburg 1993, 199–200.

Hinsichtlich eines weiteren Versuchs zu differenzieren siehe die Bezugnahme auf Handlungen, die besonders eng verknüpft sind (‘acts intimately linked’) mit dem *forum internum* bei EKMR, *C v UK* (Zlk.-Entsch., 15.12.1983, Nr. 10358/83) DR 37, S. 147.

Andere hingegen ordnen sämtliche⁵⁰⁴ äußeren Kundgaben unisono dem Schutz der Art. 9 EMRK bzw. Art. 18 ICCPR zu.⁵⁰⁵ Dies gälte auch für die Gewissensfreiheit, der sachlich eine Auffangfunktion zukomme mit Blick auf feste Überzeugungen, bei denen die Verbindung zu Religion oder Weltanschauung zumindest fraglich sei.⁵⁰⁶

Angesichts des Schwerpunkts dieser Studie bedarf es keiner weiteren Erörterung dieser Problematik⁵⁰⁷, da hier das *forum internum* im Blickpunkt steht. Insoweit aber, mit Blick auf die inneren Überzeugungen, ist von einem Schutz als absolutem Recht auszugehen. Es bedarf insoweit nur der Auseinandersetzung mit derjenigen Auffassung, wonach möglicherweise hinsichtlich der Gewissensfreiheit *insgesamt* von einem bloßen relativen Schutz nach Maßgabe der allgemeinen Schrankenregelungen (Art. 9 § 2 EMRK und Art. 18 § 3 ICCPR) auszugehen ist. Von einigen wird schließlich vorgetragen, dass es zwar richtig sei, dass „dem Wortlaut nach lediglich die Einschränkung des Rechts der Ausübung der Religion oder Weltanschauung“ gewährleistet wären. Doch seien es systematische Gründe, insbesondere der Vergleich mit den sonstigen Schrankenregelungen, die dafür sprächen, „die Gewissensfreiheit, „die nach dem Wortlaut [...] ebenfalls nicht beschränkbar ist, dem Gesetzesvorbehalt zu unterstellen“.⁵⁰⁸ Soweit diese Auslegung die Frage betreffen sollte, ob (nur) eine „Ausübung der Gewissensfreiheit“ im Sinne eines Manifestierens dem Schrankenvorbehalt zu unterstellen ist,⁵⁰⁹ kann eine solche Fragestellung hier dahinstehen. Schließlich soll hier nicht der Bereich des Manifestierens, sondern der des *forum internum*s analysiert werden. Sollte hiermit jedoch vorgetragen werden, dass es einen absoluten Schutz im Bereich der Gewissensfreiheit grundsätzlich nicht gäbe, so ist dies zurückzuweisen, und zwar aus systematischen Gründen. Zunächst ist darauf hinzuweisen,

⁵⁰⁴ In sachlicher Hinsicht bleibt es natürlich möglich, zunächst auszulegen, was denn genau Gewissensausübung ist, sodass insoweit – wenn man etwa eine „allgemeine Handlungsfreiheit gemäß dem Gewissen“ ablehnt – gewisse sozusagen nur lose mit dem Gewissen verbundene Ausübungen sehr wohl hiernach schutzlos bleiben können. Vgl. hierzu BLUM, Art. 9 EMRK (Fn. 496, 1990), 158, siehe dort auch das Zitat.

⁵⁰⁵ Vgl. etwa NOWAK, ICCPR (Fn. 494, 2005) Art. 18, Rn. 11 (S. 413). Er befürwortet den Schutz des „Manifestierens“ des Gewissens direkt durch Art. 18 ICCPR. Für eine Berücksichtigung ‘to give articulate expression to both thought and conscience’ vgl. auch UNGA, Third Committee, ‘Draft International Covenants on Human Rights, Article 18 of the draft ICCPR’ (1960) UN Doc A/C.3/SR.1021, Saudi-Arabien (S. 198, § 9).

⁵⁰⁶ Zu Letzterem siehe etwa WALTER, Religionsverfassungsrecht (Fn. 496, 2006) 343.

⁵⁰⁷ Zu einer Lösung habe jedenfalls die Rechtsprechung noch nicht geführt, so die Einschätzung von C. EVANS, Freedom of Religion Under the European Convention (Fn. 491, 2001) 51–52.

⁵⁰⁸ GRABENWARTER, EMRK (Fn. 496, 2005), Rn. 99 (S. 226). Siehe ferner BLUM, Art. 9 EMRK (Fn. 496, 1990), 161–162; WALTER, Religionsverfassungsrecht (Fn. 496, 2006) 341.

⁵⁰⁹ Siehe dieses Zitat bei BLUM, Art. 9 EMRK (Fn. 496, 1990), 161, der überdies anerkennt, dass es auch Eingriffe in „die Ausbildung und das Haben eines Gewissens, also auf das sogenannte ‚forum internum‘“ gegeben kann, siehe S. 157. Von daher mag es sein, dass der Wortlaut „Ausübung“ ernst zu nehmen ist und sich die Schrankenregelung tatsächlich nur auf die Fälle äußerer Kundgabe beziehen soll.

Vgl. überdies auch bei GRABENWARTER, EMRK (Fn. 496, 2005), Rn. 99 (S. 226) den Hinweis darauf, dass es das Ziel gab, den Religionswechsel (dem *forum internum* zuzuordnen?) einschränkungslos zu gewähren. Auch dessen Bezugnahme auf EKMR, *X v UK* (Zlk.-Entsch., 10.1.1975, Nr. 6084/73) DR 3, S. 65 als zustimmende Auffassung betrifft – unabhängig von der Frage, inwieweit eine solche Kommissionsentscheidung heute noch als maßgeblich herangezogen werden kann (vgl. dazu Fn. 647 a. E.) – einen Fall von „dissemination“ (hier: Verteilen von Briefen) und damit deutlich nur die Ausübung.

dass eine etwaige Furcht vor unangemessener Beeinträchtigung des öffentlichen Lebens keineswegs zwingend ist. Die öffentliche Ordnung wird keineswegs dem persönlichen Gewissensspruch preisgegeben, denn zum einen sind nicht alle Kollisionen staatlicher Maßnahmen mit persönlichen Überzeugungen auch als *Eingriff* zu qualifizieren sind. Zum anderen ist eben zunächst einmal nur der *innere* Bereich geschützt. Darüber hinaus gilt Folgendes: Wenn und weil die ganz herrschende Lehre das *forum internum* im Sinne der Religions- und Überzeugungsfreiheit in Übereinstimmung mit dem Wortlaut als absolut geschützt ansehen, wäre es systematisch unstimmig, die *innere* Seite der Gewissensfreiheit hiervon auszunehmen. Es besteht insoweit gar kein Anlass zu einer „ergänzenden oder berichtigenden Auslegung“ des Schrankenvorbehalts⁵¹⁰ zu greifen.⁵¹¹ Nach allem ist also festzuhalten, dass der absolute Schutz – soweit es nicht um das Manifestieren geht – auf alle Schutzbereichvarianten der Art. 18 ICCPR und Art. 9 EMRK zu übertragen ist.

Aus Vereinfachungsgründen soll, im Anschluss an den eben⁵¹² genannten Sprachgebrauch⁵¹³, mit Gewissensfreiheit im weiteren Verlauf nicht etwa auf den gesonderten Aspekt „Gewissen“ in Abgrenzung zu „Gedanken“ und „Religion“ (bzw. Weltanschauung) verwiesen werden. Vielmehr sei hiermit wie mit dem Ausdruck *forum internum*⁵¹⁴ auf die inneren Überzeugungen verwiesen, die im Gegensatz zu Manifestationen den besonderen – absoluten – Schutz dieses Menschenrechtes genießen.⁵¹⁵

⁵¹⁰ Siehe die Formulierung bei BLUM, Art. 9 EMRK (Fn. 496, 1990), 161.

⁵¹¹ Dies würde auch gegen die Auslegungsmaxime verstoßen, Schrankenregelungen grundsätzlich eng auszulegen, vgl. dazu nur HENKIN, Introduction, in: The International Bill of Rights, hrsg. v. dems., New York 1981, 24, 26; KISS, Permissible Limitations on Rights, *ibid.*, 308, unter Bezug auf Art. 5 § 1 ICCPR; LINDHOLM/DURHAM, Jr./TAHZIB-LIE/GHANEVA, Introduction, in: Facilitating Freedom of Religion or Belief, hrsg. v. dems., Leiden 2004, xxxix m. w. N., siehe gerade mit Blick auf die Religionsfreiheit auch DURHAM, Jr., Facilitating Freedom of Religion or Belief Through Religious Association Laws, *ibid.*, 359.

⁵¹² Siehe S. 102 bei Fn. 484.

⁵¹³ Den man als ahistorisch bezeichnen könnte, da sich die Gewissensfreiheit im Laufe der Zeit gerade erst einen eigenständigen Gehalt errungen hat, der ihr zuvor nicht zukam, vgl. so die Ausführungen bei BLUM, Art. 9 EMRK (Fn. 496, 1990), 155–156, auch mit Vergleich zur Rechtslage nach deutschem Verfassungsrecht.

⁵¹⁴ Mit Blick auf den Ausdruck *forum internum* vgl. EKMR, *C v UK* (Zlk.-Entsch., 15.12.1983, Nr. 10358/83) DR 37, S. 147; NOWAK, ICCPR (Fn. 494, 2005) Art. 18, Rn. 6 (S. 411); MARÍNEZ-TORRÓN (Fn. 496) (2005) 19 *Emory Intl L Rev* 590 bei Fn. 9; siehe auch GUNN, Adjudicating Rights of Conscience, in: Religious Human Rights in Global Perspective (Fn. 490, 1993), 313.

⁵¹⁵ Eine gewisse Unschärfe wird dabei in Kauf genommen. Es wird im weiteren Verlauf nämlich u. a. teilweise dazu Stellung zu nehmen sein, welcher Umfang diesem absoluten Schutz zukommt. Wird nämlich später etwa besprochen, ob die Verweigerung eines religiösen Eides teilhat am absoluten Schutz des *forum internum*, so könnte anstelle dessen auch ein Schutz als ein „Handeln- und Sich-Verhaltenkönnen gemäß der Gewissensüberzeugung“ (BLUM, Art. 9 EMRK (Fn. 496, 1990), 157) in Betracht kommen. Im Wissen um den gleichwohl bestehen bleibenden Schutz könnte also eher hingenommen werden, dass etwas nicht dem Schutz des *forum internum* zuzuordnen ist. Dann bliebe deutlich, dass die Gefahr, dass andernfalls die Gewissensfreiheit ein bloßer Torso bliebe (vgl. WALTER, Religionsverfassungsrecht (Fn. 496, 2006) 340), schon gebannt ist. Da aber nur der hier untersuchte Schutz des *forum internum* *absolut* gewährt ist, die „Betätigung“ dagegen nur unter Schrankenvorbehalt, bleibt es jedenfalls notwendig, sich zu entscheiden. Die Frage darf nicht offengelassen werden, ob eine Zuordnung zum *forum internum* gegeben ist oder nicht. Von daher ist es auch zulässig, diese Untersuchung einzig auf den Bereich eben dieses *forum internum* zu beschränken.

3. Umfang des geschützten Rechts

Es ist nicht allein die Differenzierung zwischen den verschiedenen Schutzobjekten dieses Menschenrechts, die Schwierigkeiten bereitet. Schon über die Grundsatzfrage, wie denn genau Religion oder Weltanschauung ganz grundsätzlich zu definieren sind, kann kein Konsens erzielt werden.⁵¹⁶ Da auch diese Frage jedoch nicht unmittelbar die Auslegung des *forum internum* betrifft, sei hier nur vermerkt, dass sowohl hinsichtlich Art. 18 ICCPR als auch bezüglich Art. 9 EMRK nach Maßgabe der ganz vorherrschenden⁵¹⁷ und zutreffenden Sichtweise nicht allein religiöse, sondern auch atheistische und agnostische Positionen geschützt sind.⁵¹⁸

Das *forum internum* ist also, das sei zusammenfassend festgehalten, als absolutes Recht geschützt, das in der Theorie keine Beschränkung durch den Staat zulässt.

II. Auslegung von Zwang und Indoktrinieren

1. Zwang im Sinne von Art. 18 § 2 ICCPR

a) Allgemeines

Es ist eine Neuheit des ICCPR, dass dort „Zwang“ explizit erwähnt wird in Art. 18 § 2: ‘No one shall be subject to coercion which would impair his freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice.’⁵¹⁹ Dieser Paragraph ist eng verknüpft mit § 1, wo es zunächst einmal grundsätzlich heißt, dass nebst anderem das Recht gewährleistet werde, ‘to have or to adopt a religion or belief of his choice’.⁵²⁰ Die Zwangsklausel des § 2 benennt damit beispielhaft eine

⁵¹⁶ Es sei nicht möglich, „to achieve any consensus“, C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention* (Fn. 491, 2001) 51.

⁵¹⁷ Unstreitig ist dies allerdings noch nicht, vgl. C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention* (Fn. 491, 2001) 51.

⁵¹⁸ Siehe nur UNHRC, ‘General Comment No. 22 (1993)’ in ‘Note by the Secretariat, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies’ (2006), UN Doc HRI/GEN/1/Rev.8, § 2 (S. 195); LILLICH, *Civil Rights*, in: *Human Rights in International Law*, Vol. I, hrsg. v. Meron, Oxford 1984) 159.

⁵¹⁹ „Niemand darf einem Zwang ausgesetzt werden, der seine Freiheit, eine Religion oder eine Weltanschauung seiner Wahl zu haben oder anzunehmen, beeinträchtigen würde.“ Siehe auch fast wörtlich ebenso Art. 12 § 2 of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (verabschiedet am 18.12.1993; in Kraft getreten am 1.6.2003, GA Res 45/158, UN GAOR, 45th Sess.; UN Doc A/RES/45/158).

⁵²⁰ „Eine Religion oder eine Weltanschauung eigener Wahl zu haben oder anzunehmen“. Art. 18 § 1 als Ganzes lautet: ‘Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion. This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching.’

Art. 18 endet mit: ‘[§ 3] Freedom to manifest one’s religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others.’

Eingriffsform in das absolut geschützte Kernrecht, eine Religion bzw. Weltanschauung nach freier und revidierbarer Wahl zu haben. Zwang als Eingriff, der auf das forum internum bezogen ist,⁵²¹ muss daher unterschieden werden von Beeinträchtigungen des bloßen Rechts, seinen Glauben⁵²² zu manifestieren.⁵²³

b) Entstehungsgeschichte

Die Einführung des Begriffs „Zwang“ könnte sich als Fundgrube für das Verständnis des forum internums im Sinne des Völkerrechts herausstellen.⁵²⁴ Schließlich müsste, da dieses Konzept zuvor als Legaldefinition noch nicht benutzt wurde, die Entstehungsgeschichte deutlich aufzeigen, was genau die internationale Rechtsgemeinschaft verboten wissen wollte, als sie diese Eingriffsform einer kategorisch unzulässigen Beeinträchtigung des forum internums schuf. Gerade angesichts des schon oben angedeuteten weiten Spektrums an unterschiedlichen Vorstellungen in Lehre und Rechtsprechung zur Frage des Zwangs könnte daher den sog. *travaux préparatoires*⁵²⁵ entscheidende Bedeutung zukommen.⁵²⁶

Die Entstehungsgeschichte der Zwangsklausel kann in der Tat genau nachverfolgt werden. Bedenken der Ägyptischen Delegation bei der Commission on Human Rights, die den ‘Draft International Covenant on Human Rights’ auszuarbeiten hatte, wurden ursächlich für ihre

[§ 4] The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.’

⁵²¹ In Anbetracht des bloß exemplarischen Charakters und eingedenk dessen, dass die Freiheit von Zwang ohnehin ein inhärenter Bestandteil der Gewissensfreiheit sein soll (vgl. näher Fn. 523), ist diese Klausel nicht beschränkt auf das Recht ‘to have and adopt a belief’, sondern umfasst sämtliche Facetten dieses Menschenrechts, die ihrerseits als absolutes Recht geschützt sind. Vgl. NOWAK, ICCPR (Fn. 494, 2005) Art. 18, Rn. 17 (S. 416). Bzw. seine Weltanschauung.

⁵²² Bzw. seine Weltanschauung.

⁵²³ Es wird vorgetragen, dass es überflüssig gewesen sei, Art. 18 § 2 ICCPR in den Vertragstext mit aufzunehmen. Es solle keine Notwendigkeit bestehen, dem Eingriff explizit einen Namen – Zwang – zu geben (vgl. die Diskussion mit Nachweisen bei NOWAK, ICCPR (Fn. 494, 2005) Art. 18, Rn. 19, Fn. 57 (S. 417); KAUFMANN, Das Problem der Glaubens- und Überzeugungsfreiheit im Völkerrecht, Zürich 1989, 139; darüber hinaus wird oft betont, dass die Freiheit von Zwang impliziter Bestandteil der Gewissensfreiheit sei, siehe die Nachweise S. 143, Fn. 657.

Es ist jedoch nicht notwendig, der Frage nachzugeben, ob die Schaffung des Art. 18 § 2 ICCPR sinnvoll war oder nicht. Unabhängig von der Namenswahl gilt es zu beantworten, ob eine klare Unterscheidung gefunden werden kann zwischen kategorisch unzulässigen Eingriffen und noch hinnehmbaren Beeinträchtigungen unterhalb der nach Maßgabe des Art. 18 ICCPR zu bildenden Schwelle.

⁵²⁴ Vgl. auch TAYLOR, Freedom of Religion (Fn. 493, 2005) 26.

⁵²⁵ Als Überblick hinsichtlich der verschiedenen Organe, die zur Entstehung des Art. 18 ICCPR beitragen sowie den unterschiedlichen Phasen ihrer Zusammenkünfte siehe BOSSUYT, Guide to the ‘Travaux Préparatoires’ of the ICCPR, Dordrecht 1987, 371; vgl. auch TAHZIB, Freedom of Religion or Belief (Fn. 491, 1996) 81.

⁵²⁶ Siehe insoweit auch Art. 32 (a) der Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, von nun an: WVK, verabschiedet am 23.5.1969; in Kraft getreten am 27.1.1980) 1155 UNTS 331. Die Auslegungsgrundsätze der Art. 31 und 32 WVK sind Bestandteil des Völkergewohnheitsrechts, siehe ICJ, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Urteil, [1996] ICJ Rep 803, §§ 22–23 (S. 812); ferner HERDEGEN, Völkerrecht, 5. A. München 2006, 124–125 (§ 15, Rn. 28–30).

Allerdings gilt es auch, die besonderen Umstände des Zustandekommens – sprich: den im Hintergrund schwellenden Kalten Krieg – zu berücksichtigen, bevor man damalige Vorstellungen übernehmen möchte, siehe hierzu z. B. BOYLE, Freedom of Religion in International Law, in: Religion, Human Rights (Fn. 496, 2007), 23–25.

Aufnahme in den Vertragstext. 1949 und 1950 verwies nämlich der Ägyptische Delegierte darauf, dass die Aufnahme eines ausdrücklichen Rechts, seine Religion wechseln zu können, zu großen Schwierigkeiten führen könnte. Dies gälte ungeachtet dessen, dass dieses Recht noch explizit in Artikel 18 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (Universal Declaration)⁵²⁷ verankert war, und zwar gerade mit Blick auf muslimische Länder im Nahen Osten.⁵²⁸ Erfahrungen eines missbräuchlichen Gebrauchs dieses Rechts seien dabei überdies der wesentliche Grund für das Zögern dieser Staaten, solch ein Recht nun auch in einer rechtlich verbindlichen Konvention verankert zu sehen.⁵²⁹ Dieser frühe Vorstoß wurde jedoch einmütig zurückgewiesen,⁵³⁰ obschon der Delegierte deutlich zu machen versuchte, er wolle die Substanz des Rechts auf Religionswechsel nicht antasten.⁵³¹

⁵²⁷ Verabschiedet am 10.12.1948, GA Res 217A, UN Doc A/810 (von nun an Universal Declaration). Zur Mitwirkung katholischen Verständnisses an der in der Universal Declaration verankerten Religionsfreiheit vgl. GEROSA, Religionsfreiheit und Absolutheitsanspruch der Religionen, in: *Recht auf Mission contra Religionsfreiheit?*, hrsg. v. Krämer u. a., Berlin 2007, 87–88.

⁵²⁸ Überdies hat (allerdings *nur*) Saudi-Arabien gerade deshalb seinerzeit der Universal Declaration nicht zugestimmt.

⁵²⁹ Der Delegierte verwies also nicht direkt auf den Islam selbst, um gegen die Aufnahme eines solchen Rechts zu votieren, vgl. beispielsweise Commission on Human Rights, 'Draft International Covenant on Human Rights' (1949) UN Doc E/CN.4/SR.116, S. 8 (Ägypten): 'It was unnecessary to place such emphasis on the right to change one's religion, a right, which individuals often invoked for unworthy motives, e.g. when they wished to obtain a divorce'; vgl. auch Commission on Human Rights, 'Draft International Covenant on Human Rights' (1949) UN Doc E/CN.4/SR.117, S. 8 (Ägypten).

Als ein Beispiel für 'abuses' bezog sich der ägyptische Repräsentant auf katholische Ägypter, die allein deshalb zu Muslimen geworden seien, um nunmehr auf diese Weise in der Lage zu sein, sich scheiden lassen zu können, siehe Commission on Human Rights, 'Draft International Covenant on Human Rights' (1950) UN Doc E/CN.4/SR.161, S. 4 (Ägypten).

Für eine ausdrückliche Bezugnahme auf den Islam siehe jedoch mit Verweis auf den Afghanischen Repräsentanten später dann im Third Committee TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 30 bei Fn. 23. Hinsichtlich einer Befürwortung des Rechts auf Religionswechsels aus islamischer Sicht mit Blick darauf, dass zumindest im Koran selbst keine irdische Strafe für Glaubensabfall vorgesehen sei, vgl. etwa KADIVAR, *Freedom of Religion and Belief in Islam*, in: *The New Voices of Islam*, hrsg. v. dems., London 2006, 120, 132–140, siehe dort auch 126–127 zu entgegengesetzten Rechtsquellen.

Schon bei der Abfassung der Universal Declaration wurde überdies um das Recht auf Religionswechsel gerade auch unter dem Stichwort des Proselytismus' gerungen, vgl. etwa M. D. EVANS, *Historical Analysis of Freedom of Religion or Belief as a Technique for Resolving Religious Conflicts*, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief*, hrsg. v. Lindholm u. a., Leiden 2004, 10.

⁵³⁰ Die Mitglieder der Commission betonten immer wieder die Wichtigkeit des Rechts auf Religionswechsel und fürchteten, es könne bei Annahme des ägyptischen Streich-Vorschlages nicht mehr in der notwendigen Deutlichkeit erkannt werden. Vgl. Commission on Human Rights, 'Draft International Covenant on Human Rights' (1949) UN Doc E/CN.4/SR.116, S. 3 (Commission of the Churches on International Affairs); S. 8 (Philippinen); S. 10–11 (Frankreich); S. 11 (UK); Commission on Human Rights, 'Draft International Covenant on Human Rights' (1949) UN Doc E/CN.4/SR.117, S. 5 (Libanon), der den pakistanischen Außenminister zitiert, und zwar dessen Bezugnahme auf den Koran als Grundlage einer Religion, die gegen jeden Zwang und damit auch zustimmend zu solch einem Recht auf Wechsel sei (siehe zur religiösen Sonderrolle des damaligen Außenministers KHAN innerhalb islamischer Glaubensrichtungen allerdings auch ELTAYEB, *Right to Freedom of Thought, Conscience, and Religion or Belief in Muslim Countries*, in: *Freedom of Religion* (Fn. 491, 2000) 103); siehe auch *ibid.* S. 10 das Votum gegen den ägyptischen Vorschlag, die Worte 'to change his religion [...]' zu streichen. Weiterhin, Commission on Human Rights, 'Draft International Covenant on Human Rights' (1950) UN Doc E/CN.4/SR.161, Jugoslawien (S. 7, S. 10); USA (S. 7); Dänemark (S. 8); Libanon (S. 8); China (S. 9); Votum (Recht zu wechseln, angenommen 13 Stimmen ohne Gegenstimme bei einer Enthaltung, S. 10 (siehe auch das Abschlussvotum S. 16).

⁵³¹ Der Delegierte ließ wissen, dass Ägypten 'was in no way opposed to the principle of the right to change one's religion so long as that change was based on genuine conviction' ('Draft International Covenant on Human

Dieser Mißerfolg führte zu weiteren Anstrengungen des Delegierten, zudem motiviert durch eine ägyptische Rechtsregelung, die vor einem theoretisch zulässigen Religionswechsel es erforderte, dass zunächst drei Unterredungen mit dem zuständigen Offiziellen derjenigen Religionsgemeinschaft zu führen waren, die verlassen werden sollte.⁵³² 1952 unterbreitete deshalb der ägyptische Delegierte einen Änderungsvorschlag, der dem Recht auf Wechsel der Religion oder Weltanschauung⁵³³ das Recht, diese zu behalten, sowie das Verbot des Zwanges hinzufügte.⁵³⁴ Damit war zumindest implizit eine Verbindungslinie zwischen Missionierung und Zwangsausübung gezogen: Soweit sich missionarischer Eifer als Bedrohung des Rechts darstellte, seine Religion beizubehalten, könnte dies dann als nicht zu rechtfertigender Zwang qualifiziert werden. Dieses Mal akzeptierte die Kommission zumindest den Wortlaut des ägyptischen Vorschlag einmütig,⁵³⁵ ohne dass es später noch zu Änderungen des Wortlauts gekommen wäre.⁵³⁶ Hinsichtlich des inhaltlichen Verständnisses von Zwang macht die Kommission jedoch unmissverständlich deutlich, dass dieser Rechtsbegriff nicht herangezogen werden könne, das unabänderliche Recht auf Religionswechsel zu unterdrücken.⁵³⁷

Es wurde oftmals betont, die Freiheit vom Zwang könne allein schon deshalb mit in den Vertragstext ausdrücklich aufgenommen werden, da sie implizit ohnehin schon Bestandteil der Gewissens- und Religionsfreiheit sei.⁵³⁸ Das eigentümliche ägyptische Beispiel, wonach vor einem Glaubenswechsel drei Gespräche mit der zu verlassenden Religionsgemeinschaft zu führen seien, wurde mit keinem Wort mehr erwähnt. Dass diese Nichterwähnung nicht darauf

Rights' (1950) UN Doc E/CN.4/SR.161, S. 4 (Ägypten); siehe auch S. 9). Vgl. auch den Vorschlag hinsichtlich einer alternativen Wortwahl, die vom Recht auf Wechsel einzig ausschließen sollte den 'change of religion for purpose of fraud' *ibid.* S. 7 und ähnlich S. 9.

Hinsichtlich aktueller Problemfelder hinsichtlich des Religionswechsels in Ägypten vgl. oben S. 108, Fn. 492. Hinsichtlich der heutigen Situation siehe auch BOYLE/ SHERIF (Hg.), *Human Rights and Democracy – The Role of the Supreme Constitutional Court of Egypt*, London 1996, z. B. S. 103 (BOYLE).

⁵³² Commission on Human Rights, 'Draft International Covenant on Human Rights and Measures of Implementation' (1952) UN Doc E/CN.4/SR.319, Ägypten (S. 3).

⁵³³ Wie es im bis dato aktuellen Entwurf im Anschluss an die Formulierung des Art. 18 Universal Declaration enthalten war.

⁵³⁴ UN Doc E/CN.4/L.187, abgedruckt bei BOSSUYT, *Guide to the 'Travaux Préparatoires' of the ICCPR* (Fn. 525, 1987) S. 357 und S. 361.

⁵³⁵ Commission on Human Rights, 'Draft International Covenant on Human Rights and Measures of Implementation' (1952) UN Doc E/CN.4/SR.319 (hinsichtlich der Abstimmung siehe S. 13; hinsichtlich ausdrücklicher Zustimmung vgl. Frankreich (S. 4), USA (S. 5); Indien (S. 7); UdSSR (S. 8); Jugoslawien (S. 10); China (S. 11)).

⁵³⁶ Hinsichtlich der Abänderung von 'to maintain' hin zu 'to adopt', die allerdings keine Auswirkung auf die Bedeutung von 'coercion' hat, durch das Third Committee vgl. S. 120 in Fn. 548.

⁵³⁷ Abgesehen davon, dass es zu diesem Zeitpunkt noch immer ausdrücklich im Wortlaut verankert war. Vgl. Commission on Human Rights, 'Draft International Covenant on Human Rights and Measures of Implementation' (1952) UN Doc E/CN.4/SR.319, Commission of the Churches on International Affairs (S. 5); Libanon (S. 8); UK (S. 9); Griechenland (S. 11).

⁵³⁸ Commission on Human Rights, 'Draft International Covenant on Human Rights and Measures of Implementation' (1952) UN Doc E/CN.4/SR.319, Commission of the Churches on International Affairs (S. 5); Libanon (S. 8); UdSSR (S. 8); UK (S. 9).

schließen lässt, dass damit implizit das ägyptische Verständnis⁵³⁹ übernommen wurde, ergibt sich nicht allein aus den soeben benannten inhaltlichen Klarstellungen. Darüber hinaus steht dem die – ebenso unwidersprochen gebliebene – deutlichste Aussage zum Verständnis von Zwang entgegen. Der australische Delegierte nämlich betonte, es müsse „in aller Klarheit verstanden werden [...] dass der Ausdruck ‚Zwang‘ weder Überredung noch einen Appell an das Gewissen umfasst“.⁵⁴⁰ Festzuhalten ist also, dass die Zwangs-Klausel 1952 eingeführt und einmütig angenommen wurde, ohne dass sich auch nur ein Wort darüber finden lässt,⁵⁴¹ was überhaupt inhaltlich genau von Zwang umfasst sein soll, sieht man von der Aussage des australischen Delegierten ab.

Im späteren⁵⁴² Verlauf der Debatte kam abermals Streit auf um das Recht auf Religionswechsel. Während einige Ländern die Bedeutung dieses Recht betonten, gerade um Missionsarbeit zu legitimieren⁵⁴³, stellten sich arabische und afrikanische Länder gegen einen solchen Ansatz. „Bedenken wurden ausgedrückt, dass die ausdrückliche Nennung eines Rechts auf ‚Wechsel‘ von Religion oder Weltanschauung dahin ausgelegt werden könne, dass so unangemessene missionarische Aktivitäten bevorzugt oder Zweifel bei Gläubigen angeregt würden.“⁵⁴⁴

⁵³⁹ Wenn es einer harschen Maßnahme wie der dreifachen Unterredung bedürfte, um Zwang zu vermeiden, dann könnte man daraus schließen, dass Zwang ein häufiges Phänomen ist, dem nur durch solch drastische Gegenmaßnahmen beizukommen ist.

⁵⁴⁰ ‘It should be clearly understood [...] that the expression “coercion” would not include persuasion or appeals to conscience’ und weiter: ‘and that it did not refer to the internal spiritual authority of religious bodies.’ Commission on Human Rights, ‘Draft International Covenant on Human Rights and Measures of Implementation’ (1952) UN Doc E/CN.4/SR.319 (Australien (S. 7)).

⁵⁴¹ Die offizielle Zusammenfassung der Debatten, wie sie sich findet im Bericht des UN-Generalsekretärs ‘Annotations on the text of the draft International Covenant on Human Rights’ (1955), UN Doc A/2929, Chapt. VI (Civil and Political Rights), § 110 (S. 48), erweckt dagegen den falschen Eindruck, als habe es eine generelle Diskussion über die Bedeutung von Zwang gegeben.

⁵⁴² Auch hier geht die offizielle Zusammenfassung fehl, wenn sie den falschen Eindruck erweckt, als habe es schon zuvor eine ausdrückliche Diskussion von Proselytismus und missionarischen Aktivitäten durch Ägypten (E/CN.4/SR.117, S. 8) gegeben, siehe den ‘Report of the Secretary-General: Annotations on the text of the draft International Covenant on Human Rights’ (1955), UN Doc A/2929, Chapt. VI (Civil and Political Rights), § 108 (S. 48).

⁵⁴³ Vgl. etwa UNGA, Third Committee, ‘Draft International Covenants on Human Rights, General Debate’ (1954) UN Doc A/C.3/SR.576, Costa Rica (S. 173, § 37): ‘Christianity could not be refused the opportunity of making its message known throughout the earth.’

⁵⁴⁴ ‘Concern was expressed that specific mention of the right to “change” one’s religion or belief might be interpreted as unduly favouring missionary activities or [...] as encouraging doubts in the minds of believers’ UNGA, Third Committee (1954), abgedruckt bei UN Doc A/4625, § 48 (S. 16); vgl. beispielsweise UNGA, Third Committee, ‘Draft International Covenants on Human Rights, General Debate’ (1954) UN Doc A/C.3/SR.566, Saudi-Arabien (S. 117, § 34): ‘Western missionaries exploited the situation in their efforts to persuade the ignorant masses that there was a connexion between [their] religion [...] and technical progress.’ Siehe auch UNGA, Third Committee, ‘Draft International Covenants on Human Rights, Article 18 of the draft ICCPR’ (1960) UN Doc A/C.3/SR.1025, Bolivien (S. 216, § 36): ‘The freedom of religious sects [...] to practise their religion should not be interpreted as giving them the right to act in a way which was offensive or detrimental to other religious groups’; allerdings solle ‘proselytising’ erlaubt sein, *ibid.* § 37); vgl. weiterhin *ibid.* Niederlande (S. 216, § 41), deren Delegierter der Auffassung ist, dass schon Art. 18 des Entwurfs (ohne spezifischer einen Teil der Norm zu benennen) ‘contained a legal check against excessive [...] proselytism [...] it] must not encroach upon freedom of thought in any manner contrary to the spirit of the article’.

Darüberhinaus seien missionarisch ausgerichtete Religionen dadurch ungerechtfertigt gegenüber denjenigen bevorteilt, die gar nicht danach trachteten, andere zum Glaubensübertritt zu bewegen.⁵⁴⁵

Wiederum wurde implizit die Zwangsklausel von einem Delegierten als Gegenmittel gegen solch missionarischen Druck gerechtfertigt.⁵⁴⁶ Gleichwohl setzte sich eine solche weite Auslegung des Zwangsbegriffs, sprich eine Gleichsetzung von Mission und Zwang, in der Kommission nicht durch. Festgestellt wurde allerdings, dass auch einige Formen *indirekten* Zwangs zusätzlich zu physischen Druckmitteln umfasst seien.⁵⁴⁷ Gerade angesichts des Festhaltens am Recht auf Religionswechsel⁵⁴⁸ – das kaum mit einer generellen Behinderung von Missions-

Siehe jedoch auch die Zustimmung zum “Wesenskern” des Rechts auf Religionswechsels bei Saudi-Arabien, siehe UNGA, Third Committee, ‘Draft International Covenants on Human Rights, Article 18 of the draft ICCPR’ (1960) UN Doc A/C.3/SR.1025 (S. 214, § 9).

⁵⁴⁵ UNGA, Third Committee, ‘Draft International Covenants on Human Rights, Article 18 of the draft ICCPR’ (1960) UN Doc A/C.3/SR.1021, Saudi-Arabien (S. 198, § 11).

Verwiesen sei an dieser Stelle auf einen aktuellen Ansatz, der sich der noch vorherrschenden Auffassung entgegen stellt, die nach TAYLOR *ibid.* S. 56 zutreffend dadurch gekennzeichnet ist, dass missionarische Aktivitäten nicht schlichtweg gleichgesetzt werden mit imperialistischen Ambitionen, Kolonialismus und massiven Menschenrechtsverletzungen. Dies ist jedoch Bestandteil der provokativen, allerdings juristisch kaum haltbaren Auffassung von MUTUA, *Limitations on Religious Rights: Problematizing Religious Freedom in the African Context* (1999) 5 *Buff Hum Rts L Rev* 75–105; jeweils veröffentlicht auch in den bedeutenden Sammelwerken zur internationalen Religionsfreiheit von *van der Vyver* und *Witte, Jr.* (Hg.) *Religious Human Rights in Global Perspective*, Den Haag 1999, 417–440; sowie dann mit geringen Änderungen veröffentlicht als „Proselytism and Cultural Integrity“ in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief*, hrsg. v. *Lindholm* u. a. Leiden 2004, 651–668. Siehe darüber hinaus MUTUA, *Returning to my Roots*, in: *Proselytization and Communal Self-Determination in Africa*, hrsg. v. *An-Na’im*, Maryknoll 1999, 169–190, sowie dens., *Human Rights*, Philadelphia 2002, 94–125.

⁵⁴⁶ Saudi-Arabien, *ibid.*

⁵⁴⁷ Vgl. UNGA, Third Committee, ‘Draft International Covenants on Human Rights, Art. 18 of the draft ICCPR’ (1960) UN Doc A/C.3/SR.1025 (Erläuterung durch den Delegierten der Philippinen (S. 213, § 3).

Am deutlichsten bezieht eine Stellungnahme von Israel eine – sehr weit greifende – Position (die allerdings von anderen Delegierten anschließend nicht mehr diskutiert wurde), *ibid.* S. 217, § 47: ‘...her delegation interpreted “coercion” as including both physical coercion and more insidious and indirect forms, including improper inducements. In Israel [...] criminal law took cognizance of fraudulent acts or false pretences to bring about a change in an individual’s religion, but there could be acts which were ostensibly innocent or even beneficial, such as the giving of gifts or other material assistance, which constituted an inducement to a person to change his religion. Her delegation’s understanding of the spirit of the Universal Declaration and the draft Covenants was that the reference to a change of religion meant a change brought about by sincere ideological conviction.’

⁵⁴⁸ Zwar wurde insoweit im Vergleich zur Universal Declaration ein veränderter Wortlaut durchgesetzt. Das Recht auf Religionswechsel sollte dadurch inhaltlich jedoch nicht negiert werden. Siehe UNGA, Third Committee, ‘Draft International Covenants on Human Rights, Article 18 of the draft ICCPR’ (1960) UN Doc A/C.3/SR.1025, Erklärung durch einen der Initiatoren des neuen Wortlauts, den Delegierten der Philippinen (S. 213, § 2); ferner UK, UN Doc A/C.3/SR.1027 (das Ergebnis der Diskussion festhaltend (S. 225, § 1); und darüber hinaus speziell hinsichtlich der Änderung ‘or to adopt’, *ibid.* § 2; zustimmend und so übernommen von den Philippinen, *ibid.* § 3; so dann insgesamt angenommen bei einem Votum von 54 zu 0 bei 15 Enthaltungen, siehe § 36). Vgl. ferner Liberia UN Doc A/C.3/SR.1025 S. 213, § 7); Argentinien (S. 215, § 25); Libanon (S. 216, § 39); Italien UN Doc A/C.3/SR.1027 (S. 226, §§ 10–1); Jugoslawien (S. 227, § 24); Chile (S. 229, § 71).

TAHZIB, *Freedom of Religion or Belief* (Fn. 491, 1996) 86–87 betont dagegen den veränderten Wortlaut auf solche Weise, dass nunmehr ‘it is hence left to the discretion of individual States Parties to determine whether freedom to change one’s religion or belief falls within the scope of the right’ (S. 87). Siehe auch zweifelnd BOYLE, *Freedom of Religion in International Law*, in: *Religion, Human Rights* (Fn. 496, 2007) 39–40. Vor dem Hintergrund der Article 31 and 32 WVK, ist TAHZIB’s Ansicht zurückzuweisen. Vgl. hinsichtlich der zutreffenden Ansicht z. B. PARTSCH, ‘Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms’ in: *The International Bill of Rights* (Fn. 496, 1981) 211; TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 31. Gleichwohl

bemühungen in Einklang zu bringen ist – ist das Ergebnis der Debatten im Third Committee ernüchternd. Substantielle Klarheit über die Zwangs-Klausel lässt sich ihnen nicht entnehmen.⁵⁴⁹ Auch unter der Voraussetzung, dass man einen Einfluss der breit rezipierten „UN-Studie zur Diskriminierung im Bereich religiöser Rechte und Praktiken“⁵⁵⁰ auch auf den Entstehungsprozess von Art. 18 ICCPR anerkennt,⁵⁵¹ können hieraus keine unzweideutigen Richtlinien entnommen werden.⁵⁵²

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass übermäßige Aktivitäten von Missionaren als mögliches Beispiel unzulässiger Zwangsausübung präsent waren. Allerdings fehlte es an einer handhabbaren inhaltlichen Übereinkunft, was damit gemeint sein könne. Es bleibt daher ein Fehlschluss, missionarischen „Proselytismus“⁵⁵³ schlichtweg mit Zwang gleichzusetzen.⁵⁵⁴ Auch

steht auf einem anderen Blatt, inwieweit alle Vertragsparteien des ICCPR derzeit politisch willens sind, ihre rechtlich gegebenen Pflichten zu erfüllen, d. h. inwieweit diese abstrakte Rechtspflicht tatsächlich in der Rechtswirklichkeit Beachtung erheischen kann.

Siehe allerdings darüber hinaus noch die Bezugnahme auf die These des ‘cultural relativism’, um auf diese Weise das Recht auf Religionswechsel abzuschwächen, vgl. LERNER, *Religion, Secular Beliefs and Human Rights* (Fn. 491, 2006) 119, damit sympatisierend siehe S. 165. Dem ist nicht zuzustimmen, so lange solch ein Begehren nicht Bestandteil eines Maßnahmenbündels im Sinne des Minderheitenrechts ist (zu letzterem siehe WITTE, Jr., *A Primer on the Rights and Wrongs of Proselytism* (2000/2001) 31 *Cumberland L Rev* 627–628). Vgl. darüber hinaus den Verweis auf MUTUAS Ansatz oben S. 120, Fn. 545, der gegen ein westliches Verständnis der Religionsfreiheit agiert, aber u. a. daran scheitert, dass er nicht die einschlägigen Prinzipien des Minderheitenrechts als Legitimationsgrundlage heranzieht.

⁵⁴⁹ Siehe auch UNGA, Third Committee, ‘Draft International Covenants on Human Rights, Article 18 of the draft ICCPR’ (1960) UN Doc A/C.3/SR.1025, Ghana (S. 214, § 17): Verzicht auf die Klausel, jedoch nur aus Gründen der Vereinfachung; siehe auch Italien UN Doc A/C.3/SR.1027 (S. 226, § 12): Der italienische Delegierte betonte die besondere Notwendigkeit von Klarheit für den neuen Pakt, hielt es aber gleichwohl nicht für nötig, die Bedeutung von „Zwang“ zu erläutern, *ibid.* § 12.

Unter Bezugnahme auf die vorbereitenden Arbeiten und das Verständnis der Commission on Human Rights stimmte das Third Committee der Zwangs-Klausel vorbehaltlos zu: UNGA, Third Committee, ‘Draft International Covenants on Human Rights, Article 18 of the draft ICCPR’ (1960) UN Doc A/C.3/SR.1027, S. 228, § 36: 72 zu 0, bei 2 Enthaltungen.

⁵⁵⁰ KRISHNASWAMI, ‘Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices’ (1960) UN Doc E/CN.4/Sub.2/200/Rev.1, S. 63, Rule 1, § 3: ‘No one should be subjected to coercion or to improper inducements likely to impair his freedom to maintain or to change his religion or belief.’ Hinsichtlich einer noch vageren provisorischen Version (1959) siehe den Hinweis bei DE JONG, *Freedom of Thought, Conscience and Religion or Belief* (Fn. 488, 2000) 49; vgl. auch die Analyse bei TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 48–49.

⁵⁵¹ TAHZIB, *Freedom of Religion or Belief* (Fn. 491, 1996) 139 (siehe auch S. 137 in Fn. 215; S. 138 in Fn. 217; S. 84, Fn. 76) vertritt m. w. N. diese Auffassung.

Bei UNGA, Third Committee, ‘Draft International Covenants on Human Rights, Art. 18 of the draft ICCPR’ (1960) UN Doc A/C.3/SR.1027, wird die Studie vom Sekretariat erwähnt (S. 34, § 34), allerdings nicht im Zusammenhang mit der Auslegung der Zwangs-Klausel.

⁵⁵² Und zwar, weil auch dieser Studie keine eindeutigen Feststellungen zum Thema entnommen werden können. Vgl. auch die ‘Draft Principles on Freedom and Non-Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices’ der Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, die auf dieser Studie basieren (enthalten *ibid.* als Annex). Dort heißt es in Part I, § 3 (S. 71): ‘No one shall be subjected to material or moral coercion likely to impair his freedom to maintain or to change his religion or belief.’

Die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung bietet keine weiterführenden Erkenntnisse, siehe UN, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 12th Session (1960), UN Doc E/CN.4/800, E/CN.4/Sub.2/206, S. 26 (§ 59).

⁵⁵³ Hinsichtlich dieses Begriffs vgl. TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 63; BOROWSKI, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, Tübingen 2006, 24; MÜLLER, *Glaubenswerbung – ein legitimes Mittel der Mission?*, in: *Recht auf Mission contra Religionsfreiheit?*, hrsg. v. Krämer u. a., Berlin 2007, 115; zum Begriff aus Sicht der nicht-katholischen Ostkirchen siehe SAKAYAN, *Nerses, Mission –*

nach sonstigen Erklärungen oder aufschlussreichen Beispielen zu Art. 18 § 2 ICCPR fragt man vergebens. Stattdessen beschloss das Third Committee, sich dabei auf die Vorarbeiten der Commission on Human Rights verlassend, einmütig die Zwangsklausel,⁵⁵⁵ ohne zuvor weitere konzeptionelle Klarheit zu schaffen.

Auch während der Verhandlungen über Art. 1 § 2 der Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief⁵⁵⁶ gelang es nicht, tragfähige Ergebnisse zu finden. Die Auslegung dieser Vorschrift, die Zwang grundsätzlich⁵⁵⁷ in Übereinstimmung mit Art. 18 § 2 ICCPR verbietet, hätte andernfalls⁵⁵⁸ indirekt⁵⁵⁹ herangezogen werden können, um so Rückschlüsse auf die Auslegung des ICCPR zu ziehen.

Glaubensabwerbung – Proselytismus, Missionsverständnis bei nichtkatholischen Ostkirchen, in: *Recht auf Mission contra Religionsfreiheit?*, *ibid.*, 121–134. Vgl. ferner LERNER, *Religion, Secular Beliefs and Human Rights* (Fn. 491, 2006) 125–126; siehe auch die Nachweise auf kirchliche Verbote desselben bei PREE, *Kirchenrecht in der Ökumene* (Fn. 441), 2006, 530. Als Beispiel für die abwertenden Konnotationen, die oftmals mit einem solchen Begriff verbunden werden, vgl. z. B. *Murphy v Ireland* (10.6.2003, Nr. 44179/98) (2004) 38 EHRR 13, S. 236 (§ 73).

⁵⁵⁴ Siehe ebenso, nach eingehender Analyse, TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 25; 55–61.

Dieses Ergebnis ist jedoch nicht ausreichend in der Lehre rezipiert. Vgl. z. B. das umfangreiche Kapitel zu ‘proselytism and change of religion’ von LERNER, *Religion, Secular Beliefs and Human Rights* (Fn. 491, 2006) 119–165, hinsichtlich seiner Schlussfolgerungen vor allem S. 163–165. Soweit er sich auf Gewissensfreiheit als Gegenrecht stützt, das dazu diene, vor „moralischen“ Formen von Zwang, einschließlich “improper proselytism”, zu schützen, entwickelt er keine ausreichend tragfähigen Argumente, solch ein Ansinnen zu belegen. Neu ist nur, dass er knapp auf das ‘right of privacy’ rekurriert, das gegenüber ‘uninvited speech’ überwiegen solle und in Abwägung zum ‘right to proselytise’ zu beachten sei (vgl. S. 123; 164). Unabhängig von der Frage, wie genau solch ein ‘right of privacy’ herzuleiten und abzugrenzen wäre, bleibt festzustellen, dass keineswegs viele Anwendungsfälle in der Praxis hiervon überhaupt betroffen wären. Solange jemand in der Lage ist, den Zutritt zu seiner Privatsphäre zu verweigern, ist es kaum möglich, sich eine tatsächliche Kollision beider Rechte vorzustellen (vgl. hierzu zutreffend VAN DER VYVER, *The Relationship of Freedom of Religion or Belief Norms to Other Human Rights*, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief*, hrsg. v. Lindholm u. a., Leiden 2004, 118).

Siehe ferner etwa PARTSCH, ‘Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms’ in: *The International Bill of Rights* (Fn. 496, 1981) 211, wo es heißt, die coercion-Klausel diene zum Schutz ‘against zealous proselytizers and missionaries’.

⁵⁵⁵ UNGA, Third Committee, ‘Draft International Covenants on Human Rights, Art. 18 of the draft ICCPR’ (1960) UN Doc A/C.3/SR.1027, S. 228, § 36: 72 zu 0, bei 2 Enthaltungen.

⁵⁵⁶ Verabschiedet am 25.11.1981; GA Res. 36/55; UN Doc A/RES/36/55), von nun an „1981er Deklaration“ genannt.

⁵⁵⁷ Die Wörter ‘or to adopt’ (vgl. zu deren Bedeutung und Entstehungsgeschichte S. 120 in Fn. 548) fehlen hier; vgl. auch SULLIVAN, *Advancing the Freedom of Religion or Belief Through the UN Declaration* (1988) 82 AJIL 495 (Text beginnend bei Fn. 35).

⁵⁵⁸ Substantielle Leitlinien, anhand derer Zwang hätte ausgelegt werden können, sind nicht zu finden. Immerhin wurde zumindest die Gefahr zu großer Unbestimmtheit dieses Begriffs herausgehoben (vgl. mit Nachweisen DE JONG, *Freedom of Thought, Conscience and Religion or Belief* (Fn. 488, 2000) 49).

Sporadische Erläuterungsversuche sind zwar auszumachen. So bildet etwa der französische Delegierte eine Definition von Zwang: ‘Fraud, physical or moral violence, or any act which might induce in the person against whom it was directed the fear that he would be the victim of direct or indirect reprisals if he did not change or maintain his religion’ (Mr JUVIGNY als Mitglied der Sub-Commission, UN Doc E/CN.4/Sub.2/SR.289, S. 5, wiedergegeben von DE JONG, *ibid.*, 49 bei Fn. 122). Da jedoch diese Definition sich allein auf die subjektive Vorstellung des mutmaßlichen Opfers stützt und auch nicht ausführt, was alles als ‘reprisal’ verstanden werden könnte, ist sie deutlich zu breit, als dass sie als sinnvolle Erklärung von Zwang im Sinne von Art. 18 § 2 ICCPR herangezogen werden könnte; siehe auch die Kritik bei DE JONG, *ibid.*, 49, der auf eine Stellungnahme des UN-Generalsekretärs von 1955 verweist, in der es heißt ‘it was understood that the word “coercion” in this context should not be construed as applying to moral or intellectual persuasion’, wiedergegeben *ibid.* S. 45, verweisend auf UN Doc A/2929, S. 48, § 110 [die ‘Annotations on the text of the draft International Covenant

c) Aktuelle Interpretationsversuche

Daher bleibt nun zu klären, ob es im Verlauf der Rechtsanwendung des ICCPR und seiner wissenschaftlichen Aufbereitung in der Lehre gelungen ist, zufrieden stellende Auslegungen⁵⁶⁰ des Zwangsbegriffs zu entwickeln.

on Human Rights', UN Doc A/2929, Chapt. VI (Civil and Political Rights), als Ganze sind '[p]repared by the Secretary-General' und unter dem 1.6.1955 veröffentlicht].

Eine andere Aussage verdient es, hervorgehoben zu werden, da sie die Behandlung von Konflikten zwischen Privaten betrifft, ein Thema, das später noch ausführlich zu behandeln ist. Während der 21. Sitzung der Commission on Human Rights (1965) führt der US Delegierte aus: Er stellte fest, 'that the word "coercion" [...] could mean only coercion by the public authority, since it was very difficult to protect an individual from being subject to coercion by groups or other individuals.' Sein Vorschlag, 'by public authorities' hinter dem Wort 'coercion' einzufügen, wurde zurückgewiesen, da andere Delegierte solch eine Veränderung nicht für notwendig erachteten: Die Fokussierung auf den Staat solle ohnehin ein inhärenter Bestandteil der Rechtssysteme sein. Siehe UNCHR, 'Report on the 21st session' (1965), Supp. No. 8, UN Doc E/4024, E/CN.4/891, S. 58 (§ 253). Auf der Basis des letztgenannten Arguments heißt es, 'the United States representative did not press his suggestion any further'. Siehe auch, offener für eine Art von „horizontal effects“ hinsichtlich Diskriminierungen, *ibid.* S. 59 (§ 256).

Unabhängig von der Frage, ob es angemessen ist, sich einzig auf den Staat zu konzentrieren, ist es allein schon sehr bemerkenswert, dass überhaupt die Fragestellung hinsichtlich "horizontal effects" aufgeworfen wurde. Gerade allerdings mit Blick auf die diesbezügliche Ungerührtheit der Delegierten, die den ICCPR aushandelten (trotz Diskussion über – *private* – Missionare wurde die Frage nicht behandelt), kann nicht unbesehen diese Diskussion auf die Auslegung des Art. 18 ICCPR übertragen werden.

Die letzte – und einzige (das ist das Resultat der Analyse durch DE JONG, *ibid.* S. 50) – ausdrückliche Stellungnahme hinsichtlich Zwang zur Zeit der Annahme der 1981er Deklaration stammte vom Indonesischen Delegierten. Er betont im Unterschied zum US-Delegierten die Verantwortlichkeit der Regierung, religiöse Toleranz zu fördern, was eine aktive Rolle hinsichtlich nicht-staatlichen Akteuren beinhalte. Er schlug einen Änderungsantrag vor, der – neben Zwang – auch „any kind of persuasion which would impair [freedom of conscience]“ verbieten sollte, der letztlich jedoch nicht angenommen wurde (siehe UN, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 1981, UN Doc A/C.3/36/SR.34, S. 9 (§ 32)).

Hinsichtlich spezifischer Erläuterungen des Begriffs „Zwang“ siehe auch die Zitate oben S. 121, in Fn. 550, und S. 121 in Fn. 552, die auch vorbereitend mit Blick auf die spätere Deklaration getroffen wurden.

⁵⁵⁹ Da die 1981er-Deklaration ein rechtlich nicht bindendes Instrument ist, kommt ihr nur sehr begrenzte Aussagekraft zu. Darüber hinaus kommt Art. 8 der Deklaration in diesem Zusammenhang entscheidende Bedeutung zu (er lautet: 'Nothing in the present Declaration shall be construed as restricting or derogating from any right defined in the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenants on Human Rights'). Dieser Artikel war überdies gerade deshalb in den Text aufgenommen worden, um so als Gegengewicht zu dienen gegenüber den Versuchen, nunmehr das Recht auf Religionswechsel zu schwächen (vgl. mit Nachweisen TAYLOR, Freedom of Religion (Fn. 493, 2005) 28–29; 36). Darauf beruhend kann die 1981er Deklaration nicht herangezogen werden, um eine Auslegung zu unterstützen, die ein im ICCPR schon verankertes Recht beschnitte – wie eben das Recht auf Religionswechsel –, indem etwa nunmehr solch ein Wechsel kurzerhand als eine Form des Zwanges (i. S. d. Art. 1 § 2 der 1981er-Deklaration) deklariert würde.

Der *indirekte* Aussagewert der Deklaration besteht in Folgendem: Mitglieder der Internationalen Rechtsgemeinschaft haben ihrem Verständnis mit Blick auf eine Zwangsklausel Ausdruck verliehen, die ihren Wortlaut mit Art. 18 § 2 ICCPR insoweit teilt. Vermittelt die Staatengemeinschaft nunmehr einen bestimmten Eindruck über die zugrunde liegenden Prinzipien der Zwangsklausel, dann wird man darüber nachzudenken haben, ob diese Prinzipien nicht denen entsprechen, die auch schon der Zwangsklausel des ICCPR zugrunde lagen. Darüber hinaus könnte selbst ein Neuansatz bei der 1981er Deklaration herangezogen werden als Anhaltspunkt für eine erweiternde Auslegung (das Gesetz als ‚living instrument‘ verstehend). Allerdings ist gerade insoweit die bedingte „Ewigkeitsklausel“ des Art. 8 zu beachten, die nicht auf solchem Weg obsolet werden darf (daher hier für eine starre Interpretation plädierend siehe DE JONG, Freedom of Thought, Conscience and Religion or Belief (Fn. 488, 2000) 50).

⁵⁶⁰ Nach Maßgabe von Art. 31 WVK, d. h. 'in good faith in accordance with the ordinary meaning in the light of object and purpose' (nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen Bedeutung [des Wortlauts] im Licht von Ziel und Zweck).

aa) Human Rights Committee

Zuvorderst ist zu untersuchen, inwieweit das zuständige Organ zur Auslegung und Anwendung des ICCPR, das Human Rights Committee⁵⁶¹, Lösungen gefunden hat.

(1) General Comment No. 22

An prominenter Stelle, nämlich anlässlich der Abfassung eines General Comments⁵⁶² erläuterte das Human Rights Committee in § 5 seines General Comments Nr. 22⁵⁶³ - Annex 1, was es unter Zwang verstanden wissen will:

Art. 18.2 bars coercion that would impair the right to have or adopt a religion or belief, including the use of threat of physical force or penal sanctions to compel believers or non-believers to adhere to their religious beliefs and congregations, to recant their religion or belief or to convert. Policies or practices having the same intention or effect, such as, for example, those restricting access to education, medical care, employment or the rights guaranteed by Art. 25 and other provisions of the Covenant, are similarly inconsistent with Art. 18.2.

Das Human Rights Committee beginnt also seine Erklärungen mit einer Bezugnahme auf Beispiele, die zweifelsohne⁵⁶⁴ Teil des Zwangsbegriffs sind, nämlich Bedrohung durch körperliche Gewalt und Strafsanktionen, die jeweils mit der Intention angewandt werden, die persönliche Überzeugung des Opfers zu beeinträchtigen. Dies wiederum dient als Ausgangspunkt einer Analogie („policies or practices having the same intention or effect“). Da allerdings nicht näher ausgeführt wird, was die tragenden Gründe für die Auswahl der nunmehr genannten Beispiele sind, bleibt die praktische Verwertbarkeit der Analogie und deren Übertragbarkeit auf andere Fälle fraglich. Die Beispiele sind hinsichtlich der betroffenen Lebensbereiche kaum eingegrenzt (wie gerade die zusätzliche Nennung der Verletzung jedweder ‘provisions of the ICCPR’ zeigt), haben aber zumindest einen gemeinsamen Nenner. Sie betreffen Beschränkungen des Zugangs

⁵⁶¹ Ausschuss für Menschenrechte, vgl. Art. 28 ff. ICCPR. Um Verwirrung zwischen den unterschiedlichen hier tätigen Organen zu vermeiden, wird darauf verzichtet, eine deutsche Übersetzung zu verwenden. Vgl zu dessen Aufgaben SCHEININ, *The Human Rights Committee and Freedom of Religion or Belief*, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief* (Fn. 496, 2004) 190–193; BAIR, *Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit*, in: FS *Mühlsteiger*, hrsg. v. *Breitsching* u. a., Berlin 2006, 46–48.

⁵⁶² Vgl. Art. 40 § 4 ICCPR.

⁵⁶³ Der komplette Text von § 5 ist abgedruckt als Annex 1. Er ist entnommen: UNHCR ‘General Comment No. 22 (Art. 18)’ (27.9.1993) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (1993); wiedergegeben in ‘Note by the Secretariat, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*’ (2006), UN Doc HRI/GEN/1/Rev.8, S. 195.

Betonung der andauernden Bedeutung dieses General Comment z. B. bei LERNER, *Religion, Secular Beliefs and Human Rights* (Fn. 491, 2006) 26.

⁵⁶⁴ Zumindest, sofern man den – zutreffenden – Ausgangspunkt der Diskussionen während der *travaux préparatoires* akzeptiert, dass nämlich auch andere Formen von Zwang jenseits bloß physischer Gewalt existieren (der Text hier geht von „threat of“, d. h. einer mentalen Form des Zwanges aus). Siehe darüber hinaus auch LERNER, *Religion, Secular Beliefs and Human Rights* (Fn. 491, 2006) 24, der bei der Auslegung von § 5 des General Comments zutreffend voraussetzt, dass auch der ‘use or threat of physical force’ Bestandteil des Zwangsverständnisses des Committee sei.

zu grundlegenden Einrichtungen, die im Normalfall (zumindest teilweise)⁵⁶⁵ vom Staat unterhalten werden. Dies verweist auf ein folgenschweres Unterlassen: Das Human Rights Committee schweigt zu der Frage, ob – und wenn ja, auf welche Weise – der Staat verpflichtet ist, auf private Personen und Gruppen einzuwirken, den Anforderungen des Art. 18 § 2 ICCPR nachzukommen.⁵⁶⁶ Das ist jedoch eine eminent wichtige Frage, wie es gerade mit Blick auf das prominenteste umstrittene Beispiel zum Thema Zwang, die Arbeit (nicht-staatlicher) Missionare, deutlich wird. Ferner führt der Verzicht, abstrakt die Merkmale zu beschreiben, die ‘mental coercion’ ausmachen, letztlich zur fehlenden Praktikabilität des Definitionsversuches: Schließlich wird mit keinem Wort die notwendige Schwere beschrieben, derer es bedarf, um die Schwelle zum Zwang zu überschreiten. Beeinträchtigungen sämtlicher dort genannten Bereiche, wie etwa der medizinischen Versorgung, könnten mit Maßnahmen von jeweils gänzlich unterschiedlicher Intensität erfolgen. Wo aber die entscheidende Grenze des noch zu Tolerierenden liegen sollte, vermag der Comment nicht zu erhellen.

Offen bleibt auch Folgendes: Die Anerkennung mentalen Zwanges auf Grundlage einer analogen Betrachtung verweist darauf, dass die fragliche Maßnahme dieselbe ‘intention or effect’⁵⁶⁷ haben müsse. Weshalb jedoch schon die rein faktische Intensität für eine Analogie ausreichend sein soll, erschließt sich dem Leser nicht. Schließlich bedarf es selbst bei der Bedrohung durch physische Gewalt gemäß der Definition *zusätzlich* noch einer bestimmten Intention. Dass es ihrer bei sonstiger „nur“ mentaler Einwirkung nicht bedarf, ist zumindest erklärungsbedürftig.

Letztere lässt sich jedoch ebenso wenig⁵⁶⁸ aus der Entstehungsgeschichte dieses General Comments extrahieren.⁵⁶⁹ Zunächst lässt sich insoweit festhalten, dass das Human Rights Committee ganz ausdrücklich darauf verzichtet hatte, hinsichtlich mentalen Zwangs eine spezifische Intention zu fordern. Ein Mitglied warf nämlich seinerseits die Frage auf, weshalb der hier entscheidende Satz (‘Policies or practices...’) nicht einen ausdrücklichen Verweis *auch*

⁵⁶⁵ Dies gilt auch für den Arbeitsmarkt, insoweit dieser durch staatliche Gesetzgebung konturiert ist.

⁵⁶⁶ Taylor, FREEDOM OF RELIGION (FN. 493, 2005) TAYLOR, Freedom of Religion (Fn. 493, 2005) 46–47 schließt aus den auf den Staat bezogenen Beispielen, dass das Human Rights Committee ‘adopts a very one-sided emphasis on State-sponsored coercion’.

Während des Entstehungsprozesses dieses General Comments befasste sich das Committee zumindest mit Beispielen, die sich auf Private bezogen (vgl. S. 127 in Fn. 578). Daraus könnte man folgen, dass die Betonung staatlicher Eingriffe möglicherweise bewusst gewählt wurde.

⁵⁶⁷ Betonung nicht im Original.

⁵⁶⁸ Zumal einige Mitglieder bei der Diskussion eigens festhielten, nur subjektive, nicht verallgemeinerungsfähige Ansichten vorzutragen.

⁵⁶⁹ Siehe UNHCR, ‘Draft general comment on Art. 18 of the Covenant’, 45th Session, UN Doc CCPR/C/SR.1166 (1992), §§ 76–99 (S. 11–14).

auf die Intention enthalte.⁵⁷⁰ Als Antwort hierauf hieß es, eine zusätzliche Bezugnahme auf die Intention wäre „die falsche Entscheidung, da kein Staat zugäbe, dass seine Gesetzgebung dazu erlassen wäre, einen rechtlich unzulässigen Zweck zu verfolgen“.⁵⁷¹ Davon überzeugt, entschied das Human Rights Committee, den Wortlaut „intention or effect“ zu verwenden.⁵⁷²

Zwingend ist eine solche Argumentation nicht. Sicherlich ist es richtig, dass das Recht auch den faktischen Umständen Tribut zu zollen hat. Folglich ist es einsichtig, dass dem Versuch zu begegnen ist, juristische Verpflichtungen zu umgehen. Doch kann eine solche Umgehung schon durch Regelung der Beweislast hinreichend vermieden werden: Immer wenn ein Staat sich auf Maßnahmen stützte, deren „effect“ als Beeinträchtigung des *forum internum*s zu qualifizieren ist,⁵⁷³ dann läge es am Staat, die Rechtfertigung der Maßnahme durch mangelnde „intention“ zu beweisen. Der Staat hätte nachvollziehbar zu erklären, weshalb seine Maßnahme durch andere zulässige Zwecke gefordert war und daher nicht die Intention hatte, jemand zu zwingen, gegen seine Überzeugung zu handeln. Angesichts der Möglichkeit, so die Beweislast zu regeln, ist es nicht notwendig, eine andernfalls womöglich zutreffende Auslegung zu vermeiden. Können also Umgehungsversuche seitens des Staates, sich als „absichtslos“ handelnd darzustellen, schon durch eine andere Regelungstechnik verhindert werden, stellt sich nun in aller Schärfe die Frage nach dem Gerechtigkeitsgehalt der Definition. Es ist dann schlechterdings nicht mehr hinnehmbar, Intention bei der Bedrohung mit roher Gewalt zu fordern, dieses Erfordernis jedoch fallen zu lassen bei Formen sonstigen mentalen Zwanges, obschon bei Letzteren oftmals eine vergleichsweise geringere Intensität vorliegen wird.⁵⁷⁴

Wenig aussagekräftig sind die übrigen Bezugnahmen, die sich auf die Frage der Zwangswirkung beziehen. Ein Mitglied rang darum, den Umfang verbotenen Zwanges zu limitieren,⁵⁷⁵ konnte das Human Rights Committee davon jedoch nicht überzeugen. Von anderer Seite wurde

⁵⁷⁰ MÜLLERSON, UNHCR, ‘Draft general comment on Art. 18 of the Covenant’, 45th Session, UN Doc CCPR/C/SR.1166 (1992), § 88 (S. 13). Dem zunächst entsprechend schlug der Vorsitzende folgenden neuen Wortlaut vor: ‘Policies and practices intended for the same purposes’, vgl. *ibid.* § 90 (S. 13).

⁵⁷¹ ... ‘ill-chosen, as no State would admit that its legislation was designed to achieve any unlawful purpose’, SADI, UNHCR, ‘Draft general comment on Art. 18 of the Covenant’, 45th Session, UN Doc CCPR/C/SR.1166 (1992), § 93 (S. 14).

⁵⁷² Vorschlag von HIGGINS, UNHCR, ‘Draft general comment on Art. 18 of the Covenant’, 45th Session, UN Doc CCPR/C/SR.1166 (1992), § 94 (S. 14), zur Zustimmung hierzu siehe *ibid.* §§ 96–98.

⁵⁷³ Nach Maßgabe der vom Committee zu definierenden Messlatte.

⁵⁷⁴ Jedenfalls ist daher als Minimum eine weitere Angleichung beider Fallgruppen erforderlich. Es bedarf an dieser Stelle keiner Diskussion, inwieweit es nun genau bei mentalem Zwang überhaupt einer besonderen Intention bedarf, vgl. hierzu allerdings später die Rückschlüsse, die aus der hier entwickelten provisorischen Definition von Zwang entnommen werden können, unten beginnend auf S. 211.

⁵⁷⁵ WENNERGREN trug vor: ‘Access to education, employment, etc., could be restricted in so many different ways that it should be specified that it was the use of coercion that was incompatible with Art. 18 (2).’; siehe UNHCR, ‘Draft general comment on Art. 18 of the Covenant’, 45th Session, UN Doc CCPR/C/SR.1166 (1992) § 87 (S. 13).

Vgl. auch *ibid.*, § 80 (S. 12): ‘For instance, one could imagine that a person who had to stop work every hour to pray was unlikely to be suitable for a supervisory job requiring constant presence and attention. Furthermore, such a situation did not involve a problem of coercion in the strict sense of the word.’

dann jedoch unwidersprochen vorgetragen, diejenigen Maßnahmen seien als nicht-physischer⁵⁷⁶ Zwang zu qualifizieren, die „voraussichtlich jemanden vollständig seiner Freiheit in dieser Hinsicht beraubten.“⁵⁷⁷ Die Anfragen hieran liegen auf der Hand: Was wäre denn ein vollständiges Berauben? Ist das nicht eine Schwelle, die deutlich zu hoch angesiedelt ist?

Auch andere Beiträge gäben Anlass zu weiteren Fragen. Um zu erläutern, was die zuständige Arbeitsgruppe bei ihrem dann vom Committee zu überarbeitenden Entwurf mit „coercion“ in § 5 meinte, beschreibt DIMITRIJEVIC ein Beispiel aus dem Erziehungsbereich. Zwang sei gegeben, wenn Kinder „nicht zum Schulbesuch berechtigt wären, da ihre Eltern einer anderen Religion angehörten als derjenigen, die in der Schule praktiziert wird.“⁵⁷⁸ Nun ist es sicherlich überzeugend, dem gänzlichen Entzug des Schulbesuchs eine Zwangswirkung zuzuerkennen, wie sie vergleichsweise bei körperlicher Gewaltanwendung außer Frage steht. Die Erläuterungen, die von DIMITRIJEVICs gegeben werden, gehen darüber jedoch hinaus und verlieren gerade dadurch ihren Erklärungswert. Schließlich ist es ebenso denkbar, dass religiöse Gemeinschaften sich im Schulsektor engagieren und dabei zwar Mindestanforderungen an die Teilnahme knüpfen, gleichzeitig jedoch ein hinreichendes Angebot staatlicher religiös neutraler Schulangebote gegeben ist.⁵⁷⁹ Hier nun ist keineswegs prima facie noch von einer drückenden Zwangswirkung gegenüber den Andersgläubigen auszugehen. Das Zwangselement ist vielmehr abhängig von den konkret gegebenen Alternativen.⁵⁸⁰

Zusammenfassend zeigt sich also, dass es dem Human Rights Committee nicht gelungen ist, dem Anwender diejenigen juristischen Mittel an die Hand zu geben, derer es bedarf, um zwischen Zwang und noch hinnehmbaren Beeinflussungen des potentiellen Opfers zu unterscheiden.

(2) Communications and Concluding Observations

Über die Defizite der theoretischen Grundlegung des Zwangsbegriffs hinaus ist auch die rechtsprechende und sonstige praktische Tätigkeit des Human Rights Committee defizitär. Es

⁵⁷⁶ Zusätzlich zu körperlicher Gewalt, die ihrerseits natürlich auch Bestandteil von Zwang sei.

⁵⁷⁷ ‘Likely to totally deprive an individual of his freedom in that respect’, LALLAH, UNHCR, ‘Draft general comment on Art. 18 of the Covenant’, 45th Session, UN Doc CCPR/C/SR.1166 (1992), § 85 (S. 13).

⁵⁷⁸ Not ‘entitled to attend school because their parents adhered to a different religion of that practised in the school’, UNHCR, ‘Draft general comment on Art. 18 of the Covenant’, 45th Session, UN Doc CCPR/C/SR.1166 (1992), § 78 (S. 12). Vgl. auch das Beispiel römisch-katholischer Schulen auf Mauritius, wo die Zulassung davon abhängt, dass der katholische Glaube akzeptiert werde, vorgetragen von Mr LALLAH, *ibid.* § 85 (S. 13).

Dergleichen Fallkonstellationen sind vielfältig denkbar, vgl. hierzu z. B. (die allerdings nur die freie Berufswahl betreffende und daher weniger dringliche) folgende Variante, nämlich das Begehren einer holländischen Lehrerin, in einer Schule ohne Kopftuch unterrichten zu dürfen, obschon dies in der betreffenden Schulordnung vorgesehen ist, mit Nachweisen bei HENDRIKS, *Dealing with Different Religious Convictions and Practices*, in: *Religious Pluralism and Human Rights in Europe*, hrsg. v. *Loenen*, Antwerpen 2007, 152–153.

⁵⁷⁹ Was wohl nicht der Fall war im von Mr LALLAH gegebenen Beispiel, siehe Fn. 578.

⁵⁸⁰ Vgl. auch TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 61.

gibt nur wenig relevante⁵⁸¹ Ausführungen zu besprechen,⁵⁸² wobei zudem die Mehrzahl derjenigen, die als Beispiel in der Lehre herangezogen werden, noch nicht einmal explizit zu diesem Rechtsbegriff Stellung beziehen.⁵⁸³

Einen der raren hinsichtlich des Zwangsbegriffs tatsächlich aussagekräftigen Fälle entschied das Human Rights Committee kurz nach Fertigstellung seines diesbezüglichen General

⁵⁸¹ TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 48 berichtet von Anfragen an Zypern (bei ausdrücklicher Bezugnahme auf das (landesgesetzliche) Verbot von Zwang), ob der Islam sich Überredungskünsten bediene, um jemand am Religionswechsel zu hindern (UN Doc A/34/49 (1979), S. 92, § 388).

⁵⁸² Vgl. die wenigen (im Folgenden zu analysierenden) Beispiele – wobei die aktuelle Kopftuch- und die Missionsratsentscheidung noch fehlt – von NOWAK, ICCPR (Fn. 494, 2005) Art. 18, Rn. 19 (S. 417); JOSEPH/ SCHULTZ/ CASTAN, ICCPR, Oxford, 2. A. 2004, Rn. 17.07 (S. 505); KLEIN/SCHÄFER, *Religionsfreiheit und Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte*, in: *Religion und Internationales Recht*, hrsg. v. Zimmermann, Berlin 2006, 132; TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 48–49; BAIR, ICCPR, Frankfurt a. M. 2005, 86 sowie ders., *Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit*, in: FS *Mühlsteiger* (Fn. 561, 2006), 52–53.

⁵⁸³ BAIR, ICCPR, *ibid.*, verweist auf UNHRC, ‘Consideration of Reports Submitted by States Parties: Armenia’, UN Doc CCPR/C/79/Add. 100, wonach die Registrierung von Religionen, sowie das Erfordernis von einer Mindestanzahl von Gläubigen „Art. 18 § 2 verletzte“. *Ibid.* Nr. 19 (S. 3) enthält jedoch – zu Recht – keine Bezugnahme auf die Zwangsklausel, sondern drückt allgemein nur Bedenken zu einer solchen Registrierung aus. Ohne Verweis auf Art. 18 § 2 ICCPR ist auch die in Bezug genommene Feststellung in UNHRC, ‘Consideration of Reports Submitted by States Parties: Germany’ (4.5.2004) UN Doc CCPR/CO/80/DEU, denn in Nr. 19 (S. 4) heißt es nur, eine Verletzung von Art. 18 könne unter bestimmten Voraussetzungen gegeben sein.

JOSEPH/ SCHULTZ/ CASTAN, *ibid.*, und KLEIN/SCHÄFER, *ibid.*, verweisen auf interreligiöse Ehen, wie sie beurteilt werden im Rahmen der Concluding Observations on Morocco, UNHRC, ‘Consideration of Reports Submitted by States Parties: Morocco’ (23.11.1994) CCPR/C/79/Add.44, S. 4 (§ 14). Dort heißt es jedoch nur: The ‘Committee notes with regret [...] the restrictions affecting the Bahais’ right to profess and practice their belief and limitations on inter-religious marriage. Concern is also expressed at the impediment placed upon the freedom to change one’s religion.’ Auch TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 48 bei Fn. 128 bezieht sich auf die eben zitierte observation (reprinted at UNGA ‘Report of the Human Rights Committee – Volume I’ UN GAOR 50th Session Supp No 40, UN Doc A/50/40 Vol I (1996), S. 25, § 112. Weiterhin bezieht er sich noch auf UNHRC, ‘Consideration of Reports Submitted by States Parties: Libya’, reprinted at UNGA ‘Report of the Human Rights Committee – Volume I’ UN GAOR 50th Session Supp No 40, UN Doc A/50/40 Vol I (1996), S. 29, § 135. Dort jedoch heißt es nur, dass ‘severe punishments for heresy [...] and the restrictions on the right to change religion appear [sic!] to be inconsistent with Art. 18’.

JOSEPH/ SCHULTZ/ CASTAN, *ibid.*, und KLEIN/SCHÄFER, *ibid.*, verweisen weiterhin auf UNHRC, ‘Consideration of Reports Submitted by States Parties: Ireland’ (3.8.1993) CCPR/C/79/Add.21. Auf S. 3, § 15 heißt es jedoch nur: ‘The constitutional requirement that the President and judges must take a religious oath excludes some people from holding those offices’ (näher dazu überdies O’FLAHERTY/ HEFFERNAN, ICCPR: *International Human Rights Law in Ireland*, Dublin 1995, 57, 74–75). Das Gleiche gilt für die ‘concluding observations for Ireland’ hinsichtlich des Erfordernisses eines religiösen Eides für Richter, UNHRC, abgedruckt bei UNGA ‘Report of the Human Rights Committee – Volume I’ UN GAOR 55th Session Supp No 40, UN Doc A/55/40 Vol I (2000), S. 65, § 450 (b); hierauf berief sich allerdings auch BAIR, *ibid.* (unter dem UN Doc (2000) CCPR/CO/69/IRL).

TAYLOR, *ibid.* S. 50–1 berichtet zudem von Apostasie und verzichtet hierbei nun – zu Recht – darauf, dies als Rechtsprechung zur Zwangsklausel zu qualifizieren, denn ein weiteres Mal wird ‘coercion’ nicht direct angesprochen, vgl. UNHRC, ‘Consideration Of Reports: Sudan’, reprinted at UNGA ‘Report of the Human Rights Committee’ UN GAOR 46th Session Supp No 40, UN Doc A/46/40 (1991) S. 125, § 501 (die Frage des Committees zum Verbrechen der Apostasie), § 514 (recht offene Antwort des Repräsentanten zum Vorrang des islamischen Rechts); siehe darüber hinaus die generelle Antwort des Committees (concluding observations), die die bestehende Rechtspflichten aus dem ICCPR betont, die mangels völkerrechtlichem Vorbehalt entstanden seien (S. 127–128, § 517–521). Hinsichtlich Apostasie heißt es, solch ein Straftatbestand sei nicht in Einklang zu bringen mit Art. 6 und 18, ohne dies näher zu spezifizieren, *ibid.* § 519. Siehe ferner, auch von TAYLOR wiedergegeben, UNHRC, ‘Consideration of Reports Submitted by States Parties: Sudan’, reprinted at UNGA ‘Report of the Human Rights Committee’ UN GAOR 53rd Session Supp No 40, UN Doc A/53/40 (1998) S. 23, § 119, wo der Straftatbestand Apostasie einzig auf seine Vereinbarkeit mit Art. 6 ICCPR hin untersucht wird.

Comments.⁵⁸⁴ Der Beschwerdeführer dieser Eingabe, Mr Kang, war u. a. wegen Spionage sowie „feind-begünstigender Aktivitäten“ zugunsten Nordkoreas inhaftiert. Im Gefängnis klassifizierte man ihn als kommunistischen „confident criminal“ im Rahmen eines sog. „ideology conversion system“.⁵⁸⁵ Dieses System sollte dazu dienen, einen Wechsel der politischen Auffassungen der Insassen zu erreichen, in dem mit Vergünstigungen und besonderen Behandlungsmaßnahmen operiert wurde.⁵⁸⁶ Aufgrund dessen rügte Mr Kang ausdrücklich⁵⁸⁷, seine Behandlung dort verstoße nebst anderem auch gegen Art. 18 § 2 ICCPR.⁵⁸⁸

Ohne Erläuterung dessen nahm das Human Rights Committee jedoch Abstand davon, diesem Begehren nachzukommen. Zwar stellte es eine „coercive nature“ des koreanischen „ideology conversion system“ fest, da es schließlich darauf abziele, die „politische Meinung des Insassen zu verändern“. Gleichwohl ordnete das Human Rights Committee den entscheidungserheblichen Sachverhalt ausdrücklich der Problematik des nach außen hin wirkenden Bekennens, nämlich dem „Manifestieren einer Überzeugung“ zu. Insoweit dann folgerichtig kann sich das Human Rights Committee bei der Entscheidungsfindung darauf berufen, dass es an einer Rechtfertigung fehle. Die Notwendigkeit werde durch Südkorea nicht anhand der in der Schrankenregelung des Art. 18 ICCPR genannten zulässigen Zwecke hergeleitet.⁵⁸⁹ Damit wendet das

⁵⁸⁴ UNHRC, *Kang v Korea*, Communication Nr. 878/1999 (15.6.2003), abgedruckt bei UNGA ‘Report of the Human Rights Committee – Volume II’ UN GAOR 58th Session Supp No 40, UN Doc A/58/40 Vol II (2003), S. 152–160.

⁵⁸⁵ Hinsichtlich dieses Systems vgl. auch UNHRC, ‘Consideration of Reports Submitted by States Parties: Republic of Korea’ (25.9.1992), UN Doc CCPR/C/79/Add.6, S. 2, § 7: ‘Le Comité estime [...] que [...] les mesures de coercion utilisées dans le cadre de ce processus pourraient constituer une violation des dispositions du Pacte touchant la liberté de conscience.’ [Im Rahmen der communication übersetzt, ibid § 3.3 : ‘The Committee [...] considers that [...] the amount of coercion utilized in that process could amount to an infringement of the Covenant relating to freedom of conscience.’].

Erstauulich ist dabei, dass nach Maßgabe einer solchen Einschätzung des Committees es die Möglichkeit einer bestimmten Intensität von Zwang geben kann, die nur *möglicherweise* zu einer Verletzung des Paktes führt. Eine solche Einschätzung lässt sich augenscheinlich nicht mit der Terminologie von Art. 18 § 1 and § 2 ICCPR vereinbaren. In Anbetracht des dort gewährten absoluten Schutzes hätte das Committee eine andere Wortwahl als Zwang treffen müssen.

Ausweislich UNHRC, ‘Overview of follow-up replies: as to case No. 878/1999 - *Kang* (A/58/40)’, abgedruckt bei UNGA ‘Report of the Human Rights Committee – Volume I’ UN GAOR 59th Session Supp No 40, UN Doc A/59/40 Vol I (2003), S. 153, § 250, hat Südkorea berichtet, dass dieses System nun abgeschafft sein solle. ⁵⁸⁶ Ibid. S. 153, § 2.5. Vgl. ibid. S. 154, § 2.8, Fn. 5 die folgende Beschreibung der koreanischen Gesetzeslage: ‘Under the Parole Administration Law, in such cases, the Parole Examination Committee “shall examine whether the convict has converted [sic!] the thought, and, when deemed necessary, shall request the convict to submit an announcement or statement of conversion”.’

⁵⁸⁷ UNHRC, *Kang v Korea*, Communication Nr. 878/1999 (15.6.2003), abgedruckt bei UNGA ‘Report of the Human Rights Committee – Volume II’ UN GAOR 58th Session Supp No 40, UN Doc A/58/40 Vol II (2003), S. 152, § 1.

⁵⁸⁸ Sein Begehren ist wie folgt zusammengefasst: ‘The coercion to change his thought and conscience that he had suffered as a result of his classification and the withholding of benefits, as well as the absence of possible parole unless he “converted”, amount to violations of his right to hold beliefs of his own choice, without interference.’

Siehe ibid., S. 154, § 3.2.

⁵⁸⁹ ‘As being necessary for any of the permissible limiting purposes enumerated’, alle Zitate ibid., S. 158, § 7.2.

Human Rights Committee also nicht den absoluten Schutz des forum internums im Sinne des Art. 18 § 2 ICCPR an.⁵⁹⁰

Da das Komitee sich noch dazu jedweder Diskussion darüber entzieht, weshalb die (versuchte) direkte Einflussnahme auf die innersten Überzeugungen eines Gefängnisinsassen *nicht* zu einem Eingriff in die Gewissensfreiheit i. S. d. Art. 18 § 1 und § 2 ICCPR führen soll, kann die Begründung dieser Entscheidung nicht anders als ein Fehlurteil bewertet werden.⁵⁹¹ Dass es Mr Kang bei dem hier vorliegenden Sachverhalt keineswegs darauf ankam, seinen Gefängniswärtern seine Überzeugung zu präsentieren (bloßes Manifestieren), kann doch kaum deutlicher auf der Hand liegen. Gerade in Anbetracht des kurz zuvor noch verabschiedeten eigenen General Comment Nr. 22 und angesichts des ausdrücklich auf das Zwangsverbot gestützten Begehrens von Mr Kang bleibt die Begründung der Entscheidung unverständlich.⁵⁹²

Eine aktuelle Entscheidung behandelt das Verbot von Kopftüchern an einem universitären Institut in Usbekistan, das letztlich zur Exmatrikulierung der Beschwerdeführerin führte, einer Muslimin, die sich weigerte, ihr Kopftuch abzulegen. Nunmehr berief sich das Human Rights Committee ausdrücklich und aus eigenem Antrieb heraus auf Art. 18 § 2 ICCPR, allerdings mit der Folge, so nur umso größere Verwirrung zu stiften hinsichtlich des konzeptionellen Verständnisses von Zwang.⁵⁹³ - Annex 2 Das Tragen des Kopftuches sei als „Manifestieren“ geschützt, doch darüber hinaus könne es dabei auch zu einer Verletzung des von Art. 18 § 2 ICCPR statuierten Zwangsverbots kommen. Hierbei greife nämlich das im General Comment dazu ausgeführte Beispiel, wonach es verboten sei, den Zugang zur Bildung zu reglementieren. Schlussendlich stellte das Human Rights Committee dann auch tatsächlich einen Verstoß gegen § 2 fest und

⁵⁹⁰ Vgl. auch die Bezugnahme einzig auf Art. 18 § 1 ICCPR *ibid.*, S. 158, § 8.

⁵⁹¹ KLEIN/SCHÄFER, Religionsfreiheit, in: Religion und Internationales Recht (Fn. 582), 2006, 132 üben an dieser Entscheidung keine Kritik, aber beziehen sich auf sie – insoweit unzutreffend – als ein Beispiel zu Art. 18 § 2 ICCPR in der Rechtsprechung des Human Rights Committee. Ähnlich auch TAYLOR, Freedom of Religion (Fn. 493, 2005) 32 in Fn. 38.

⁵⁹² Vgl. auch die unzutreffenden concluding observations, wie soeben in Fn. 585 aufgezeigt. Auch NOWAK, ICCPR (Fn. 494, 2005) Art. 18, Rn. 18, Fn. 56 (S. 417) kritisiert obige Entscheidung für ihre Bezugnahme auf Art. 18 § 1 ICCPR.

In Rn. 26 (S. 26) allerdings betrachtet NOWAK den Sachverhalt als einen Verstoß, der auf der „Verteilung von kommunistischen Publikationen und nicht autorisierten Besuchen von Nordkorea“ beruhe. Diese Handlungen jedoch wurden vom Committee nicht als „Manifestieren einer Überzeugung i. S. v. Art. 18 § 1 [§ 7.2]“ qualifiziert, wie NOWAK dies festhält. Obgleich diese Handlungen den faktischen Hintergrund der streitgegenständlichen Verurteilung bilden, ist die Entscheidung selbst einzig auf die Analyse des ‘ideology conversion system’ (vgl. § 7.2) aufgebaut. Dies berücksichtigend, bleibt es bei der nicht tragfähigen Begründung dieser Entscheidung.

⁵⁹³ UNHRC, *Hudoyberganova v Uzbekistan*, Communication Nr. 931/2000 (5.11.2004), abgedruckt bei UNGA ‘Report of the Human Rights Committee – Volume II’ UN GAOR 60th Session Supp No 40, UN Doc A/60/40 Vol II (2005), S. 44–49, insbesondere § 6.2 (S. 48); ferner veröffentlicht auch bei (2005) 19 BHRC 581. Die drei Sondervoten (vgl. *ibid.* S. 50–53) beziehen sich auf die Auslegung besonderer Umstände des streitgegenständlichen Sachverhalts (z. B. was genau hier mit Hijab gemeint sei) und sind nicht weiter aufschlussreich mit Blick auf die Interpretation von Zwang.

stützte sich dabei darauf, dass es an einer Rechtfertigung im Sinne von § 3 des Art. 18 ICCPR fehle.

Es bedarf hier nun keiner näheren Erörterung, ob das Tragen eines Kopftuches tatsächlich (auch) als ein Handeln qualifiziert werden könnte, das dem forum internum zuzuordnen ist; üblicherweise wird es nur als „Manifestieren“ begriffen.⁵⁹⁴ Erstaunlich an dieser Entscheidung ist vielmehr, dass das Human Rights Committee – ob bewusst oder unbewusst, sei dahingestellt – ein entscheidendes Merkmal des dogmatischen Verständnisses von Art. 18 ICCPR missachtet. Maßnahmen, die in das Recht, eine Religion zu haben (und damit in das forum internum), tatsächlich *eingreifen*, sind kategorisch nicht rechtfertigungsfähig.⁵⁹⁵ Es ist schlechterdings unmöglich, zunächst eine Verletzung des Art. 18 § 2 ICCPR festzustellen, daran anschließend aber gleichwohl sich darauf noch zu berufen, die Regierung habe keine Zwecke i. S. d. Art. 18 § 3 ICCPR substantiiert.⁵⁹⁶ Angesichts dessen ist es erstaunlich, dass dieser dogmatisch-konzeptionelle⁵⁹⁷ Fehlgriff bislang noch nicht als solcher gebrandmarkt worden ist.⁵⁹⁸

⁵⁹⁴ Vgl. nur Special Rapporteur on freedom of religion or belief (Asma JAHANGIR), ‘Report: Civil and Political Rights, Including the Question of Religious Intolerance’ (9.1.2006) UN Doc E/CN.4/2006/5, § 40 (S. 12–13); VAKULENKO, Islamic Dress in Human Rights Jurisprudence’ (2007) 7 Hum Rts L Rev 722.

⁵⁹⁵ Auslegungsprinzipien, die an sich auch im Human Rights Committee bekannt sind, siehe – mit aller nötigen Deutlichkeit – UNHCR ‘General Comment No. 22 (Art. 18)’ (27.9.1993) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (1993); wiedergegeben in ‘Note by the Secretariat, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies’ (2006), UN Doc HRI/GEN/1/Rev.8, § 3, S. 195, oben zitiert bei S. 110, Fn. 496.

Auch Sir RODLEY, der seinerzeit für den Entwurf des General Comment Nr. 22 verantwortlich war, präsentiert insoweit keinen von der Mehrheit abweichenden Standpunkt in *Hudoyberganova* (siehe sein das Ergebnis mittragende Sondervotum, *ibid.*, S. 52).

Siehe darüber hinaus zutreffend, einige Monate später, mit Bezugnahme auf den General Comment UNHCR *Malakhovsky v Belarus*, Communication Nr. 1207/2003 (26.6.2005), abgedruckt bei UNGA ‘Report of the Human Rights Committee – Volume II’ UN GAOR 60th Session Supp No 40, UN Doc A/60/40 Vol II (2005), S. 242 (§ 7.2).

⁵⁹⁶ Die einzige Möglichkeit dies zu tun, ohne dabei das dogmatische Grundgerüst des Art. 18 ICCPR zu vernachlässigen oder zu revolutionieren, wäre es, einer Maßnahme einen Doppelcharakter beizumessen: Als ein Akt, der aufgrund eines bestimmten Schutzobjektes im Einzelfall gleichzeitig das „Manifestieren“ betrifft und ebenso das forum internum. Unter diesen Umständen könnte es offen gelassen werden, ob der Akt tatsächlich in das forum internum eingreift, wenn gleichzeitig ein (leichter festzustellender) Eingriff hinsichtlich des Manifestierens gegeben ist und darüber hinaus keine Rechtfertigung nach Maßgabe von Art. 18 § 3 ICCPR vorliegt. Das Human Rights Committee jedoch vermischte schlichtweg das Nichtvereinbare, um dann zu einer Verletzung des Art. 18 § 2 ICCPR zu gelangen. Deshalb kann diese Entscheidung nicht auf Grundlage des eben beschriebenen Gedankenganges hilfsweise gestützt werden.

⁵⁹⁷ Der Klarstellung halber sei deutlich gesagt, dass mit Blick auf einen ausreichenden Menschenrechtsschutz das *Ergebnis* der Entscheidung prinzipiell zu begrüßen ist, und dies insbesondere mit Blick auf die schwerwiegende Bedrohung der Religionsfreiheit, wie sie durch die Große Kammer des EGMR verursacht wurde, und zwar mit deren Entscheidung in *Leyla Şahin v Turkey* (10.11.2005, Nr. 44774/9) (2007) 44 EHRR 5. Zu dieser Entscheidung siehe näher unten im Text ab S. 206.

⁵⁹⁸ Vgl. ohne diesbezügliche Kritik JOSEPH, UN Human Rights Committee: Recent Cases (2006) 6 Hum Rts L Rev 367–370; BAIR, Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit, in: FS *Mühlsteiger* (Fn. 561, 2006), 50 sowie insbesondere auf S. 52 in Fn. 49, wo die Beschränkbarkeit aufgrund von Art. 18 § 3 ICCPR eigens thematisiert wird; PARKER, The Freedom to Manifest Religious Belief: An Analysis of the Necessity Clauses of the ICCPR and the ECHR (2006) 17 Duke J Comp & Intl L 100; WESTERFIELD, Behind the Veil (2006) 54 Am J Comp L 638 und 652; LANGLAUDE, Indoctrination, Secularism, Religious Liberty, and the ECHR (2006) 55 ICLQ 931; SKACH, Case comment: *Sahin v Turkey* [...] and ‘Teacher Headscarf’ Case No. 2 German Constitutional Court (2006) 100 AJIL 193–194; dies., Constitutional Transformations and the Reordering of the Twenty-First-Century Public Sphere, (2007) 67 Maryland L Rev 276–277; VAKULENKO (Fn. 594) (2007) 7 Hum Rts L Rev

Mit der jüngsten Entscheidung des Human Rights Committees ist es dem UN-Organ dagegen gelungen, ein positives Signal im verworrenen Ringen um den Zwangsbegriff zu setzen. Dabei ging es nicht um das theoretische Verständnis, sondern um eine konkrete und sehr prominente Streitfrage, nämlich die oben ausführlich angesprochene Frage, inwieweit missionarische Tätigkeiten unter Rückgriff auf die Zwangsklausel reglementiert werden können. Mit der Rüge von *Sister Immaculate Joseph u. a. v. Sri Lanka*,⁵⁹⁹ - Annex 3 ist nun ein Fall zu besprechen, der bislang zu Unrecht noch kaum Aufmerksamkeit in der Lehre gefunden hat,⁶⁰⁰ der aber auf lange Sicht hoffentlich dazu beitragen wird, die Streitfrage ad acta legen zu können, ob normale missionarische Aktivitäten von Art. 18 § 2 ICCPR erfasst sind.

Das Human Rights Committee hatte auf das Begehren einer Gruppe von 81 katholischen Nonnen zu antworten, deren Tätigkeit sich auf Erziehung sowie andere soziale Ziele richtete.⁶⁰¹ Sie trugen vor, dass die Verweigerung eines gesicherten Rechtsstatus durch das sri-lankische Rechtssystem⁶⁰² gegen Art. 18 § 1 ICCPR verstoße, ohne dass dies mit Blick auf Art. 18 § 2 ICCPR gerechtfertigt sei. Auf Letzteres bezog sich implizit der sri-lankische Supreme Court, indem er ausführte, eine institutionelle Unterstützung der Nonnen würde in die Gewissens- und Religionsfreiheit derjenigen eingreifen, die von diesen Hilfe erhielten. Materielle Hilfe führe

722; C. EVANS, The 'Islamic Scarf' in the ECtHR (2006) 7 Melbourne J Intl L 56 (allerdings zeigt bei ihr die Auslassung des Wortes „Zwang“ in ihrem Zitat, dass sie nicht daran interessiert ist, sich auf diesen spezifischen Teil der Begründung des Human Rights Committees zu beziehen); die Fundstellen verdanken sich einer Suche unter dem Stichwort 'Hudoyberganova' bei Westlaw, Hein-on-line, LexisNexis und JSTOR, durchgeführt am 26.1.2008.

⁵⁹⁹ Communication Nr. 1249/2004 (21.10.2005), UN Doc CCPR/C/85/D/1249/2004; abgedruckt auch bei UNHRC, 'Issues considered by the Committee: Art. 18', UNGA 'Report of the Human Rights Committee – Volume I' UN GAOR 60th Session Supp No 40, UN Doc A/61/40 Vol I (2006), S. 99–100 (§ 192).

Instruktiver Überblick hinsichtlich der spezifischen Situation und der nationalen Rechtsprechung bei OWENS, Questioning the Law's Ability to Protect Against Unethical Conversions in Sri Lanka (2006) 1 Religion and Human Rights, S. 41–73. Dort findet sich auch eine ausführliche Kritik des dieser Entscheidung zugrunde liegenden Urteil des sri-lankischen Supreme Court, siehe *ibid.* S. 68–69.

⁶⁰⁰ Bei einer Recherche nach Zitaten des relevanten UN Doc bei Hein-on-line, Westlaw, LexisNexis and JSTOR, durchgeführt am 26.1.2008, konnte kein Ergebnis gefunden werden. Nur OWENS berichtet von dieser Entscheidung, siehe *ibid.* S. 71–72 und ebenso – dort als *Menzingen Incorporation Case* bezeichnet – in: Using Legislation to Protect Against Unethical Conversions in Sri Lanka (2006–2007) 22 J L & Religion 330, 332, 339.

⁶⁰¹ Ausweislich der dem Verfahren zugrunde liegenden gescheiterten Initiative, einen Rechtsstatus zu erlangen, hatte die Gemeinschaft der Nonnen den Zweck 'to spread knowledge of the Catholic religion' und Wohltätigkeitsarbeit auszuführen, ohne zwischen den verschiedenen Zielen näher zu differenzieren, siehe *ibid.* S. 4, Fn. 1.

⁶⁰² Solch ein Rechtsstatus soll normal sein hinsichtlich buddhistischen und einigen muslimischen religiösen Gruppierungen, vgl. *ibid.* S. 6, § 3.1. Siehe auch OWENS (Fn. 599) (2006) 1 Religion and Human Rights S. 42, S. 59–60 mit dem Abdruck des Statuts einer buddhistischen Gemeinschaft. Allerdings ist es dem sri-lankischen Supreme Court verwehrt, die schon erlassenen Rechtsakte zu überprüfen. Formal ist es daher denkbar zu ignorieren, dass einerseits faktisch der begehrte Rechtsstatus der Mehrheitsreligion schon gewährt worden ist, während man gleichzeitig ebensolches der Minderheitsreligion nun verwehrt (siehe als weitere minderheitenwidrige Möglichkeit des sri-lankischen Rechtssystems zudem noch die Möglichkeit, per Mehrheitsentscheid sogar verfassungswidrige Akte dauerhaft zu ermöglichen, OWENS, *ibid.* S. 46).

nämlich zu „unnötiger und unzulässiger Druckausübung“.⁶⁰³ Das Human Rights Committee wies diese Ausführungen in aller Deutlichkeit zurück; Ausführungen, die schließlich – wie oben aufgezeigt – auch der Analyse der *travaux préparatoires* sowie dem Sinn und Zweck von Art. 18 § 2 ICCPR entgegenstehen. Hinsichtlich der sri-lankischen Einschätzung, dass die Nonnen „durch Versorgung mit Materialien und anderen Begünstigungen an hierfür anfällige Menschen [...] durch Zwang oder anderweitig unzulässig Religion propagieren“, fand das Human Rights Committee keine „auf Beweisen beruhende oder sachbezogene Grundlage“.⁶⁰⁴

Abgesehen von diesem klärenden Standpunkt ist jedoch festzuhalten, dass das Human Rights Committee keine hinreichend kohärenten Richtlinien entwickelt, anhand derer Zwang i. S. d. Art. 18 § 2 ICCPR greifbar gemacht werden könnte.

bb) Lehre

Auch in der Lehre ist es nicht geglückt, hinsichtlich Art. 18 § 2 ICCPR zu einer praktikablen Auslegungshilfe zu gelangen.⁶⁰⁵ Als Beispiel kann insoweit zunächst auf die umfassendste Studie verwiesen werden, nämlich diejenige von DE JONG. Im Anschluss an eine detailgenaue

⁶⁰³ ‘Unnecessary and improper pressures’. Das Gericht führt aus, institutionelle Unterstützung ‘create a situation which combines the observance and practice of a religion or belief with activities which would provide material and other benefits to the inexperience [sic], defenseless and vulnerable people to propagate a religion. The kind of [social and economic] activities projected [...] would necessarily result in imposing unnecessary and improper pressures on people, who are distressed and in need, with their free exercise of thought, conscience and religion with the freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice as provided in’ der sri-lankischen Verfassung. Wiedergegeben bei *Sister Immaculate Joseph et. alt. v Sri Lanka*, Communication Nr. 1249/2004 (21.10.2005), UN Doc CCPR/C/85/D/1249/2004, S. 5 (§ 2.2).

Ein weiterer Begründungsstrang des sri-lankischen Supreme Court gründete auf dem in der Verfassung vorgesehenen Vorrang des Buddhismus, in welchen die Nonnen eingriffen durch Ausbreitung religiösen Wissens, vgl. *ibid* § 2.3 und OWENS, *ibid.*, S. 45, S. 69.

⁶⁰⁴ ‘Through the provision of material and other benefits to vulnerable people [...] coercively or otherwise improperly propagate religion’, ‘evidentiary or factual foundation’; *ibid.* § 7.3, S. 10; umfassend wiedergegeben als Annex 3.

⁶⁰⁵ Zutreffend DURHAM, Jr., *Facilitating Freedom of Religion or Belief Through Religious Association Laws*, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief* (Fn. 511, 2004) 360: ‘It is worth noting, however, that the precise outer boundaries of the non-regulable *forum internum* have never been precisely demarcated.’ Vgl. auch CUMPER, *Freedom of Thought, Conscience, and Religion*, in: *ICCPR and UK Law*, hrsg. v. *Harris* u. a., Oxford 1995, 370–371.

Oftmals findet sich im Schrifttum Kritik, an die sich jedoch keine Gegenkonzeption anschließt. Vgl. z. B. TAHZIB, *Freedom of Religion or Belief* (Fn. 491, 1996) 326–327. Sie trägt vor, das Human Rights Committee hätte in seinem Comment Nr. 22 ‘intellectual, moral, or psychological means of compulsion’ einschließen sollen. Überzeugend ist das nicht, da sie weder weitere Kriterien benennt, noch erläutert, weshalb solch ein ausdrückliches Erwähnen angemessener sei als die vom Committee verwendete Analogie in Comment No. 22 (‘Policies or practices having the same intention or effect’). Vgl. auch TAHZIB-LIE, *Dissenting Women, Religion or Belief, and the State*, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief*, *ibid.*, 459–463, dort spricht sie allerdings an, dass es eine Grauzone gäbe (S. 462) und dass auch die Frage nach horizontal effects Schwierigkeiten bereite (S. 460–461).

Vgl. ähnlich SULLIVAN (Fn. 557) (1988) 82 AJIL 494–496.

Siehe ferner die nicht befriedigenden Ausführungen bei LERNER, *The Nature and Minimum Standards of Freedom of Religion or Belief*, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief*, hrsg. v. *Lindholm* u. a., Leiden 2004, 70, wo es heißt: ‘The text [of Article 18 § 2 ICCPR] does not define “coercion”, but it should be read as meaning not only the use of force or threats but also more subtle forms of illegitimate influence, such as family considerations, public standing, and social relations. Use of such tactics is less than illegal, but so are some material inticements.’

Analyse der Entstehungsgeschichte des Zwangsbegriffs befürwortet er eine Auslegung von Zwang, die er selbst als enge Interpretation bezeichnet.^{606 - Annex 4} Allerdings entwickelt er keine abstrakte Definition, sondern verweist zur Erklärung seines Konzeptes auf Beispiele, ohne die zugrundeliegenden Prinzipien zu erläutern. Einzig ein abstraktes Definitionselement bringt er ein, indem er vorschlägt, unzulässige materielle oder moralische Anreize dann als verboten zu qualifizieren, wenn sie von seiten einer „more powerful party“ stammen. Diese Klarstellung (beeinflussende Mittel auf Grundlage einer Machtposition) hilft jedoch – unabhängig von ihrer sachlichen Richtigkeit) in der Praxis kaum weiter. Mangels Anhaltspunkten, wie eine solche Machtposition ihrerseits zu bestimmen ist, kann auf diese Weise entgegen seiner Absicht auch verbotener Zwang nicht näher eingegrenzt werden.

Der weiterführende Ansatz findet sich bei STAHNKE im Rahmen seiner Darlegungen zur Vereinbarkeit von „Proselytismus“ und Religionsfreiheit.⁶⁰⁷ Er sieht dabei den Zwangs-Begriff als den alles entscheidenden Prüfstein der von ihm zu behandelnden Frage, inwieweit Proselytismus durch den Staat verboten werden darf.⁶⁰⁸ Deshalb sucht er nach Parametern, die jeweils kumulativ zu berücksichtigen seien. Dann könne entschieden werden, ob von religiösem Werben eine Zwangswirkung ausgeht, die ein Verbot rechtfertigen könnte. In diesem Sinn lenkt er den Blick auf den Religionswerbenden („source“). Diesem könne ‘some physical, legal, or economic advantage’ zur Verfügung stehen, dessen Einsatz die freie Wahl der Zielperson („target“) behindere.⁶⁰⁹ Mit Blick auf die Zielperson meint er, dass deren fehlende intellektuelle Kompetenz (Kinder, „mental incapacity“), aber auch deren sozio-ökonomische Verwundbarkeit berücksichtigt werden könne.⁶¹⁰ Ferner sei der Ort der Überzeugungsversuche von Interesse.⁶¹¹ Am bedeutendsten sei jedoch die Natur der Handlung selbst, „im Sinne ihrer Tendenz, zwanghaften Druck auf die Zielperson auszuüben.“⁶¹² Dabei unterscheidet er den (unproblematischen) bloßen Austausch religiöser Ideen⁶¹³, die Verneinung anderer Glaubensüberzeugungen – auf sachliche oder aber auf verächtlich machende Weise –,⁶¹⁴ sowie zuletzt die Gewährung materieller oder immaterieller Vorteile als Anreiz zur Änderung der Überzeugung.⁶¹⁵

⁶⁰⁶ Abgedruckt als Annex Nr. 4.

⁶⁰⁷ STAHNKE, *The Right to Engage in Religious Persuasion*, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief*, hrsg. v. Lindholm u. a., Leiden 2004, 619–649.

⁶⁰⁸ STAHNKE, *ibid.*, 642; dabei greift er auf die Unterscheidung zwischen „proper and improper proselytism“ zurück, siehe dazu unten S. 203, Fn. 954.

⁶⁰⁹ *Ibid.* 642.

⁶¹⁰ *Ibid.* 644.

⁶¹¹ *Ibid.* 644–645.

⁶¹² *Ibid.* 645.

⁶¹³ *Ibid.* 645.

⁶¹⁴ *Ibid.* 646–647.

⁶¹⁵ *Ibid.* 647.

Es ist das Verdienst STAHNKES, – bezogen auf eine Teilfrage – um präzisere Erfassung der Determinanten zu ringen und so zu einer besseren Strukturierung der Diskussion aufzufordern. Da er sich insbesondere auf Beispiele aus internationalen und nationaler Rechtsprechung bzw. Gesetzgebungspraxis stützt, trägt er dazu bei, diese zu systematisieren. Wenngleich damit ein Schritt in die richtige Richtung getan ist, bleibt die Beschreibung der entscheidenden Kriterien entweder zu blass oder gar in der Sache angreifbar. Es fehlt an der Nennung eines praktikablen Maßstabs hinsichtlich ungleicher Machtverteilung oder der Erheblichkeit von gewährten Vorteilen. Wenn beispielsweise versucht wird, die Rechtsprechung zu religionsverletzenden Äußerungen zu integrieren, bleibt offen, weshalb von einer beleidigend vorgetragenen Kritik eine höhere Zwangswirkung ausgehen soll als von einer sachlichen. Die Rechtfertigung für ein etwaiges Verbot diffamierender Religionskritik scheint vielmehr anderswo zu suchen zu sein als in der Abwehr von „improper proselytism“.

d) Schlussfolgerung

An einem überzeugenden, umfassenden Konzept, mittels dessen „Zwang“ kohärent ausgelegt werden kann, fehlt es mithin. Als Richtschnur für die Interpretation kann allerdings zumindest festgehalten werden, dass keine Argumente und auch kein Rückhalt im Rahmen der Entstehungsgeschichte zu finden sind, die für eine stark einengende oder aber für eine erheblich ausweitende Auslegung des Begriffs „Zwangs“ sprechen, sofern man den allgemeinen Sprachgebrauch als ersten Vergleichspunkt nimmt. Ebenso, wie man gemeinhin von Zwängen auch dann spricht, wenn diese mitunter nur psychisch ausgeübt werden, so besteht auch im Rahmen des Art. 18 § 2 ICCPR kein ernsthafter Zweifel daran, dass auch „mentale“ Formen von Zwang anzuerkennen sind.⁶¹⁶ Als wie ärgerlich man die vielfältigen unterschwelligten Beeinflussungen auch einstufen mag, so käme man kaum auf die Idee, sich Werbung gegenüber tatsächlich als so hilflos gegenüber zu sehen, dass man sie als Zwang bezeichnete. Ebenso ist auch das Werben um den eigenen Glauben nicht als Zwang im rechtlichen Sinne zu qualifizieren, soweit nicht zumindest weitere Umstände von nicht unbedeutendem Ausmaß hinzukommen. Nach welchen Maßstäben und unter Zugrundelegen welcher Grenzziehung, darauf jedoch vermag die Rechtsentwicklung zu Art. 18 § 2 ICCPR keine genauen Antworten zu geben.

⁶¹⁶ Da vielfach davon ausgegangen wird, dass es zu einer Anwendbarkeit der Zwangsklausel auch auf Private kommen kann, darf auch bedacht werden, dass das Gewaltmonopol ohnehin schon beim Staat anzusiedeln ist und insoweit es einer Anwendung der Klausel für Private nicht bedurft hätte, vgl. zum Gewaltmonopol als notwendige Maßgabe auch im Bereich des internationalen Menschenrechtsschutzes BIELEFELDT, *The Practical Priority of the Secular Legal Order*, in: *Religious Pluralism and Human Rights in Europe*, hrsg. v. *Loenen* u. a., Antwerpen 2007, 98–99.

2. Staatliches Indoktrinieren – zur Interpretation im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention

Im Rechtsraum der EMRK⁶¹⁷ wird zuvorderst auf staatliches Indoktrinieren verwiesen, wenn von Eingriffen in das *forum internum* die Rede ist.⁶¹⁸ Der EGMR formuliert diese Eingriffsform, die insbesondere mit Blick auf das staatliche Schulsystem entwickelt wurde, wie folgt: „Die Konvention verbietet dem Staat, das Ziel einer Indoktrination zu verfolgen, welche damit beschrieben werden könnte, dass die elterlichen religiösen und philosophischen Überzeugungen nicht respektiert werden. Das ist die Grenze, die nicht überschritten werden darf.“⁶¹⁹

a) Rechtsprechung

Wird das Thema Indoktrinieren näher behandelt, so ist das meistgenannte Fallbeispiel *Kjeldsen*.⁶²⁰ In diesem Verfahren gingen die Beschwerdeführer gegen die dänische Regelung der Sexualerziehung vor, die verpflichtend für die Schulen eingeführt wurde, integriert in den Lehrplan für Grundschulen. Diese Entscheidung basiert allerdings auf Art. 2 des Protokolls Nr. 1⁶²¹ und rekurriert nur anlässlich einer systematischen Interpretation auf die Wertmaßstäbe des Art. 9

⁶¹⁷ Zu den unterschiedlichen Organen, von denen im Folgenden die Rede sein wird, wie dem EGMR, der Großen Kammer des EGMR, der nunmehr aufgelösten EKMR vgl. nur EHLERS, Allgemeine Lehren/ EMRK, in: Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, hrsg. v. dems., Berlin, 2. A. 2005, § 2, Rn. 50 m. w. N.

⁶¹⁸ Vgl. z. B. HARRIS/ O'BOYLE/ WARBRICK, Law of the European Convention on Human Rights, London 1995, 360; FROWEIN, Die Bedeutung des Art. 9 EMRK, in: Die Einigung Europas und die Staat-Kirche-Ordnung, hrsg. v. Heinemann u. a., Münster 1993, 49; MEYER-LADEWIG, EMRK, Baden-Baden, 2. A. 2006, Art. 9, Rn. 2; unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Gewissensfreiheit vgl. VILLIGER, Handbuch der EMRK, Zürich, 2. A. 1999, Rn. 597 (S. 384); GRABENWARTER, EMRK (Fn. 496, 2005), Rn. 86 (S. 221).

Diese Studie konzentriert sich auf die Erläuterung dieses spezifischen Konzepts und strebt keine umfassende Erläuterung mit Blick auf Art. 9 EMRK an, die dann u. a. auch den Zwangsbegriff auf dieser Ebene beträfe.

Darüber hinaus beziehen sich die folgenden Erläuterungen zum Indoktrinieren auf diejenigen Fallkonstellationen, die ausgelöst werden durch das Begehren von Betroffenen, gewisse staatliche Akte abzuwehren. Konflikte, bei denen sich Bürger gegen Gesetze wehren, die ihrerseits schon angeblich dazu dienen sollen, vor Indoktrinieren zu schützen, werden später näher in den Blick genommen. Vgl. insoweit als einzige Entscheidung, die ausdrücklich den Begriff des Indoktrinierens heranzieht, und zwar als ein Konzept, das einerseits den Bürger schützt und andererseits Gesetzgebungsakte rechtfertigen könne, EKMR, *Çiftçi v Turkey* (17.6.2004, Nr. 71860/01) [HUDOC]. Vgl. weiterhin an dieser Stelle nur LANGLAUDE (Fn. 598) (2006) 55 ICLQ 931, die der Auffassung ist, dass *Dahlab v Switzerland* (Zlk.-Entsch., 15.2.2001, Nr. 42393/98) [HUDOC] (eingesehen am 20.8.2007) „uns Einblicke gewähre in das, was das Gericht als Indoktrinieren begreife“; hinsichtlich *Leyla Şahin* siehe *ibid.* S. 933.

Hinsichtlich Indoktrinieren als erläuternder Begriff mit Blick auf den ICCPR vgl. NOWAK, ICCPR (Fn. 494, 2005) Art. 18, Rn. 10 (S. 413).

⁶¹⁹ ‘The Convention forbids a State to pursue an aim of indoctrination that might be considered as not respecting parents’ religious and philosophical convictions. That is the limit that must not be exceeded.’ So *Valsamis v Greece* (18.12.1996, Nr. 21787/93) (1997) 24 EHRR 305 (§ 36) unter Bezugnahme auf *Kjeldsen*; siehe auch EKMR, *Çiftçi v Turkey* (17.6.2004, Nr. 71860/01) [HUDOC].

⁶²⁰ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v Denmark* (7.12.1976, Nr. 5095/71 u. a.) (1979–80) 1 EHRR 711.

⁶²¹ Verabschiedet am 20.3.1952, in Kraft getreten am 18.5.1954, 213 UNTS 262, von nun an „Protokoll Nr. 1“. Es heißt dort: ‘No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions.’

EMRK.⁶²² Überdies war es einmütige Auffassung des Gerichtshofes, einschließlich des Sonder-
votums, dass das dänische Recht nicht als Versuch des Indoktrinierens zu werten war.⁶²³ Ange-
sichts fehlender Streitrelevanz konnte das Gericht es sich erlauben, mit recht vagen Definitionen
zu arbeiten, wie jener Feststellung, ein Lehrplan müsse „in einer objektiven, kritischen und
pluralistischen Weise“ gestaltet sein;⁶²⁴ auch wurde ausgeführt, Indoktrinieren beginne dann,
wenn der Staat darauf abziele, „für eine bestimmte Form sexuellen Verhaltens einzutreten“.⁶²⁵
An einer weitergehenden Erläuterung des Indoktrinierens fehlt es in dieser Entscheidung.⁶²⁶

Der Fall *Angeleni*⁶²⁷ der Europäischen Kommission⁶²⁸ gab Gelegenheit, das Konzept des
Indoktrinierens als Eingriff in das forum internum zu klären. Aufgrund eines gültigen
schwedischen Vorbehalts⁶²⁹ fand Art. 2 des Protokolls Nr. 1 keine Anwendung, sodass der
Sachverhalt einzig mit Blick auf Art. 9 EMRK zu untersuchen war. Zu klären war, ob eine
Atheistin Anspruch auf eine Ausnahmegenehmigung zur Nichtteilnahme am Religionsunterricht
hat. Die Kommission führte aus, dass Art. 9 EMRK „Schutz gewähr[e] gegenüber Indoktri-
nierens durch den Staat, sei es in der Erziehung in der Schule, sei es bei sonstigen Aktivitäten,
bei denen von der Verantwortlichkeit des Staates auszugehen sei“.⁶³⁰ Demgemäß sei zu unter-

⁶²² *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v Denmark* (7.12.1976, Nr. 5095/71 u. a.) (1979–80) 1 EHRR 730 (§ 52), 733 (§ 57).

⁶²³ Vgl. insoweit übereinstimmend das Sondervotum von Richter VERDROSS, *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v Denmark* (7.12.1976, Nr. 5095/71 u. a.) (1979–80) 1 EHRR 735 (§ 6).

⁶²⁴ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v Denmark* (7.12.1976, Nr. 5095/71 u. a.) (1979–80) 1 EHRR 731 (§ 53).

⁶²⁵ ‘Advocating a specific kind of sexual behaviour’, so *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v Denmark* (7.12.1976, Nr. 5095/71 u. a.) (1979–80) 1 EHRR 732 (§ 54).

⁶²⁶ Die Entscheidung bleibt allerdings mit Blick darauf von allgemeinem Interesse, inwieweit zeitspezifische Umstände und wechselnde gesellschaftliche Vorstellungen das Ergebnis beeinflussen können. Es bedarf keiner großen Phantasie, sich das Ergebnis einer gerichtlichen Überprüfung im Jahre 1954 vorzustellen, als die Konvention sowie Protokoll Nr. 1 in Kraft traten: Verpflichtende Sexualerziehung einschließlich u. a. der Themen ‘sexual activities (masturbation, intercourse, orgasm), fertilisation, methods of contraception, venereal diseases, sexual deviations (in particular homosexuality) and pornography’ (*Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v Denmark* (7.12.1976, Nr. 5095/71 u. a.) (1979–80) 1 EHRR 719 (§ 28)) wäre zum damaligen Zeitpunkt vom Gericht verworfen worden (vgl. auch mit Blick auf die Geschichte der dänischen Regelung auch *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v Denmark* (7.12.1976, Nr. 5095/71 u. a.) (1979–80) 1 EHRR 715 (§ 19)). Ebenso wenig wäre es heutzutage denkbar, sich hier ein anderes Ergebnis einer Gerichtsentscheidung vorzustellen. Festgehalten werden mag, dass in diesem Bereich also nicht allein Mangel an präzisen Definitionen Schwierigkeiten bereiten kann, sondern darüber hinaus das Ergebnis in besonderem Maße von wechselnden gesellschaftlichen Anschauungen abhängen kann. Die dogmatische Frage nach angemessener Berücksichtigung sozialer Veränderungen, geschweige denn ein Vergleich mit diametral dem entgegengesetzten Tendenzen etwa in der US-amerikanischen Judikatur (von sog. „originalists“ vertreten, wie etwa dem Richter am Supreme Court A. SCALIA) kann in diesem Rahmen nicht gestellt werden.

⁶²⁷ Sehr oft falsch wiedergegeben als *Angelini*.

⁶²⁸ EKMR *Angeleni v Sweden* (Zik.-Entsch., 3.12.1988, Nr. 10491/83) (1988) 10 EHRR CD 123.

Die Schwedische Staatskirche ist mittlerweile als solche abgeschafft, siehe NOWAK, ICCPR (Fn. 494, 2005) Art. 18, Rn. 53, Fn. 139 (S. 434).

⁶²⁹ Zu Vorbehalten als Instrument des Völkerrechtsrechts vgl. etwa den Überblick bei HERDEGEN, Völkerrecht (Fn. 526), 2006, S. 118–23 (§ 15, Rn. 20–25).

⁶³⁰ Art. 9 ECHR ‘affords protection against indoctrination of religion by the State, be it in education at school or in any other activity for which the State has assumed responsibility’, siehe EKMR *Angeleni v Sweden* (Zik.-Entsch., 3.12.1988, Nr. 10491/83) (1988) 10 EHRR CD 126 (§ 3).

Siehe auch EKMR, *CJ, JJ and EJ v Poland* (Zik.-Entsch., 16.1.1996, Nr. 23380/94) [HUDOC]. Dieser Fall bezieht sich auf katholische Religionslehre, die theoretisch freiwillig war, in der Praxis jedoch zu Schwierig-

suchen, ob jemand „in der Schule einer Indoktrinierung zur Religion hin unterworfen war, die mit einer Missachtung der Religionsfreiheit verbunden war“.⁶³¹ An einer weiteren Herleitung und Deutung dieser Voraussetzungen fehlt es, da das Begehren der Beschwerdeführerin aus anderweitigen Gründen zurückgewiesen wurde. Die Kommission führte aus, dass ihr auf informeller Ebene Ausnahmen sehr wohl genehmigt wurden und sie daher nicht mit besonderer Schwere betroffen sei. Daher begnügte sich die Kommission damit, hinsichtlich der Unterscheidung zwischen Indoktrinierens und noch erlaubter Einflussnahme auf Schülerinnen und Schüler auszuführen, dass, „im Prinzip Schulunterricht, der nur [religiöse] Information zum Inhalt hat, nicht als in Konflikt mit der Konvention betrachtet werden kann“⁶³² („teaching about religion, not in religion“⁶³³). Die erzwungene Teilnahme „an jedweder Form religiösen Gottesdienstes“ könne als Verletzung betrachtet werden.⁶³⁴

Auch das oben schon zitierte *Valsamis*-Urteil⁶³⁵ vermag keine weitere Klärung herbeizuführen. Im Gegenteil, ohne sich um weitere Herleitungen zu bemühen, begnügt sich die Mehrheit der Kammer nämlich damit, mit knappen Worten einen Verstoß gegen die EMRK abzulehnen. Zugrunde lag die erzwungene Teilnahme von Zeugen Jehovas an einer vom Militär mitgestalteten Schulparade, mit der des Kriegsausbruchs zwischen Griechenland und dem faschistischen Italien 1940 gedacht wurde.⁶³⁶ Dies führt insbesondere dann zur Verwirrung, vergleicht man diese Aussage mit dem abweichenden Sondervotum zweier Richter. Ohne ein von der Mehrheit abweichendes dogmatisches Verständnis zu behaupten, begründen diese ebenso mit knappen Worten einen Verstoß gegen Art. 9 EMRK.⁶³⁷ Das Fehlen einer Erklärung dieser entgegenstehenden

keiten aufgrund sozialen gesellschaftlichen Drucks führte. Siehe jedoch hinsichtlich Druckausübung durch Private die Ausführungen später, z. B. den Text beginnend ab S. 187. Eine kritische Auseinandersetzung mit der Entscheidung der Kommission findet sich bei C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention* (Fn. 491, 2001) 95–96.

⁶³¹ ... ‘has been subjected to indoctrination into religion at school which would involve a disrespect for [the] right to freedom of religion’, siehe EKMR, *Angeleni v Sweden* (Zlk.-Entsch., 3.12.1988, Nr. 10491/83) (1988) 10 EHRR CD 127 (§ 3).

⁶³² EKMR, *Angeleni v Sweden* (Zlk.-Entsch., 3.12.1988, Nr. 10491/83) (1988) 10 EHRR CD 128 (§ 3).

⁶³³ EKMR, *Angeleni v Sweden* (Zlk.-Entsch., 3.12.1988, Nr. 10491/83) (1988) 10 EHRR CD 127 (§ 3).

⁶³⁴ ‘In any form of religious worship’, siehe EKMR, *Angeleni v Sweden* (Zlk.-Entsch., 3.12.1988, Nr. 10491/83) (1988) 10 EHRR CD 128 (§ 3).

⁶³⁵ *Valsamis v Greece* (18.12.1996, Nr. 21787/93) (1997) 24 EHRR 294.

⁶³⁶ *Valsamis v Greece* (18.12.1996, Nr. 21787/93) (1997) 24 EHRR 295: Die Mehrheit der Kammer ‘can discern nothing which could offend the applicants pacifist convictions to an extent prohibited by the second sentence of Art. 2 of Protocol No. 1. Such commemorations of national events serve, in their way, both pacifist objectives and the public interest. The presence of military representatives does not alter the nature of the parades.’ (§§ 31–32). Mit Blick auf Art. 9 EMRK heißt es auf S. 296: ‘The obligation to take part in the school parade was not such as to offend her parents’ religious convictions and therefore did not interfere with her right to freedom of religion either’ (§ 37).

⁶³⁷ Gemeinsames abweichendes Sondervotum der Richter THÓR VILHJÁLMSOHN und JAMBREK, *Valsamis v Greece* (18.12.1996, Nr. 21787/93) (1997) 24 EHRR 322: ‘Victoria Valsamis stated that the parade she did not participate in had a character and symbolism that were clearly contrary to her neutralist, pacifist, and thus religious, beliefs. We are of the opinion that the Court has to accept that and we find no basis for seeing Victoria’s participation in this parade as necessary in a democratic society, even if this public event clearly was for most people an expression of national values and unity. We therefore find a violation of Art. 9.’

Ergebnisse verdeutlicht so die Zweideutigkeit der vagen Definitionsansätze des EGMR zum Indoktrinieren.

Die Große Kammer des EGMR nahm auch den *Buscarini-Fall*⁶³⁸ nicht zum Anlass, die dogmatische Herangehensweise der EMRK-Organe zu erhellen.⁶³⁹ Dabei hätte der Sachverhalt genau dies verlangt. San Marino zwang nämlich den Beschwerdeführer einen Eid auf das Heilige Evangelium zu schwören oder andernfalls den Verlust seines parlamentarischen Sitzes zu tragen. Gleichwohl beantwortete der Gerichtshof nicht die Frage, ob das *forum internum* des Beschwerdeführers in einer Weise beeinträchtigt wurde, die als Indoktrinieren zu qualifizieren ist. Der Beschwerdeführer⁶⁴⁰ begehrte eine Ausnahme von der Eidespflicht. Dadurch drängt sich die Frage auf, ob er hiermit seine eigene Überzeugung nach außen hin manifestieren oder ob er nur vermeiden wollte, einen bestimmten Glauben bekennen zu müssen.⁶⁴¹ Wenn Letzteres zutrifft,⁶⁴² könnte sein Begehren gegen die Regierung damit konsequenterweise in den Schutzbereich des *forum internum* fallen. Die Große Kammer jedoch verweigerte sich dieser Fragestellung. Ohne Erläuterung wendete sie Art. 9 § 2 EMRK an. Damit behandelte sie die Weigerung zur Eidesleistung als ein bloßes Manifestieren und prüfte daraufhin nur den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁶⁴³ Die andernfalls streitentscheidende Frage, ob hier ein dem Indoktrinieren gleichbedeutender Eingriff in das *forum internum* vorliegt, blieb unbeantwortet.

Nun könnte man die Haltung der Großen Kammer, sich einer Diskussion um die Einschlägigkeit des *forum internum* zu entziehen, unter Verweis auf eine andere, weit zurückreichende und gut rezipierte Rechtsprechungslinie zu Art. 9 EMRK zu rechtfertigen suchen. Hintergrund für jene Rechtsprechung ist, dass es nicht angängig sein kann, jemand von der Bindung an jedwede staatliche Vorschriften loszusprechen, soweit diese in irgendeiner Weise mit persönlichen moralischen Wertvorstellungen und Überzeugungen in Konflikt geraten.⁶⁴⁴ Gerade angesichts des weiten Spektrums an unterschiedlichsten – und teils sicherlich obskuren – Überzeugungen wäre das öffentliche Leben andernfalls in einem nicht hinnehmbaren Maße gefährdet. Die EKMR hat sich wohl auf derartige Überlegungen gestützt, als sie über die Beschwerde eines

⁶³⁸ *Buscarini v San Marino* (GK, 18.2.1999, Nr. 24645/95) (2000) 30 EHRR 208.

⁶³⁹ Vgl. auch FROWEIN, Religionsfreiheit und internationaler Menschenrechtsschutz, in: Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht, hrsg. v. Grote u. a., Berlin 2001, 79: Das Gericht habe bloß eine „kurze Formel“ verwendet (die darüber hinaus auch noch „durchaus zu milde“ sei: „Die in dem Zwang zur Verwendung der religiösen Formel liegende Einschränkung der Glaubens- und Weltanschauungsfreiheit ist eindeutig.“).

⁶⁴⁰ Das Gleiche galt für den zweiten Beschwerdeführer, Mr Della Balda.

⁶⁴¹ Zu dieser Fragestellung – Manifestieren oder ‘coercion in matters of conscience’ siehe auch UITZ, Freedom of Religion, Straßburg 2007, 38–41 mit einem Überblick über die Rechtslage in europäischen Staaten. Zumeist werde von Gerichten der absolute Schutz des *forum internum* angenommen, siehe S. 41 (dort auch das Zitat).

⁶⁴² Das ist die Sichtweise des Beschwerdeführers, vgl. *Buscarini v San Marino* (GK, 18.2.1999, Nr. 24645/95) (2000) 30 EHRR 208, insoweit nur wiedergegeben bei HUDOC, § 30.

⁶⁴³ Vgl. *Buscarini v San Marino* (GK, 18.2.1999, Nr. 24645/95) (2000) 30 EHRR 210 (§§ 35–41).

⁶⁴⁴ Vgl. TAYLOR, Freedom of Religion (Fn. 493, 2005) 118.

Quäkers zu entscheiden hatte, der solche Steuern nicht zahlen wollte, „die eine Freveltat für sein Gewissen und seine religiösen und philosophischen Überzeugungen [seien]“.⁶⁴⁵ - Annex 5 Dessen Beschwerde wurde abgewiesen.⁶⁴⁶ Trotz der Bezugnahme auf das forum internum hielt es die Kommission nicht für notwendig, darüber nachzudenken, ob eine öffentliche Verpflichtung wie das Steuernzahlen in den absoluten Schutz der Gewissensfreiheit mit einbezogen werden könnte.⁶⁴⁷ Anstelle dessen wurde einzig die Frage aufgeworfen, ob solch eine Weigerung möglicherweise als religiöses Manifestieren (nämlich als „practice“ i. S. d. Art. 9 § 1 EMRK) qualifiziert werden könne.⁶⁴⁸

b) Würdigung

Will man diese Rechtsprechung würdigen, ist die Aufmerksamkeit auf zwei Fragestellungen zu lenken: Erstens, ob eine überzeugende Differenzierung zwischen dem absoluten Schutz des forum internum und dem bloßen Manifestieren entwickelt wurde und zweitens, ob eine brauchbare Definition des Indoktrinierens vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung zu finden ist.

⁶⁴⁵ ‘Which are an outrage to his conscience and religious and philosophical beliefs’, siehe EKMR, *C v UK* (Zlk.-Entsch., 15.12.1983, Nr. 10358/83) DR 37, S. 142. Die streitentscheidende Passage ist abgedruckt in Annex Nr. 5 auf S. 232. Hinsichtlich der deutschen Rechtslage würde man mit Blick auf Steuern unterscheiden zwischen (neutraler) Steuererhebung und späterer (nicht angreifbarer) Steuerverwendung durch den Haushaltsgesetzgeber. Dies bedarf hier jedoch keiner Vertiefung.

⁶⁴⁶ EKMR, *C v UK* (Zlk.-Entsch., 15.12.1983, Nr. 10358/83) DR 37, S. 147; die das forum internum betreffende Sentenz wird beispielsweise wiederholt bei EKMR, *CJ, JJ and EJ v Poland* (Zlk.-Entsch., 16.1.1996, Nr. 23380/94) [HUDOC]; weitere Nachweise bei M. D. EVANS, *Religious Liberty* (Fn. 488, 1997) 294, Fn. 60.

⁶⁴⁷ Vgl. auch *ibid.* S. 144–5. Die Grundsatzentscheidung, EKMR, *Arrowsmith v UK* (12.10.1978, Nr. 7050/75) (1981) 3 EHRR 218, hatte sich mit einem anderen Sachverhalt zu befassen. Die Pazifistin Ms Arrowsmith war aktiv involviert in das Verteilen von Flugblättern. Die Kommission führte dazu aus (S. 228–229 (§ 71), und zwar dem in *C v UK* herangezogenen Zitat direkt nachfolgend): ‘It is true that public declarations proclaiming generally the idea of pacifism and urging the acceptance of a commitment to non-violence may be considered as a normal and recognised manifestation of pacifist belief. However, when the actions of individuals do not actually express the belief concerned they cannot be considered to be as such protected by Art. 9 § 1, even when they are motivated or influenced by it.’ Diese Aussage zielt darauf ab, sich mit einem klar *aktiven*, auf Außenwirkung hin gerichteten Verhalten auseinander zu setzen. Dies gilt es zu beachten, ganz unabhängig von der Frage, ob der Kommission insoweit eine kohärente Auslegung hinsichtlich des Manifestierens i. S. d. EMRK gelungen ist (vgl. insoweit die überzeugende Kritik durch BREMS, *The Approach of the ECtHR to Religion*, in: *Die Rechtsstellung des Menschen im Völkerrecht*, hrsg. v. *Marauhn*, Tübingen 2003, 4).

Die Problematik dieser Rechtsprechungslinie, auf die hier aufmerksam zu machen ist, resultiert erst daraus, dass die obige Argumentation von Arrowsmith auf Fallgestaltungen angewendet wird, bei denen es nicht mehr so offensichtlich ist, dass ein aktives Manifestieren des Beschwerdeführers zu beurteilen ist.

Anzumerken bleibt, dass die Rechtsprechung der Kommission mit Blick auf „passive“ Situationen auch vor *Arrowsmith* schlecht begründet war. Damals wurde die in Art. 9 EMRK verankerte Möglichkeit absoluten Schutzes des forum internum gänzlich verkannt. Folglich handelte man einheitlich alle Fallgestaltungen über Art. 9 § 2 EMRK ab, vgl. dazu mit Nachweisen TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 122–123.

⁶⁴⁸ Auf die Frage des Manifestierens habe allerdings auch der Rechtsbeistand der Beschwerdeführer verwiesen, so GRIEF, *British Quakers, the Peace Tax and International Law*, in: *Religion and International Law*, hrsg. v. *Janis*, Leiden 1999/2004, 347.

aa) Differenzierung zwischen forum internum und bloßem Manifestieren

(1) Absoluter Schutz einzig des Innehabens einer Überzeugung, unter Ausschluss aller nach außen sichtbaren Handlungen

Die Rechtsprechung des EGMR in *Valsamis*⁶⁴⁹ und *Buscarini*⁶⁵⁰ könnte durch Bezugnahme auf eine Auffassung erklärt werden, die einzig auf den persönlich-subjektiven Charakter des forum internums fokussiert. Wie oben wiedergeben, wird vertreten, dass die inneren Überzeugungen von solch intimer Beschaffenheit sind, dass sie eigentlich kaum verletzt werden könnten.⁶⁵¹ Auf Grundlage dieser Beobachtung könnte man annehmen, dass eine Person, sobald sie in der Öffentlichkeit handelt, sich nicht mehr überzeugend auf ihren inneren Glauben berufen könne, da keineswegs sicher ist, dass der Akt die Überzeugung wahrheitsgetreu widerspiegelt. Wann immer eine Handlung in Rede steht, die in der Öffentlichkeit wahrgenommen werden kann, ist danach die Sphäre des forum internums verlassen und der weite – regulierbare – Bereich des Manifestierens betreten. Deutlich gesagt, einzig „das Recht, im Stillen eine Überzeugung zu haben“ wäre danach absolut geschützt.⁶⁵² Solch ein Verständnis bleibt nicht folgenlos für die Frage, gegen was für Eingriffe überhaupt Schutz gewährt wird. Wenn der Schutzbereich so eng zu definieren ist, sind auch Eingriffe beschränkt auf direkte Einwirkungen auf die inneren Überzeugungen, wie dies möglicherweise bei einer sog. Gehirnwäsche der Fall sein könnte. Dass unter solch engen Eingriffsbegriff nur noch wenige staatliche Handlungen fallen, versteht sich dabei von selbst. Legt man jedenfalls ein solch enges Verständnis den Entscheidungen des

⁶⁴⁹ *Valsamis v Greece* (18.12.1996, Nr. 21787/93) (1997) 24 EHRR 294.

⁶⁵⁰ *Buscarini v San Marino* (GK, 18.2.1999, Nr. 24645/95) (2000) 30 EHRR 28.

⁶⁵¹ Im Sinne eines „Die Gedanken sind frei“, siehe oben S. 108, Fn. 491.

⁶⁵² Zitat von C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention* (Fn. 491, 2001) 68; ebenso dies., *Religious Freedom in European Human Rights Law*, in: *Religion and International Law*, hrsg. v. *Janis* u. a., Leiden 1999/2004) 393.

Solch eine Auffassung wurde ganz explizit verfochten von VERMEULEN, *Scope and Limits of Conscientious Objections*, in: *Freedom of Conscience*, hrsg. v. *Council of Europe*, Straßburg 1993, 82–83. Anders jetzt aber ders. *Freedom of Religion in Western Europe: Past and Present*, in: *Freedom of Religion*, hrsg. v. *Naber*, Assen 2000, 19–21: ‘This guarantee [– protection of forum internum –] also implies that one cannot be subjected to a treatment *intended* to change the process of thinking, that any form of compulsion to express thoughts, to change an opinion, or to divulge a religious conviction is prohibited, and that no sanction may be imposed either on the holding of any view whatever or on the change of a religion or conviction: it protects against any indoctrination by the State’ (Hervorhebung nicht im Original). Im Folgenden wird dann enger als 1993 nur festgehalten, dass nicht noch weitergehend jedwedes Äußern des forum internums geschützt sein könne.

Siehe ferner IPGRAVE, *Religion in a Democratic Society*, in: *Does God Believe in Human Rights?*, hrsg. v. *Ghanea* u. a., Leiden 2007, 49–50. Er verweist auf die Ablehnung BUTTIGLIONES durch das Europäische Parlament als ein Beispiel, dass es auch allein bezogen auf das Haben einer Meinung Eingriffe geben kann, nämlich Diskriminierung. Unabhängig von der Frage, inwieweit das Europäische Parlament bei seiner hier noch dazu im inoffiziellen Stadium befindlichen *politischen* Mitwirkung an Menschenrechte gebunden ist, ist an dem Fallbeispiel allerdings interessant, dass BUTTIGLIONE ausdrücklich sagte, dass seine innere Meinung nicht sein äußeres Handeln beeinflussen werde (siehe mit Nachweis *ibid.* das Zitat). Die ablehnde Haltung des Parlaments knüpfte also insoweit tatsächlich – wie vom Präsidenten ausdrücklich zugestanden (Zitat *ibid.*) – an das Halten einer Auffassung an. Mit Blick auf diskriminierende Entscheidungen ließen sich also möglicherweise weitere Beispielfälle für Eingriffe finden. Dem braucht hier jedoch nicht weiter nachgegangen werden.

EGMR zugrunde, so werden diese zumindest nachvollziehbar. Eine Schulparade oder eine Eidesleistung sind öffentliche Handlungen, die die „spirituelle“, innere Sphäre des jeweiligen Subjekts verlassen haben. Zwangsläufig sind sie dann nach Maßgabe solchen Verständnisses dem Bereich des Manifestierens zuzuordnen, nicht aber dem Schutzbereich des *forum internum*.

Dieser Erklärungsansatz ist jedoch abzulehnen. Zum einen steht er im Widerspruch zu anderen Begründungssträngen der Judikatur, zum anderen ist er sachlich verfehlt. Die prominenten Fallbeispiele zum Indoktrinieren wie *Angeleni* sind nämlich unverständlich, wendete man das eben aufgezeigte Erklärungsmuster auf sie an. Ein Schulbesuch z. B. ist selbstredend ein nach außen hin wahrnehmbarer öffentlicher Akt. Folgerichtig hätte sich hier die Frage nach absolutem Schutz nicht stellen dürfen, ein bloßes Manifestieren angenommen werden müssen und daher allenfalls eine Abwägung i. S. d. Art. 9 § 2 EMRK Platz greifen können. Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass man nicht etwa in unüberbrückbarem Gegensatz zur Rechtsprechung steht, wenn man das sich in *Valsamis* und *Buscarini* implizit ausdrückende Verständnis ablehnt. Vielmehr ist stattdessen eine – zu tiefergehenden Interpretationsbegründungen geradezu einladende – Widersprüchlichkeit innerhalb der Rechtsprechung festzustellen.⁶⁵³ Dabei kann überdies auch darauf verwiesen werden, dass in der Lehre vielfach ein – mit *Angeleni* u. a. korrespondierendes – weiteres Verständnis zum *forum internum* vertreten wird, das sicherlich mehr umfasst als das bloße Rumpfrecht, allein im Stillen eine Überzeugung haben zu dürfen.⁶⁵⁴ Es wäre also verfehlt, sich vorschnell mit Blick auf einzelne Entscheidungen auf eine solch augenscheinlich äußerst enge Ansicht festzulegen.

Die Begründungen von *Valsamis* and *Buscarini* erweisen sich zudem bei näherem Hinsehen als nicht tragfähig.⁶⁵⁵ So wird – allerdings unter Bezugnahme auf das US-Rechtssystem – zutreffend vorgetragen, dass es „eine Schwelle geben muss, an der das Behindern des Manifestierens einer Überzeugung gleichzeitig auch zum Verstoß gegen das Basisrecht auf Religions-

⁶⁵³ Auch TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 117–118 beklagt das Fehlen einer kohärenten Auslegung.
⁶⁵⁴ VDIJK/ VHOOF, *Theory and Practice of the ECHR*, Deventer, 2. A. 1990, 397 (vgl. Den Haag, 3. A. S. 541–542): ‘It is true that convictions are really valuable for the person concerned only if he can express them, but the freedom of thought also implies that one cannot be subjected to a treatment intended to chance the process of thinking, that any form of compulsion to express thoughts, to change an opinion, or to divulge a religious conviction is prohibited and that no sanction may be imposed either on the holding of any view whatever or on the change of a religion or conviction’ (Fußnoten weggelassen). Siehe auch C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention* (Fn. 491, 2001) 77–78; TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005), z. B. auf S. 119–120; WALTER, *Religionsverfassungsrecht* (Fn. 496, 2006), 337; 339–340; er trägt vor, der Begriff Gewissen – im Gegensatz zum bloßen Gedanken – umfasse notwendig auch einen Bezug zu in Übereinstimmung mit der Überzeugung getätigten sichtbaren Handlungen („auf ‚handelnde Verwirklichung angelegt‘“). Auch nach dieser Auffassung sind also aktive Elemente Bestandteil des *forum internum*. Insoweit ist aber darauf hinzuweisen, dass *innerhalb* des Schutzes des *forum internum* noch differenziert werden könnte und diesem also nicht notwendig gänzlich absoluter Schutz zukommen müsste, vgl. oben S. 113.

⁶⁵⁵ Siehe auch die Kritik an *Buscarini* von SCHARFFS, *The Autonomy of State and Church* [2004] *BYUL Rev* 1242; TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 130; 159.

und Überzeugungsfreiheit führt“.⁶⁵⁶ Dass in diesem Sinne auch das internationale Recht zum Schutz der Menschenrechte von einem Verständnis des *forum internum*s ausgeht, dessen Schutz deutlich über einen ganz engen, strikt innerlich-subjektiven Bereich hinausreicht, zeigt nichts anderes deutlicher, als der oben breit dargestellte Disput über Zwang i. S. d. Art. 18 § 2 ICCPR. Die Abwehr etwa davon, den Zugang zu wichtigen öffentlichen Einrichtungen von einem religiösen Bekenntnis abhängig zu machen, betrifft Vorgänge im äußerlich sichtbaren Bereich. Solch ein Fall unterscheidet sich von daher beispielsweise nicht von einer verpflichtenden religiösen Eidesleistung wie in *Buscarini*. Sämtliche Beispiele zum Zwangsbegriff beziehen sich auf Momente sozialer Interaktion und einzig der Vorwurf der Gehirnwäsche würde darüber hinaus auch die Gewissensfreiheit im engsten, subjektiv innerlichen Sinne betreffen. Wenn nun das Verständnis des *forum internum*s im Sinne des Art. 18 ICCPR keineswegs derart eng begrenzt ist, wäre es zumindest erstaunlich, wenn eine strukturell so ähnliche Norm wie Art. 9 EMRK in solch unterschiedlicher Weise auszulegen wäre. Hinzukommt, dass ausdrücklich eben diese „Freiheit vom Zwang“ als ein „offensichtlich impliziter Bestandteil“ des Schutzes des *forum internum*s zu betrachten ist.⁶⁵⁷ Ferner ist zu bedenken, welche besondere Bedeutung dem intendierten absoluten Schutz des *forum internum*s zugemessen werden sollte.⁶⁵⁸ Von daher wäre es wenig überzeugend, den Schutz des *forum internum*s so auszulegen, dass er zu einem weitestgehend nutzlosen Instrument verkommt.⁶⁵⁹ Letzteres wäre jedoch der Fall, wenn einzig der

⁶⁵⁶ ‘At some point, placing burdens on manifestations of belief must also be a breach of the basic right to freedom of religion or belief.’ Siehe C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention* (Fn. 491, 2001) 76. Vgl. auch mit Blick auf Art. 18 ICCPR DURHAM, Jr., *Facilitating Freedom of Religion or Belief Through Religious Association Laws*, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief* (Fn. 511, 2004) 360 mit einer Aufzählung vieler nach außen erkennbaren Handlungen, die zum absolut geschützten *forum internum* gerechnet werden könnten.

Interessanterweise erkannte man während der Verhandlungen zur späteren Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief das Problem sehr deutlich, dass der absolute Schutz der inneren Überzeugung auch Handlungen erfasse und daher zum Hindernis für die Akzeptanz der Gewissensfreiheit werden könne, siehe UNCHR, ‘Report on the 21st session’ (1965), Supp. No. 8, UN Doc E/4024, E/CN.4/891, S. 55 (§ 240).

⁶⁵⁷ ‘Obvious implication’, siehe nur TEMPERMAN, *The Neutral State: Optional or Necessary?* (2006) 1 Religion and Human Rights 272 in und bei Fn. 5; Teilweise abweichendes Sondervotum von Richter MARTENS, *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 432 (§ 3), S. 437–438 (§§ 17–18); C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention* (Fn. 491, 2001) 205; KAUFMANN, *Überzeugungsfreiheit im Völkerrecht* (Fn. 523), 1989, 139; Commission on Human Rights, ‘Draft International Covenant on Human Rights and Measures of Implementation’ (1952) UN Doc E/CN.4/SR.319 (Commission of the Churches on International Affairs (S. 5); Libanon (S. 8); UdSSR (S. 8); UK (S. 9)); vgl. auch den Report of the Secretary-General ‘Annotations on the text of the draft International Covenant on Human Rights’ (1955), UN Doc A/2929, Chapt. VI (Civil and Political Rights), § 106 (S. 48).

Für einen recht komplizierten – und insoweit nicht notwendigen – Ansatz, die Freiheit von Zwang in Art. 9 EMRK via Art. 17 EMRK zu inkorporieren siehe mit Nachweisen C. EVANS, *ibid.*, S. 99, bei Fn. 158.

⁶⁵⁸ Vgl. mit Blick auf die *Travaux Préparatoires* der EMRK mit Nachweisen C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention* (Fn. 491, 2001) 68–69.

⁶⁵⁹ Vgl. jedoch auch die Bezugnahme auf die *Travaux Préparatoires* bei VERMEULEN, *Scope and Limits of Conscientious Objections*, in: *Freedom of Conscience* (Fn. 652, 1993) 82, der der Auffassung ist, die Gewissensfreiheit sei einzig konzipiert worden, um gegen Gehirnwäsche und ähnliche Methoden zu schützen. Gegen dieses Verständnis der Entstehungsgeschichte siehe MARGIOTTA-BROGLIO, *Statement*, in: *Freedom of Conscience* (Fn. 652, 1993) 132, hinsichtlich der Antwort von VERMEULEN siehe S. 140. Vgl. auch gegen

innerliche Prozess des Denkens geschützt wäre.⁶⁶⁰ Dann wäre es „fast unmöglich für den Staat [, das Recht] zu verletzen“.⁶⁶¹ Selbst hinsichtlich des Gebrauchs von „invasive mind-altering techniques“⁶⁶² könnte es sich noch als schwierig gestalten, gerichtsfeste Beweise zu finden, dass der Staat erfolgreich die innere Willensbildung eines Menschen beeinflussen konnte.

Darüber hinaus kann der Wortlaut des Art. 9 EMRK kaum mit einer derart engen Auslegung in Einklang gebracht werden. Ein „Manifestieren“ – der Gegenbegriff zum *forum internum* – impliziert einen wie auch immer im Einzelnen gearteten aktiven, kommunikativen Vorgang.⁶⁶³ So ist es zwar zunächst zutreffend, dass im Fall eines staatlich erzwungenen Gebets die zu prüfende Verletzung der Religions- und Gewissensfreiheit mit einem Handeln verbunden ist – dem Aussprechen eines Gebets. Doch kommt hier dem Beschwerden keinerlei aktive Rolle zu.⁶⁶⁴ Es ist einzig die beeinträchtigende Handlung selbst – der Befehl zu beten –, der für das „Handeln“ verantwortlich ist. Es machte nachdenklich, nähme man die direkte Auswirkung der beeinträchtigenden staatlichen Handlung zu Hilfe, um so eine „aktive“, manifestierende Konstellation zu begründen. Es ist allerdings zu konzedieren, dass menschlichem Handeln vielfältige Bedeutungen beigemessen werden können.⁶⁶⁵ Um im Beispiel zu bleiben, wenn der Beschwerde-

VERMEULENS Verständnis, basierend auf einer systematischen Auslegung ALKEMA, Statement, in: *Freedom of Conscience* (Fn. 652, 1993) 131.

⁶⁶⁰ Dagegen etwa auch TAHZIB-LIE, *Dissenting Women, Religion or Belief, and the State*, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief* (Fn. 605, 2004) 462.

⁶⁶¹ ‘Almost impossible for the State to breach’ the right, siehe C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention* (Fn. 491, 2001) 68; SCHARFFS (Fn. 655) [2004] *BYUL Rev* 1241; LERNER, *Religion, Secular Beliefs and Human Rights* (Fn. 491, 2006) 127: ‘In general, neither states nor individuals can interfere with thoughts or beliefs [...] which are not translated into actions, behavior, or conduct. These thoughts and beliefs belong to the most internal sphere of human life, and there is not way to coerce a human being to continue or abandon specific religious beliefs.’ Siehe auch *ibid.*, bezug nehmend auf ein oft zitiertes Wort Leo PFEFFERS, der einst gegen die verfassungsrechtliche Garantie zur Sicherheit der Gedankenfreiheit votierte, da ‘the devil himself knows not the thoughts of man’.

Die Argumentation ist auch im nationalen Recht bekannt, vgl. hinsichtlich der deutschen Verfassung mit Nachweisen BOROWSKI, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit* (Fn. 553), 2006, 565, der allerdings die Gegenansicht vertritt und sich insoweit auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts beruft (BVerfGE 78, 391 (395)).

Vgl. auch S. 108, Fn. 491.

⁶⁶² C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention* (Fn. 491, 2001) 68.

⁶⁶³ Dementsprechend ist eine angemessene Terminologie gefunden, wenn Malcolm EVANS zwischen aktiver und passiver Geltendmachung der Gedanken, Gewissens- und Religionsfreiheit unterscheidet, siehe – dabei auch auf die Schwierigkeiten hinweisend – M. D. EVANS, *Religious Liberty* (Fn. 488, 1997) 284. Vgl. auch die Argumentationsweise bei TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 122–123, der passives Verhalten als Indiz gegen die Qualifizierung als Manifestieren heranzieht.

⁶⁶⁴ Vgl. auch einen ähnlichen Erklärungsansatz bei TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 128, der ausführt: ‘A legal requirement compelling the applicant to act in a particular way is not comparable to a restriction which limits the applicant’s chosen outward manifestation of belief.’ Allerdings könnte hinsichtlich dieses gewählten Beispiels noch argumentiert werden, beide Fälle seien sehr wohl vergleichbar, denn sie unterschieden sich nur darin, dass einzig beim ersten Fall eine besondere Absicht zur zielgerichteten Regulierung religiösen Verhaltens gegeben sei. Doch führt TAYLOR dann weiter aus, dass die ‘analysis is based entirely upon the individual’s reaction to State compulsion rather than on the issue of whether such compulsion is permissible *a priori*.’ Insoweit unterstützt seine Aussage die obige Vorgehensweise, auf den passiven Charakter der fraglichen Situation abzustellen.

⁶⁶⁵ Vgl. auch TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 135: ‘There are doubtless many instances where issues of coercion and manifestation coincide’.

führer trotz staatlichen Befehls sich weigern würde, die Lippen zum Gebet zu bewegen, so kann dieses Verhalten sehr wohl als (aktives) Zeugnisablegen vom abweichenden Glauben betrachtet werden. Doch wird man sagen müssen, dass solch indirekte Wirkungen die einmal getroffene Qualifizierung – passiv und damit im Schutzbereich des *forum internum* – nicht mehr abändern kann.⁶⁶⁶

Missverständnisse und Widersprüchlichkeiten im Zusammenhang mit dem *forum internum* scheinen auch dadurch mit verursacht zu werden, dass oftmals ein falsches Verständnis vom Eingriff gegeben ist. Bewusst⁶⁶⁷ oder unbewusst⁶⁶⁸ wird ein falscher Rückschluss daraus gezogen, dass Beeinträchtigungen des *forum internum*s mitunter *nicht* zu einer Veränderung der inneren Überzeugung des mutmaßlichen Opfers führen. Man scheint einen Eingriff nur dann bejahen zu wollen, wenn tatsächlich ein „Erfolg“, sprich, eine Veränderung der Überzeugung, tatsächlich eingetreten ist. Die oft wiederholte Äußerung, fast „jede Intervention von außen [sei ...] unmöglich“⁶⁶⁹, scheint auf solch einem Gedankengang zu beruhen,⁶⁷⁰ dass sich nämlich die

⁶⁶⁶ Letztlich wird immer eine wertende Beurteilung als Korrektiv möglich bleiben müssen. Geht jemand mit Kopftuch in eine Universität, könnte man auch sagen, die „Aktion“ sei erst durch das staatliche Verbot bedingt, an sich sei folglich das Tragen eines Kopftuches absolut geschützter Bestandteil des *forum internum*s. Hier wird man aber wohl sagen müssen, dass mit dem Anlegen des Kopftuchs – eine Aktion mit sehr wohl (abgrenzend) kommunikativer Wirkung – aktiv das eigene Handeln mit religiösen Vorschriften in Einklang gebracht wird. Dieses aktive Handeln – das insoweit etwa beim erzwungenen Schulgebet fehlt – wird dann erst mit dem staatlichen Verbot konfrontiert. Kopftuch – und ebenso das Ordenskleid – sollten also wertend als Manifestation begriffen werden, auch wenn man wie hier auf das Abgrenzungsmerkmal aktiv/passiv abstellt. Dahin stehen kann an dieser Stelle die Frage, inwieweit auch Manifestationen des Gewissens (und nicht allein der Religion) denkbar sind.

⁶⁶⁷ Siehe M. D. EVANS, *Religious Liberty* (Fn. 488, 1997) 304, der solch einen Ansatz als ‘logical conclusion’ betrachtet, die einzig abgeändert werde, um nicht akzeptable Ergebnisse zu vermeiden. Auch führt er aus: ‘Provided that the individuals are able to continue in their beliefs, the *forum internum* remains untouched and there will be no breach of Art. 9 (1)’ (Fußnote bezogen auf einen Fall der Kommission aus 1962 ist weggelassen). Diese Aussage bezieht sich auf Fälle, die ‘the freedom from State-imposed compulsion’ betreffen. Vgl. weiterhin sein Zitat in Fn. 670. Vgl. darüberhinaus LERNER, *Religion, Secular Beliefs and Human Rights* (Fn. 491, 2006) 72.

Vgl. auch hinsichtlich des deutschen Grundgesetzes – allerdings einzig als eine Form des Eingriffs – BOROWSKI, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit* (Fn. 553), 2006, 572.

⁶⁶⁸ Dies ist eine (allerdings nicht streitentscheidende) Differenzierung, die man mitunter schwer nachvollziehen kann. TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 116 schätzt – m. E. allerdings in zweifelhafter Weise – HARRIS/ O’BOYLE/ WARBRICK, *Law of the ECHR* (Fn. 618, 1995) 360–362 so ein, dass diese explizit der Auffassung seien, es gäbe kein Indoktrinieren ‘if the individual is nevertheless left free to hold his own beliefs’.

⁶⁶⁹ ‘Any intervention from outside is [...] impossible’, siehe KRISHNASWAMI, ‘Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices’ (1960) UN Doc E/CN.4/Sub.2/200/Rev.1, S. 16.

Siehe auch TAHZIB, *Freedom of Religion or Belief* (Fn. 491, 1996) 88; C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention* (Fn. 491, 2001) 68; SCHARFFS (Fn. 655) [2004] BYUL Rev 1241; TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 24 (‘Personal choice in such matters is unrestricted for reasons of principle and because of the impossibility of providing otherwise.’).

⁶⁷⁰ Siehe auch M. D. EVANS, *Religious Liberty* (Fn. 488, 1997) 294. Er zitiert die Standardformel, dass ‘Art. 9 primarily protects the sphere of personal beliefs and religious creeds, i.e. the area which is sometimes called the *forum internum*’ (EKMR, *C v UK* (Zik.-Entsch., 15.12.1983, Nr. 10358/83) DR 37, S. 147). Daraus schließt er, ‘an applicant would have to show that external pressure sufficient to induce a forcible change in inner belief had been applied’. Folglich betrachtet er dann die Judikatur, die (theoretisch) ein Indoktrinieren auch in den Fällen behauptet, bei denen eine Veränderung der inneren Überzeugung gar nicht sicher ist (*Kjeldsen z. B.*) als nicht mit der oben genannten Definition des *forum internum*s in Einklang zu bringen. Solche eine Widersprüchlichkeit liegt jedoch in Wahrheit nicht vor, wie sich aus dem Folgenden nun ergeben wird.

im Inneren tatsächlich gehegte Überzeugung⁶⁷¹ kaum durch nur äußerlich wirkende staatliche Handlungen ändern könne. Um dies mit einem drastischen Beispiel zu erläutern: Wenn die Polizei einen Zeugen Jehovas durch rohe Gewalt dazu brächte, in Handschellen an einer von ihm verachteten Militärparade teilzunehmen, so erscheint es als wenig wahrscheinlich, dass dieses staatliche Handeln die innere Einstellung des Zeugen Jehovas ändert. Vor und nach dem staatlichen Handeln wird die Überzeugung dieselbe sein: Dass solch eine Militärparade verwerflich ist.

Weshalb jedoch wird immer wieder zumindest implizit behauptet, zum Vorliegen eines Eingriffs in das *forum internum* sei es notwendig, dass tatsächlich ein Wechsel der inneren Gesinnung vorliegt?⁶⁷² Wenn ein Staat ein Buch eines regimekritischen Autors konfisziert, so ist doch die Verletzung der Rechte des Autors nicht abhängig davon, ob der Staat *de facto* Erfolg hatte, die Weiterverbreitung der entsprechenden Gedanken zu verhindern. Ein Eingriff liegt vor, auch wenn der Staat ungewollt durch die Maßnahme die Popularität des Autors in die Höhe hat schnellen lassen und über das Internet das Buch nun größere Verbreitung findet, als es ohne das Eingreifen der Fall gewesen wäre. Es fehlt an jeglicher Begründung, weshalb mit Blick auf das *forum internum* eine höhere Schwelle gelten sollte, und zwar in dem Sinne, dass nur eine tatsächlich erfolgreiche Einwirkung auf die innere Überzeugung als relevant betrachtet werden könnte. Dessen bedarf es nicht.⁶⁷³ Daher ist – was für die Praxis von entscheidender Bedeutung sein kann – auch nicht die – gegebenenfalls zu beweisende – Kenntnis davon notwendig, was nun tatsächlich im Innern eines mutmaßlichen Opfers vorgegangen sein mag. Es bleibt nun zwar noch zu sehen, ob und wie genau die Schwelle eines Eingriffs in das *forum internum* definiert zu werden vermag. Eines aber muss festgehalten werden: Entgegen anderslautenden Auffassungen wird solch eine Definition nicht die Anforderung enthalten, dass die staatliche Handlung auch tatsächlich eine Veränderung der inneren Überzeugung verursacht hat.

(2) Richtlinien für eine Differenzierung

Die Judikatur hat keine substantielle Lösung gefunden, wie man zwischen bloßem Manifestieren und dem absolut geschützten *forum internum* unterscheiden kann. Entweder blieb sie zu vage oder sie verfolgte ein dogmatisch verfehltes Konstrukt. Selbst die Begrifflichkeit der Recht-

⁶⁷¹ D. h. im Unterschied zu einem äußerlichen Geschehen wie einem Widerruf, der auch ohne innere Überzeugung z. B. aus opportunistischen Gründen getätigt werden kann.

⁶⁷² Vgl. insoweit auch das UN-System, siehe das Zitat der Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities (S. 121 in Fn. 552), wo es vom Prinzip her zutreffend heißt: Zwang muss nicht Erfolg haben, es müsse vielmehr nur zumindest wahrscheinlich sein, dass er die Gewissensfreiheit beeinträchtigt.

⁶⁷³ Dass die angeblich in ihrem Gewissen verletzte Frau im Gerichtsverfahren selbst zur Protokoll gab, ihre innere Einstellung aufgrund des an ihr verübten „Proselytismus“ durch Zeugen Jehovas nicht geändert zu haben, ist daher nicht den – aus anderen Gründen untragbaren – griechischen Gerichtsentscheidungen vorzuwerfen, die dem EGMR in *Kokkinakis* vorgelegt wurden, siehe dazu unten S. 202, Fn. 947.

sprechung, wie sie sich mit dem Quäker/Steuern-Fall entwickelte⁶⁷⁴, ist irreführend. Der Ausdruck „Handlungen, die besonders eng verknüpft sind“⁶⁷⁵ mit einer religiösen oder weltanschaulichen Überzeugung könnte herangezogen werden, um die notwendige „Ausweitung“⁶⁷⁶ des absolut geschützten Schutzbereichs zu markieren. Die Judikatur jedoch beschreibt mit diesem Begriff (von der Religionsfreiheit geschützte) „Manifestationen“, die zu unterscheiden seien von denjenigen Handlungen, die gar nicht von den Schutzmechanismen des Art. 9 EMRK erfasst seien.

Es überschreite den Rahmen dieser Arbeit, ein eigenständiges Konzept zur Unterscheidung beider Schutzbereiche zu entwickeln, die jeweils mit dem *forum internum* sowie dem Manifestieren verbunden sind. Zwei Eckpunkte können jedoch nach dem oben Gesagten schon festgehalten werden. In negativer Hinsicht ist zu betonen, dass es nicht entscheidend ist, ob eine Handlung nach außen hin wahrgenommen werden kann, wie z. B. der Schulbesuch oder das Schwören eines Eides. In positiver Hinsicht ist als wichtiges Unterscheidungskriterium darauf zu achten, ob aus der Perspektive des mutmaßlichen Opfers der Sachverhalt als passiv oder aktiv zu beschreiben ist.⁶⁷⁷ Wann immer eine Person aktiv Teile seiner Überzeugungen oder seines Glaubens nach außen hin kommuniziert, wird also indiziell ein bloßes Manifestieren vorliegen. Es bedarf jedoch keiner großen Vorstellungskraft zu begreifen, dass eine solche Differenzierung in der Praxis größte Schwierigkeiten bereiten wird. Wenn jemand nicht willens ist, Steuern an eine Regierung zu zahlen, die in einen völkerrechtswidrigen Krieg verwickelt ist, soll die Verweigerung passiver Natur sein – nicht selbst verwickelt zu werden – oder liegt hierin nicht in erster Linie ein symbolischer Akt, der im Wesentlichen dazu benutzt wird, um auf diese Weise mit anderen zu kommunizieren?⁶⁷⁸ Eines ist beim Aufzeigen solcher Schwierigkeiten allerdings von vornherein mit zu beachten. Es ist keineswegs notwendig, eine Qualifizierung zum Schutzbereich des *forum internum*s nur deshalb abzulehnen, um auf diese Weise nicht akzeptable Ergebnisse zu

⁶⁷⁴ EKMR, *C v UK* (Zlk.-Entsch., 15.12.1983, Nr. 10358/83) DR 37, S. 142. Siehe das Zitat im Annex Nr. 5 auf S. 232.

⁶⁷⁵ ‘Acts intimately linked’.

⁶⁷⁶ Um präzise zu sein, wie oben ausgeführt, geht es nicht um eine Ausweitung im eigentlichen Sinne, sondern um eine schlichte Auslegung, deren Ergebnis es ist, dass auch bestimmte Sachverhalte geschützt sind, obwohl sie sich auf nach außen wahrnehmbare Handlungen beziehen.

TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 115 verwendet den – angemessenen – Begriff ‘residual scope of the *forum internum*’. Allerdings bezieht er sich dabei nicht auf die hier als entscheidend betrachtete Unterscheidung, nämlich die Differenzierung zwischen innerer Überzeugung auf der einen Hand und denjenigen nach außen sichtbaren Handlungen, die aufgrund ihrer engen Verbindung zum Innehaben einer Überzeugung auch geschützt sein müssen. TAYLOR unterscheidet zwischen dem primären Recht auf Religionswechsel (mit Blick auch auf den Wortlaut des Art. 18 § 2 ICCPR) einerseits und dem ähnelnden, daran anknüpfenden Rechten andererseits, die sich z. B. darin ausdrücken können, dass Anforderungen zu erfüllen sind, bevor der Glaube zu offenbaren ist oder daran anknüpfend bestraft wird.

⁶⁷⁷ Siehe oben S. 144, in und bei Fn. 663.

⁶⁷⁸ Unbeachtet soll hier die Frage bleiben, inwieweit die Trennung zwischen womöglich neutraler Steuererhebung und späterer Steuerverwendung bei der rechtlichen Bewertung eine Rolle spielen müsste.

verhindern.⁶⁷⁹ Selbst wenn es der Fall ist, dass ein Sachverhalt dem Schutzbereich des forum internums unterfällt, so wäre nun noch immer die streitentscheidende Frage zu beantworten, ob das staatliche Handeln überhaupt die Eingriffsschwelle überschreitet. Beim Zahlen von Steuern beispielsweise wäre doch arg zu bezweifeln, ob die Beeinträchtigung gerade der weltanschaulichen Überzeugung – natürlich gänzlich unabhängig von der allgemeinen Beeinträchtigung, die man beim Zahlen von Steuern empfinden mag – überhaupt hinreichend bedeutend ist, dass man dabei an einen Eingriff denken könnte.

Die hiermit vorgetragenen Leitlinien zur Auslegung des Eingriffs durch Indoktrinieren müssen sich aber zunächst eines Gegenargumentes erwehren, das gegen sie in Stellung gebracht werden könnte.⁶⁸⁰ Der Wortlaut von Art. 9 EMRK (und ebenso von Art. 18 ICCPR) versteht „worshipping in [...] private“ als ein *Manifestieren* des Glaubens. Wenn nun jemand im Wohnzimmer ein Gebet spricht, um auf diese Weise Gott Verehrung zu erweisen, so erscheint dies nach Maßgabe des eben Ausgeführten offensichtlich passiver Natur zu sein und müsste folglich dem forum internum zugerechnet werden.⁶⁸¹ Da jedoch die Anbetung ausdrücklich als Manifestieren bezeichnet wird, beweist dies nicht, dass das passiv-aktiv-Unterscheidungskriterium sich nicht in die dogmatische Struktur der Vertragstexte einfügen lässt? Hinsichtlich dieser Frage findet sich ein interessanter Erklärungsansatz bei Manfred NOWAK (mit Blick auf Art. 18 ICCPR). Er trägt vor, dass „eine systematische Interpretation [...] im Lichte von Ziel und Zweck (Art. 31 § 1 WVK) zu dem Schluss führ[e], dass die private Freiheit, aktiv eine Religion oder Überzeugung zu praktizieren, nicht zum Gegenstand irgendwelcher Beschränkungen auf Grundlage des Art. 18 § 3“ ICCPR werden dürfe.⁶⁸² Zwar zeigt NOWAKS Blickrichtung auf das Begriffspaar

⁶⁷⁹ Fälschlich auf solch ein Argument sich berufend siehe VERMEULEN, *Scope and Limits of Conscientious Objections*, in: *Freedom of Conscience* (Fn. 652, 1993) 82–83; M. D. EVANS, *Religious Liberty* (Fn. 488, 1997) 295.

⁶⁸⁰ TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) vertritt ein Verständnis des forum internums, das – wie hier – nicht auf ein stilles Halten von Überzeugungen beschränkt ist, sondern u. a. Schutz gegen die erzwungene Vornahme gewisser Handlungen bietet, die der inneren Überzeugung entgegenstehe (vgl. etwa S. 342). Einen Eid schwören zu müssen (*Buscarini*) ist beispielsweise für ihn ein Hauptanwendungsfall mit Blick auf das forum internum (siehe S. 130). Gleichwohl setzt er sich nicht mit dem Wortlaut der Art. 18 ICCPR und Art. 9 EMRK auseinander, dem hier ein gewichtiges Gegenargument entnommen werden kann. Nach Maßgabe des sogleich Vorgetragenen bin ich der Auffassung, dass man hiermit argumentierend eine andere Ansicht als die von TAYLOR und insoweit auch von mir vertretene Auffassung vertreten kann.

⁶⁸¹ Wenn also ein Staat meinte, private Gebete regulieren zu wollen, z. B. vorzuschreiben, dass all jene Personen, die sich als religiös bezeichnen, verpflichtend ein tägliches Fürbittgebet für das Staatsoberhaupt zu halten haben, so ist sachlich das forum internum betroffen, unabhängig von der Frage der Durchsetzbarkeit solch einer Norm. Mit Verweis auf den Wortlaut könnte man gleichwohl behaupten, auch eine solche Norm bezöge sich nur auf das Manifestieren.

⁶⁸² ‘A systematic interpretation [...] in light of their object and purpose (Art. 31 § 1 [WVK]) leads to the conclusion that the private freedom to practice actively a religion or belief may not be subject to any restrictions pursuant to Art. 18 § 3’, siehe NOWAK, ICCPR (Fn. 494, 2005) Art. 18, Rn. 20 (S. 418 mit Verweis auf HUMPHREY).

public/private⁶⁸³ (anstelle des hier gewählten aktiv/passiv) einen anderen Schwerpunkt. Deutlich wird aber auch so, dass der Wortlaut des Art. 9 EMRK (und des Art. 18 ICCPR) kein unüberwindbares Hindernis für die Implementierung des hier aus sachlichen Gründen befürworteten Unterscheidungskriteriums ist.⁶⁸⁴

bb) Maßstäbe für eine Definition des Indoktrinierens

Die Analyse, wie die Konventions-Organe das Indoktrinieren – als einem Verstoß gegen das absolut geschützte forum internum – verstehen, führte nicht zu praktikablen Maßstäben, um einen Eingriff feststellen zu können. „Nicht die elterlichen religiösen und philosophischen Überzeugungen zu respektieren [... als] Grenze, die nicht überschritten werden darf“,⁶⁸⁵ ist nicht allein zu vage, sondern auch in der Sache eine Definition, die zu weit geraten scheint.⁶⁸⁶ Mit dem Verweis auf „advocating“⁶⁸⁷ bei der Beschreibung des Indoktrinierens, gelingt es der Kommission allerdings, ein Element einer tauglichen Definition – die Intention auf Seiten des mutmaßlichen Täters – zu benennen, wengleich auch eher beiläufig.⁶⁸⁸

⁶⁸³ Vgl. mit Nachweisen auf einen ähnlichen Ansatz mit Blick auf die deutsche Verfassung BOROWSKI, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Fn. 553), 2006, 568.

⁶⁸⁴ Auch könnte man mutmaßen, dass mit ‘worship’ in erster Linie an die Veranstaltung eines Gottesdienstes wird gedacht worden sein, das heißt, an eine Verehrungsform, die typischerweise, selbst wenn sie nicht öffentlich zugänglich abgehalten wird, aktiv zu wertende rituelle Elemente enthält. Daraus könnte man dann schließen, dass man die begriffliche Durchdringung der Vertragstexte überschätze, wenn man den Rückschluss ziehen wollte, *sämtliche* Formen der Anbetung seinen qua Legaldefinition so als Form des Manifestierens qualifiziert. Vgl. auch DURHAM, Jr., Facilitating Freedom of Religion or Belief Through Religious Association Laws, in: Facilitating Freedom of Religion or Belief (Fn. 511, 2004) 358, der zu „teaching, practice, worship and observance“ schreibt: ‘The terms emphasize that freedom of religion or belief goes beyond holding an “internal” belief to engaging in “external” conduct.’

⁶⁸⁵ ‘Not respecting parents’ religious and philosophical convictions [... as a] limit that must not be exceeded’, siehe *Valsamis v Greece* (18.12.1996, Nr. 21787/93) (1997) 24 EHRR 305 (§ 36).

⁶⁸⁶ Das gilt auch für die Anforderungen, die an einen Lehrplan gestellt werden, wie dies ausgeführt wird in *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v Denmark* (7.12.1976, Nr. 5095/71 u. a.) (1979–80) 1 EHRR 731 (§ 53), siehe das Zitat S. 137 bei Fn. 624.

⁶⁸⁷ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v Denmark* (7.12.1976, Nr. 5095/71 u. a.) (1979–80) 1 EHRR 732 (§ 54), siehe das Zitat S. 137 bei Fn. 624.

⁶⁸⁸ Die Judikatur hat allerdings Reaktionen in der Lehre hervorgerufen. Weitergehende Klärungen finden sich in der Literatur indes kaum.

Wenn z. B. von MARÍNEZ-TORRÓN (Fn. 496) (2005) 19 Emory Intl L Rev 591 ausgeführt wird: ‘Public authorities cannot take or permit a direct action to impel the citizens to believe or not to believe in something, nor can they try to influence the citizens’ conscience in a matter such as religion or belief, which is considered the exclusive choice of individuals.’ Was allerdings soll ‘influencing the citizens’ conscience’ genau meinen? In gewisser Weise kann jedes Parlaments- oder Regierungsmitglied, das eine öffentliche Rede hält, moralische Werte vertreten und damit gar Einzelne beeinflussen. Dass das allerdings nicht als Indoktrinieren zu werten ist, steht außer Frage.

Andere kritisieren die Rechtsprechung, dass sie den Staaten zuspreche eine ‘relatively wide discretion when it comes to what religions are to be taught in schools; this has the potential to be used to shore up the dominant religion’ (EVANS/ THOMAS, Church-State Relations in the ECtHR [2006] BYUL Rev 715). Doch ist auch hier kein juristisches Kriterium benannt, mit dessen Hilfe dem in der Praxis begegnet werden kann. Inhaltlich erscheint es zutreffend, dass die Diskriminierung der Minderheitsreligionen zu verhindern ist. Doch muss auch gesehen werden, dass Religionen und philosophische Überzeugungen ein bedeutender kultureller Faktor einer Gesellschaft sein können. Angesichts dessen kann Neutralität gegenüber Religion und Weltanschauungen nicht eine strikt schematische Gleichbehandlung bedeuten, ganz abgesehen von der fehlenden faktischen Realisierbarkeit solcher Gleichbehandlung. Wenn nämlich bestimmte säkulare oder religiöse Überzeugungen in

Trotz der offenkundigen Schwierigkeiten im Detail können vor dem Hintergrund des nunmehr Ausgeführten einige Eckpunkte einer Definition festgehalten werden. Zunächst ist daran zu erinnern, dass jedweder Eingriff kategorisch verboten ist, d. h. nicht etwa auf Grundlage einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zulässig werden kann. Aus der fehlenden Rechtfertigungsmöglichkeit ergibt sich dann aber als Folge, dass es angemessen ist, eine gewisse Schwere der Beeinträchtigung zu fordern.

Vor diesem Hintergrund ist das Ergebnis einer Entscheidung der europäischen Menschenrechtsjudikatur – der *Gottesmann*-Fall hinsichtlich von Formalitäten eines Kirchensteuersystems –⁶⁸⁹ (teilweise)⁶⁹⁰ gegen Kritik zu verteidigen,⁶⁹¹ die sich dabei auf die (angebliche)

besonderer Weise prägend waren für eine Gesellschaft, dann ist es nicht a priori illegitim, ihnen im Rahmen der Schule eine besondere Bedeutung zukommen zu lassen (hinsichtlich der Schwierigkeit, Religionsgeschichte zu unterrichten vgl. auch ROBERT, Freedom of Conscience, Pluralism and Tolerance, in: Freedom of Conscience, hrsg. v. *Council of Europe*, Straßburg 1993, 35).

Eine andere, detaillierte Analyse weist mit Blick auf Religionsunterricht auf die Schwierigkeiten von Begriffen wie „neutraler und objektiver“ Unterricht hin; Begriffe, die ohne weitere Erläuterung so von den EMRK-Organen benutzt wurden (PLESNER, Legal Limitations to Freedom of Religion or Belief in School Education (2005) 19 *Emory Intl L Rev* 570).

Als Basis weitergehender Diskussion ist die Ausarbeitung einer Liste von Beispielen für Eingriffe in das forum internum ein gutes Hilfsmittel. TAHZIB(-LIE) zählt in ihrer umfassenden Studie zur Religionsfreiheit im internationalen Recht die folgenden Beispiele auf, die mit Blick auf die Konzeption des Art. 9 EMRK hilfreich sein könnten (wie oben gesagt, konzentriert sich diese Studie hier mit Blick auf Art. 9 EMRK auf das spezielle Konzept des Indoktrinierens, siehe Fn. 618 auf S. 134), vgl. TAHZIB, Freedom of Religion or Belief (Fn. 491, 1996) 26 (C. EVANS, Freedom of Religion Under the European Convention (Fn. 491, 2001) 74 verweist auf diese Ausarbeitung, um so Art. 9 EMRK näher zu beschreiben):

- discrimination on the basis of having, or not having, a certain religion or belief;
- proscription of membership of certain religions or beliefs under law;
- coercion to reveal one’s religion or belief or to have it revealed without one’s consent; and
- use or threat of physical force or penal sanctions to compel individuals to adhere to their religious or other beliefs and congregations, to recant their religion or belief or to convert.

So hilfreich dies im Allgemeinen auch sein mag, eine alternative, präzisere Fassung einer Indoktrinations-Definition lässt sich daraus nicht extrahieren. Begriffe wie ‘discrimination’ und ‘coercion’ bleiben vage und ein dem zugrunde liegendes Konzept, das die getroffenen Unterteilungen rechtfertigt, ist schwer auszumachen (vgl. auch die Kritik bei C. EVANS, Freedom of Religion Under the European Convention (Fn. 491, 2001) 74). Darüberhinaus ist die Qualifizierung ‘of the freedom of parents to educate their child in accordance with their own beliefs’ als Teil des forum externum (reines Manifestieren, siehe TAHZIB *ibid.* S. 27) zumindest zweifelhaft. Wenig eindeutige Beispiele wie die religiöse Eidesleistung finden keine Erwähnung (hierzu vgl. KRISHNASWAMI, ‘Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices’ (1960) UN Doc E/CN.4/Sub.2/200/Rev.1, S. 42–43; KRISHNASWAMI qualifiziert diesen Eingriff als Teil der Eingriffe in den Schutzbereich des Manifestierens (siehe S. ix). Diese Qualifikation erscheint (mit Blick auf den ganzen Abschnitt B) als zweifelhaft (interessanterweise schlägt KRISHNASWAMI nicht vor, die Eidesleistung zu regulieren; eine bloße, einen Ausgleich herbeiführende, Regulierung wäre doch das für Manifestationen probate Mittel; vielmehr will KRISHNASWAMI eine solche Pflicht gänzlich abschaffen). Abgesehen von all dem, ist festzuhalten, dass solche Listen nicht allein Beispiele möglicher Eingriffe aufzählen, sondern auch die oben gestellte Frage illustrieren, wie zwischen forum internum und Manifestieren zu unterscheiden ist. Das macht es zusätzlich schwerer, aus solchen Listen abstrakte Argumente zu extrahieren, die sich auf die Frage beziehen, wie ein Eingriff zu definieren ist.

⁶⁸⁹ Siehe EKMR, *Gottesmann v Switzerland* (Zlk.-Entsch., 4.12.1984, Nr. 10616/83) DR 37, S. 287.

⁶⁹⁰ Die Frage nach der generellen Vereinbarkeit eines Kirchensteuersystems mit der Religionsfreiheit kann hier nicht erörtert werden.

⁶⁹¹ Diese Entscheidung wird kritisiert, weil sie es durch die Akzeptanz des sogleich im Text näher beschriebenen Erfordernisses verfehlt habe, die gegen die Religionsfreiheit verstoßende ‘compulsary revelation of one’s belief’ zu verwerfen, siehe TAYLOR, Freedom of Religion (Fn. 493, 2005) 40–41; 341. Vgl. ähnlich auch die Ansicht, es könne hier entgegen der Kommission Folgendes vorgelegen haben, nämlich ‘arguably an interference in the right not to be compelled to reveal one’s religion’ bei C. EVANS, Freedom of Religion Under

Sichtweise des UN Human Rights Committees stützt.⁶⁹² Es war bei diesem Fall das Erfordernis zu überprüfen, dass jeder beim Verlassen einer religiösen, zur Steuererhebung berechtigten Gemeinschaft darüber den staatlichen Behörden eine Mitteilung zu machen hatte, um danach dann von der jeweiligen Steuerliste gestrichen werden zu können.⁶⁹³ Implizit verwendet die Europäische Kommission zur Begründung ihrer Entscheidung das Schwere-Erfordernis, wenn sie ausführt „die nationalen Autoritäten h[ätten] einen weiten Spielraum zu entscheiden, aufgrund welcher Kriterien ein Einzelner wirksam als jemand qualifiziert werden könne, der eine religiöse Gemeinschaft verlassen hat“.⁶⁹⁴ Zwar ist es zutreffend, dass Regulierungen hinsichtlich (zusätzlich) erforderlicher Mitteilungen an den Staat es verkomplizieren, aus einer Religionsgemeinschaft auszutreten. Gleichwohl ist im Allgemeinen sehr wohl noch erträglich, solche eine Mitteilung zu machen,⁶⁹⁵ ganz abgesehen davon, dass für ein solches Erfordernis natürlich sehr gut nachvollziehbare Gründe bestehen können.

Mit der Entscheidung, dass der Beschwerdeführer letztlich das Erfordernis hinzunehmen habe, ist die Europäische Judikatur überdies in Einklang mit der Sicht des Human Rights Committees, das in seinem General Comment Nr. 22, § 3, ausführt: „In Übereinstimmung mit den Artikeln 18 § 2 und 17 kann niemand gezwungen werden, seine Gedanken oder Anhänger-schaft zu einer Religion oder Weltanschauung zu offenbaren.“⁶⁹⁶ Das Human Rights Committee definiert an dieser Stelle nicht weiter, was mit solch einer Offenlegung gemeint sei. Allerdings geben die *travaux préparatoires* verlässliche Auskunft darüber, dass das Committee mit dieser Formulierung keineswegs ein kategorisches Verbot statuieren wollte, dass niemand gezwungen werden dürfe, staatlichen Stellen seinen Glauben oder seine Überzeugung offenzulegen. Die gegenteilige Einschätzung einer Literaturstimme ist irreführend.⁶⁹⁷ Zwei Mitglieder gaben zwar

the European Convention (Fn. 491, 2001) 81 und – ohne explizite Kritik, jedoch die Entscheidung als ‘narrow’ bezeichnend – *ibid.* S. 97–98. Siehe auch den kritischen Überblick zur Rechtslage in mehreren europäischen Staaten bei UITZ, *Freedom of Religion* (Fn. 641, 2007) 34–38, wonach u. U. ein Eingriff ‘with the inviolable core of religious freedom’ vorliegen könne.

⁶⁹² TAYLOR bezieht sich zur Untermauerung seiner Ansicht hauptsächlich auf UNHCR ‘General Comment No. 22 (Art. 18)’ (27.9.1993) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (1993); wiedergegeben in ‘Note by the Secretariat, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies’ (2006), UN Doc HRI/GEN/1/Rev.8, § 3, S. 195 (hinsichtlich des Wortlauts siehe auch S. 110 in Fn. 496).

⁶⁹³ Im Hintergrund steht hier also das dem forum internum zuzuordnende Recht auf Religionswechsel.

⁶⁹⁴ Im Original heißt es, ‘the domestic authorities have a wide discretion to decide on what conditions an individual may validly be regarded as having decided to leave a religious denomination’.

⁶⁹⁵ Vor diesem Hintergrund wäre das oben angesprochene ägyptische Beispiel zu diskutieren, nämlich das Erfordernis, drei verpflichtende Unterredungen mit dem intern Zuständigen der zu verlassenden Religionsgemeinschaft zu führen, siehe oben S. 118, Fn. 532. Über diese – zumindest politisch betrachtet absurde – Anforderung zu urteilen, setzte voraus, mehr hinsichtlich der faktischen Umstände solcher Unterredungen zu wissen. Es wäre zu prüfen, ob unangemessener – sozialer – Druck bei derartigen Gelegenheiten ausgeübt werden kann. Hinsichtlich der jetzigen Situation in Ägypten vgl. S. 108, Fn. 492.

⁶⁹⁶ ‘In accordance with articles 18.2 and 17, no one can be compelled to reveal his thoughts or adherence to a religion or belief.’

⁶⁹⁷ TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 42, erweckt den Eindruck, als ob nur „bestimmte Mitglieder“ im Entstehungsprozess Zweifel an einem kategorischen Verbot gezeigt hätten (benannt werden dann nur Mr SADI

zunächst Stellungnahmen ab, die womöglich so eingeordnet werden könnten, hiermit werde jedwede verpflichtende Offenlegung der Religionszugehörigkeit für unzulässig erklärt.⁶⁹⁸ Andere wiederum sprachen sich ausdrücklich gegen ein generelles Verbot von Offenlegungspflichten aus. Schließlich gebe es gerechtfertigte Interessen des Staates – einschließlich des Fiskalinteresses –, die zu respektieren seien.⁶⁹⁹ Um eben diesen Bedenken zu entsprechen, entschied sich das Committee dann einstimmig dafür, auf Art. 17 Bezug zu nehmen.⁷⁰⁰ Da der Wortlaut dieses Artikels einzig solche Maßnahmen zum Gegenstand habe, die als „arbitrary and unlawful“ gekennzeichnet sind, sichere die Bezugnahme auf Art. 17 im General Comment nämlich ab, dass durch diesen ebenso wenig sämtliche Verpflichtungen, seine Religionszugehörigkeit zu offenbaren, ausnahmslos als rechtswidrig gekennzeichnet wären.⁷⁰¹

Festzuhalten bleibt daher, dass die Rechtsprechung, wie sie in *Gottesmann* beispielhaft entwickelt wurde, volle Unterstützung verdient. Mögen auch Formalitäten, wie sie sich aus dem dort zu behandelnden Sachverhalt ergaben, womöglich einen gewissen abschreckenden Effekt haben⁷⁰²: Solch eine Beeinträchtigung ist nicht schwerwiegend genug, um als Eingriff

und Mr LALLAH). Auf diese Weise unterschlägt er die entscheidende Tatsache, dass – um die Ansicht gerade dieser „bestimmten Mitglieder“ zu unterstützen – einmütig der Wortlaut geändert wurde, vgl zu den Details hierzu oben den Text. Daher ist auch seine Einschätzung fehl am Platze, die *Gottesmann*-Entscheidung damit zu „entschuldigen“, dass sie vor Veröffentlichung des Klärung schaffenden General Comment des Human Rights Committee’s ergangen sei.

TAYLOR bemerkt weiterhin, das Committee habe diese seine angebliche Position betont anlässlich der periodic reports. Er bezieht sich dabei einzig auf UNHRC, ‘Consideration of Reports: Ecuador’, abgedruckt bei UNGA ‘Report of the Human Rights Committee’ UN GAOR 47th Session Supp No 40, UN Doc A/47/40 (1994), § 247 (S. 57). Dort jedoch heißt es nur: ‘In addition, it was asked in which legal cases individuals were required, under Art. 19 (15) of the Constitution, to declare their religion or belief.’ Solch eine allgemeine Anfrage bedeutet hingegen keine Abweichung von der früheren Ansicht, wie sie beispielsweise ebenso von der EKMR vorgetragen wird.

⁶⁹⁸ Mr DIMITRIJEVIC, *ibid.*, § 17 (S. 4), bezieht sich auf das Beispiel Koreas; Mr PRADO VALLEJO, *ibid.*, § 18 (S. 4), verweist auf den geschichtlichen Kampf in Lateinamerika, das Recht zu erstreiten, nicht befragt zu werden, vgl. gegen jegliches Gebot, ‘on administrative forms [... the] adherence to a particular religion’ zu verzeichnen auch Mr PRADO VALLEJO, *ibid.*, § 13 (S. 3–4). Allerdings kritisierten beide Mitglieder dabei nicht direkt die Sichtweise anderer Mitglieder, die sich ausdrücklich gegen ein striktes Verbot aussprachen. Daher ist nicht einmal sicher festzustellen, ob sie mit diesen Beiträgen selbst einem strikten Verbot das Wort reden wollten. Später war es jedenfalls Mr DIMITRIJEVIC selbst, der für die Aufnahme der Ausnahmeklauseln als vermittelndem Wortlaut verantwortlich war.

⁶⁹⁹ Einige Mitglieder des Committee befürworteten die Aufnahme ausdrücklicher Ausnahmen hinsichtlich solch gerechtfertigter Zwecke, Informationen über die jeweilige Religionszugehörigkeit zu bekommen, siehe Mr SADI, UNHCR, 45th Session, UN Doc No CCPR/C/SR.1166 (1992), § 5 (S. 2); § 21 (S. 5); Mr LALLAH, *ibid.*, § 14 (S. 4), § 20 (S. 5) ausdrücklich u. a. sich auf Steuern beziehend; Mr EL SHAFELI, *ibid.*, § 15 (S. 4).

⁷⁰⁰ Es herrschte allerdings eine gewisse Verwirrung hinsichtlich der Beziehung zwischen Art. 17, 18 und 19 ICCPR unter den Mitgliedern. Mrs HIGGINS z. B. betrachtete Art. 17 als die Grundlage des hier fraglichen Rechtes, siehe § 6 (S. 2–3).

⁷⁰¹ Siehe Mr LALLAH, UNHCR, 45th Session, UN Doc No CCPR/C/SR.1166 (1992), § 20 (S. 4–5), der vorschlug, eine ausdrückliche Bezugnahme auf ‘unlawful and arbitrary’ vorzunehmen; siehe daraufhin dann den Vorschlag eines Verweises auf Art. 17 durch Mr DIMITRIJEVIC, *ibid.*, § 22 (S. 5), unterstützt von Mr SADI, *ibid.*, § 23 (S. 5); dies wurde dann einmütig bei der Abstimmung akzeptiert, *ibid.*, §§ 24–25 (S. 5).

⁷⁰² Selbst das ist diesbezüglich allerdings äußerst fragwürdig: Sollte es tatsächlich jemand geben, der den Entschluss fasst, aus einer Religionsgemeinschaft auszutreten, sich davon dann deshalb abschrecken lässt, weil er einer Schweizer Behörde davon Nachricht geben muss? Das Recht darf zwar nicht blind sein für faktische Umstände. Es mag natürlich Situationen geben, in denen eine solche Mitteilung an die Behörde entgegen datenschutzrechtlichen Grundsätzen gehandhabt wird und so Anlass für weitere Diskriminierungen seitens des

qualifiziert zu werden.⁷⁰³ Missionierte ein Bediensteter einer staatlich geförderten⁷⁰⁴ Religionsgemeinschaft, so hätte solch ein Verhalten ein größeres Beeinflussungspotential als das Erfordernis, ein Formular sorgfältig zu lesen und auszufüllen. Ebenso, wie aber das Missionieren – möge man es auch als Proselytismus bezeichnen – grundsätzlich nicht als Eingriff zu werten ist,⁷⁰⁵ so gilt dies umso mehr hinsichtlich der hier in Rede stehenden Formalitäten. Insbesondere sofern der Staat verpflichtet ist, den Datenschutz zu beachten und diesem Erfordernis auch faktisch nachkommt, ist daher das bloße Erfordernis, mit Blick auf ein etwaiges Kirchensteuersystem oder dergleichen seine Religionszugehörigkeit zu offenbaren, kein Eingriff im Rechtssinn.

Es zeigt sich jedenfalls an dem gewählten Beispiel, dass das Kriterium, eine hinreichende Bedeutsamkeit und Schwere der Beeinträchtigung zu fordern, ein wichtiger Bestandteil von Definitionsversuchen hinsichtlich der Eingriffe in das *forum internum* ist. Eine kohärente Auslegung des Schwerekriteriums zu entwickeln, ist eine entscheidende Aufgabe, an der sich insbesondere die Rechtsprechung wird messen lassen müssen.⁷⁰⁶ Dies führt überdies dazu, dass Rechtsvergleiche zur Zwangsfeststellung in anderen Bereichen nur bedingt aussagekräftig sind,

Staates oder Dritter wird. Dem darf der Einzelne nicht schutzlos ausgeliefert sein. Doch droht die Gefahr hier weniger aus der isoliert betrachteten Mitteilungspflicht als solcher, sondern aus dem Zusammenkommen verschiedener Umstände. Dass einem solchen anders gearteten Sachverhalt dann auch rechtlich anders zu begegnen ist, sollte sich von selbst verstehen.

⁷⁰³ Vgl. insoweit auch allgemein KRISHNASWAMI, 'Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices' (1960) UN Doc E/CN.4/Sub.2/200/Rev.1, S. 25–26.

⁷⁰⁴ Die Bezugnahme auf die *staatliche* Förderung dient hier dazu, die Relevanz der Frage nach der Geltung der Religionsfreiheit für Private zu minimieren. Diesbezüglich sei allerdings angemerkt, dass generell die Diskussion um Missionare ohne Bezugnahme auf diese – m. E. jedoch entscheidende – Grundsatzfrage geführt wird und auch von daher der Vergleich gerechtfertigt werden könnte.

⁷⁰⁵ Siehe S. 121, bei Fn. 553.

⁷⁰⁶ Das Schwerekriterium ist bezogen auf folgende Erkenntnis: 'the Convention does not prevent society from extracting a degree of sacrifice from individuals who subscribe to certain forms of belief', siehe M. D. EVANS, *Religious Liberty* (Fn. 488, 1997) 304.

Eine andere Frage allerdings ist es, ob und wenn ja auf welche Weise eine staatliche Maßnahme, die nicht die Eingriffsschwelle mit Blick auf das *forum internum* überschreitet, gleichwohl immer noch als Eingriff mit Blick auf das *forum externum* (oder ein „Manifestieren“ des inneren Gewissens) qualifiziert werden könnte. Abgesehen davon erweist sich die inhärente Offenheit eines solchen Kriteriums gleichzeitig als Chance und Risiko. Das Schwerekriterium vermag unangemessene Beeinträchtigungen des öffentlichen Lebens verhindern, die bei einem zu umfassenden Schutz individueller Überzeugungen drohten, indem schlichtweg verhindert wird, zu viele staatliche Maßnahmen als Eingriff zu qualifizieren.

Es liegt jedoch auch die Gefahr nahe, solch ein Kriterium in nicht nachvollziehbarer, diskriminierender Weise zu handhaben. Eine insoweit heikle Fragestellung ist es beispielsweise, wie eine Religion zu behandeln ist, die eine Trennung zwischen Glaube und gesellschaftlich-politischer Sphäre nicht oder kaum anerkennt. Es erscheint dann unvermeidbar, dass mit Blick auf eine solche Religion das Schwerekriterium deutlich öfter verneint wird – und damit Eingriffe durch den Staat legitimiert werden – als dies auf Anhänger anderer Glaubensrichtungen – mangels vergleichbaren Konfliktpotentials – zutrifft (vgl. auch M. D. EVANS, *Introduction*, in: *Does God Believe in Human Rights?*, hrsg. v. *Ghanea* u. a., Leiden 2007, 13). Überdies werden religiöse Überzeugungen im Allgemeinen mehr hinzunehmen haben als säkulare (vgl. JP VITERITTI, *The Last Freedom – Religion from the Public School to the Public Square* (Princeton University Press, Princeton 2007) 212–214). Allerdings betrifft das hiermit angesprochene Problemfeld zumeist Sachverhalte, die ohnehin dem Bereich des *forum externum* zuzuordnen sind.

Hinsichtlich des Christentums, vgl. zur Auslegung der Bergpredigt im Hinblick auf die verbleibende Eigenständigkeit der gesellschaftlichen Sozialordnung mit Blick auf religiöse Gebote RATZINGER, *Jesus von Nazareth*, Erster Teil, Freiburg 2007, 156–157.

soweit dort die Feststellung eines Eingriffs nicht sogleich – ohne weitere Rechtfertigungsmöglichkeit – zur Rechtswidrigkeit führt.⁷⁰⁷

3. Zusammenfassung

Bislang ist weder der Begriff „Zwang“ noch „Indoktrinieren“ hinreichend trennscharf umrissen, als dass bei deren Anwendung widerspruchsfreie Ergebnisse voraussehbar wären. Einzig einige grobe Richtlinien sind ausfindig zu machen. Selbst diese hier herausgearbeiteten Grundlagen finden sich jedoch nicht kohärent und vollständig in der relevanten Judikatur wieder, die insoweit ihrer Aufgabe, Klarheit zu schaffen, nicht in vollem Umfang nachgekommen ist.

⁷⁰⁷ Und sei es, dass noch verfassungsunmittelbare Rechtfertigungsmöglichkeiten gegeben wären, wie dies mit Blick auf Art. 4 des Grundgesetzes in Deutschland (zumindest) der Fall wäre. Siehe jedenfalls zur behaupteten „Zwangswirkung“ des Kreuzes durch das Bundesverfassungsrecht sowie zur Zwangswirkung der Teilnahme bei Schulfeiern in den Vereinigten Staaten von Amerika nur WALTER From the Acceptance of Interdenominational Christian Schools to the Inadmissibility of Christian Crosses in the Public Schools, in: Religions in the Public Sphere, hrsg. v. W. Brugger u. a., Berlin 2007, 173–175.

III. Schutz des *forum internum* bezogen auf zugrunde liegende Konflikte zwischen Privaten

Eine schlüssige Auslegung zu finden, wie das *forum internum* zu schützen ist, wird ungleich schwieriger, behandelt man diejenigen Fälle, denen ein Konflikt zwischen Privaten zugrunde liegt. Es ist keineswegs eine Selbstverständlichkeit, die Gewissensfreiheit als einschlägig zu betrachten, wenn der (unmittelbare)⁷⁰⁸ mutmaßliche „Täter“ eine Privatperson oder -vereinigung ist. Es verdient vielmehr eine genauere Prüfung, inwieweit ein Bürger sich darauf zu berufen vermag, vom Staat gegen Verletzungen durch nicht-staatliche Akteure geschützt zu werden. Darüber hinaus gilt es, die Rechtslage für diejenigen Fallkonstellationen zu klären, in denen der Staat aus eigenem Antrieb handelt, um bei Konflikten zwischen Privatpersonen die Menschenrechte einer Seite zu schützen. Diese Analyse wird insbesondere die Blickrichtung dessen miteinbeziehen, der der mutmaßliche Rechtsbrecher des einschlägigen Menschenrechts sein soll. Um diese beiden Problemlagen behandeln zu können, bedarf es zunächst einer Annäherung an die wesentliche rechtliche Grundvoraussetzung in diesem Bereich: Es ist eingangs zu klären, ob und wenn ja, innerhalb welcher Grenzen es dem Staat erlaubt ist, als Schlichtungsinstanz bei Konflikten zwischen nicht-staatlichen Parteien einzugreifen.

1. Voraussetzung: „Horizontal Effects“ der Religionsfreiheit

In der Lehre wird von einigen betont, die Menschenrechte bänden in erster Linie den Staat. Nur ausnahmsweise seien Privatpersonen und -vereinigungen deren Adressaten.⁷⁰⁹ Umso mehr müsste dies im Bereich des Völkerrechts gelten, das nach herkömmlichem Verständnis zunächst die Beziehungen zwischen souveränen Staaten regelt. So wird daher vorgetragen, dass „abgesehen von einigen wenigen Ausnahmen die Menschenrechtsverträge horizontale Menschenrechtsverpflichtungen für nicht-staatliche Akteure nicht anerkennen.“⁷¹⁰ Es bedarf also einer genaueren Herleitung, ob sich Menschenrechte gegen Private richten können. Im Anschluss an die Diskussion eines zeitgenössischen Verständnisses, das man womöglich als progressiv etikettieren könnte, werden die Auffassungen der zuständigen juristischen Organe des ICCPR und der

⁷⁰⁸ Das Wort „unmittelbar“ zielt auf die hier zunächst offen gelassene Fragestellung ab, ob es nicht – am Ende – immer der Staat ist, der (etwa durch Verletzung von Schutzpflichten) „Täter“ des Verstoßes gegen die Religions- und Gewissensfreiheit ist.

⁷⁰⁹ Vgl. z. B. – auch mit Blick auf *internationale* Menschenrechte – KIMMINICH, Religionsfreiheit als Menschenrecht, Untersuchung zum gegenwärtigen Stand des Völkerrechts, 1990, 151; als klassische Ausgangsposition beschrieben z. B. bei BLOIS, *Two Cities in Conflict*, in: *Religious Pluralism and Human Rights in Europe*, hrsg. v. Loenen u. a., Antwerpen 2007, 177–178.

⁷¹⁰ ‘Apart from a few exceptions, human rights treaty law does not recognize horizontal human rights obligations for non-state actors’ HESSBRUEGGE, *Human Rights Violations Arising From Conduct of Non-State Actors* (2005) 11 *Buff Hum Rts L Rev* 30; Art. 24 ICCPR könne möglicherweise als Beispiel einer Ausnahme angesehen werden.

EMRK dargelegt. Im Anschluss sind einige Erkenntnisse zusammenzufassen, die die Einordnung und Behandlung der konkreten juristischen Streitfragen erleichtern sollen.

a) Zur beispielhaften Auffassung NOWAKS: Allumfassende Anwendbarkeit der Menschenrechte auch zu Lasten Privater

Die Auffassung, es sei einzig der Staat, der zuvorderst an die Menschenrechte gebunden sei, wird jedoch nicht allgemein geteilt. Schließlich ist – wie es in einem wirkmächtigen Diktum ausgesprochen wurde – „das Recht nicht statisch, sondern folgt durch ständige Anpassungen den Bedürfnissen einer sich ändernden Welt“.⁷¹¹ Solche Veränderungen könnten womöglich dazu geführt haben, dass alte Vorstellungsbilder nun überholt sind: Internationale Menschenrechte könnten längst schon – bedingt durch neue Gefahrenlagen – auch nicht-staatliche Akteure betreffen. Derartige Gedanken lassen sich einprägsam darstellen⁷¹² anhand der Konzeption von Manfred NOWAK. Er vertritt die These, Menschenrechte seien anwendbar, ganz gleich wer gegen sie verstößt, sei es der Staat oder ein Privater.⁷¹³

aa) Erläuterung dieses Ansatzes

Seine Auffassung basiert auf einem dreigliedrigen Verständnis aller – unteilbarer und voneinander abhängiger – Menschenrechte, nämlich der staatlichen Verpflichtung, diese zu respektieren, zu erfüllen und zu schützen.⁷¹⁴ Die Verpflichtung, Menschenrechte zu *respektieren*, führt zur Konsequenz, dass es dem Staat untersagt ist, ihnen selbst zuwider zu handeln.⁷¹⁵ Der Staat entspricht seiner Pflicht, Menschenrechte zu *erfüllen*, wenn er sämtliche (positiven) Maßnahmen trifft, die notwendig sind, Menschenrechte „in größtmöglichem Maße“ zu verwirklichen.⁷¹⁶ Die dritte der soeben genannten Dimensionen der Menschenrechte ist es jedoch, die hinsichtlich der Anwendbarkeit bei Privatpersonen von entscheidender Bedeutung ist:

⁷¹¹ ‘Law is not static, but by continual adaptation follows the needs of a changing word’, Urteil des International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals (*Goering et. alt.*), 30.9. and 1.10.1946, siehe <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/judlawch.htm> (eingesehen am 20.2.2008), insoweit abgedruckt auch bei CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford 2006, 562, bei Fn. 3.

⁷¹² Hinsichtlich anderer, die einen ähnlichen Ansatz zur unbegrenzten Anwendbarkeit hier spezifisch der Gewissensfreiheit verfolgen, vgl. etwa CARLSON/ GISVOLD, *Practical Guide to the ICCPR*, Ardsley 2003, S. 114–115. NOWAK, *Introduction Intl HR* (Fn. 497, 2003) 48–53.

⁷¹³ ‘Respect, fulfil and protect’, NOWAK, *ICCPR* (Fn. 494, 2005) Introduction, § 3 (S. XX); NOWAK, *Introduction Intl HR* (Fn. 497, 2003) 48.

⁷¹⁴ NOWAK, *ICCPR* (Fn. 494, 2005) Introduction, § 3 (S. XX); NOWAK, *Introduction Intl HR* (Fn. 497, 2003) 49. Vgl. insoweit überdies auch zur Formulierung des Art. 2 § 1 ICCPR („to respect and to ensure“) BUERGENTHAL, *To Respect and to Ensure*, in: *The International Bill of Rights*, hrsg. v. *Henkin*, New York 1981, 77–78, wobei er „to respect“ wie NOWAK auslegt und bei „to ensure“ immerhin die Möglichkeit sieht („possibly“, „perhaps“), dass damit auch das Ergreifen von Maßnahmen gegen „private interference“ angedacht sei.

⁷¹⁵ ‘To the greatest extent possible’, NOWAK, *Introduction Intl HR* (Fn. 497, 2003) 49.

Die *Verpflichtung* Menschenrechte zu *schützen* fordert ebenso positive Maßnahmen des Staates, doch unterscheidet sie sich von der soeben genannten Verpflichtung, sie zu erfüllen, insoweit, als sie darauf abzielt, *Menschenrechtsverletzungen* durch private Personen zu *vermeiden*.⁷¹⁷

Nach diesem Ansatz haben Menschenrechte also ohne jeden Zweifel „horizontal effects“.⁷¹⁸ Um dieses Verständnis zu untermauern, betont NOWAK die historisch-philosophischen Grundlagen des Menschenrechtsverständnisses. Er trägt vor, dass diese ursprünglich als „effective all-round“ verstanden wurden, gemäß einer Konzeption, die erst unter dem Einfluss liberaler Ideen des 19. Jahrhunderts ins Abseits gedrängt wurde.⁷¹⁹ Insbesondere Religionsfreiheit

entstand als eines der ersten Menschenrechte als Reaktion auf die Macht der katholischen Kirche über den Einzelnen. Ähnlich war das etappenweise Verbot der Sklaverei [...] niemals darauf ausgerichtet, staatliche Eingriffe zu begrenzen. [...] Also sind Menschenrechte sowohl gerichtet auf Verletzungen durch den Staat (die vertikale Ebene) als auch durch private Personen (die horizontale Ebene). Eine ganz andere Fragestellung ist diejenige nach der *Durchsetzbarkeit* [...], die jedoch allzu oft mit der nach den horizontal effects vermennt wird.⁷²⁰

Insbesondere⁷²¹ das Völkerrecht sei an souveräne Staaten als Träger von Pflichten gerichtet, „was bedeutet, dass Privatpersonen üblicherweise⁷²² nicht direkt durch die internationalen Menschenrechtskonventionen verpflichtet sind zu handeln oder etwas zu unterlassen“.⁷²³ Deshalb sei, selbst wenn es beispielsweise um Gewalt innerhalb der Familie gehe, nach NOWAK „die *prozedurale* Frage nicht die konkrete Verletzung durch Privatpersonen, sondern allein die Frage, ob der betreffende Staat seine positive Verpflichtung verletzt habe, Schutz zu gewähren, d. h. ob dieser Staat verantwortlich ist für die Verletzung.“⁷²⁴

Doch konzidiert er, dass die staatliche Verantwortlichkeit in diesem Sinne „abhängt vom Typ des betroffenen Menschenrechtes“. Diese solle „am stärksten sein bei ernsten

⁷¹⁷ ‘The *obligation to protect* human rights also requires positive state action, yet it is different from the above-mentioned obligations to fulfil inasmuch as it aims to *avoid human rights violations* by private persons.’ So, mit Hervorhebungen schon im Original, NOWAK, Introduction Intl HR (Fn. 497, 2003) 50; vgl. auch NOWAK, ICCPR (Fn. 494, 2005) Introduction, § 3 (S. XXI).

⁷¹⁸ NOWAK, Introduction Intl HR (Fn. 497, 2003) 50.

⁷¹⁹ NOWAK, Introduction Intl HR (Fn. 497, 2003) 51; NOWAK, ICCPR (Fn. 494, 2005) Art. 6, § 3, Fn. 12 (S. 123).

⁷²⁰ Religious freedom ‘[...] emerged as one of the first human rights as a reaction to the power of the Catholic Church over the individual. Similarly, the gradual prohibition of slavery [...] was never aimed at restricting state interference. [...] Thus, human rights are directed both at violations by the state (the vertical level) and by private persons (the horizontal level). At totally different matter is the issue of *enforceability* [...], which all too often is confused with the horizontal effect.’ Hervorhebungen schon im Original bei NOWAK, Introduction Intl HR (Fn. 497, 2003) 52.

⁷²¹ Auch hinsichtlich nationalen Rechts sei es üblich, unterschiedliche Prozeduren zur Umsetzung einzusetzen, abhängig davon, wer gegen Menschenrechte verstößt, siehe NOWAK, Introduction Intl HR (Fn. 497, 2003) 52.

⁷²² Internationales Strafrecht sei die Ausnahme zu dieser Regel, so NOWAK, Introduction Intl HR (Fn. 497, 2003) 52–53.

⁷²³ ‘Which means that private persons are usually not directly obliged by international human right treaties to act - or refrain from acting’, siehe NOWAK, Introduction Intl HR (Fn. 497, 2003) 52.

⁷²⁴ ‘The procedural matter is not the concrete violation by private persons, but the question alone of whether the State concerned has violated its positive obligation to protect, i.e. whether that State is responsible for the violation.’ So, ohne Hervorhebung im Original, NOWAK, Introduction Intl HR (Fn. 497, 2003) 53.

Menschenrechtsverletzungen“, z. B. Folter⁷²⁵, Aufwiegelung zum Rassenhass und sog. enforced disappearances. Darüber hinaus seien die Staaten „relativ frei darin zu entscheiden, wie sie ihren jeweiligen Verpflichtungen nachkommen, die Menschenrechte auf der horizontalen Ebene zu schützen“.⁷²⁶

bb) Kritische Anmerkungen

Mag dies auch auf den ersten Blick plausibel erscheinen, bleibt es nun einer näheren Überprüfung überlassen, ob solch ein Verständnis – allumfassende Anwendbarkeit der Menschenrechte – hinreichend abgesichert ist.

(1) Sachliche Unterschiede oder begriffliche Verwirrung?

Einerseits eine deutliche, kategorische Bejahung von „horizontal effects“ (NOWAK), andererseits eine zögerlich anmutende Bejahung solcher Wirkungen im Einzelfall (traditionelles Verständnis): Vergleicht man die Positionierung NOWAKS mit anderen Stellungnahmen zu „horizontal effects“, so könnte man meinen, die Thematik sei hoch umstritten. Doch könnte sich mancher Widerspruch zwischen beiden Auffassungen als eine bloße Frage der Terminologie auflösen. Andere definieren horizontale Verpflichtungen nämlich wie folgt: Die Privatperson 1 (P1) muss oder darf nicht X gegenüber P2 begehen, da P2 sich auf ein Menschenrecht berufen kann, dem eine Verpflichtung des P1 entspricht.⁷²⁷ Sie grenzen – abgesehen von vertikalen Verpflichtungen, die der Pflicht des Staates entsprechen, nicht selbst etwa Menschenrechte zu verletzen – diese horizontalen Verpflichtungen von folgenden diagonalen Verpflichtungen ab: Der Staat hat eine Verpflichtung, P1 zu schützen, indem er gewährleistet, dass P2 gegenüber P1 X handelt oder unterlässt, da P1 ein darauf gerichtetes Menschenrecht gegenüber dem Staat geltend machen kann.⁷²⁸

NOWAK definiert nicht exakt, was er unter den behaupteten „horizontal effects“ der Menschenrechte versteht.⁷²⁹ Würde man hingegen das Konzept „diagonaler Verpflichtungen“ als

⁷²⁵ Im Rahmen dieser Arbeit kann dem nicht weiter nachgegangen werden, doch sei angemerkt, dass es zweifelhaft ist, den Begriff Folter ohne nähere Argumentation im Zusammenhang mit nicht-staatlichen Akteuren zu verwenden.

⁷²⁶ ‘Depends on the type of human right concerned’ – ‘strongest with serious human rights violations’ – ‘Relatively free to decide how to meet their respective obligation to protect human rights on the horizontal level’, alles bei NOWAK, Introduction Intl HR (Fn. 497, 2003) 53.

⁷²⁷ HESSBRUEGGE (Fn. 710) (2005) 11 Buff Hum Rts L Rev 25, dabei zitierend und sich berufend auf DICKSON, ‘The Horizontal Application of Human Rights Law’, in *Human Rights: An Agenda for the 21st Century* 59–60.

⁷²⁸ Ibid.

⁷²⁹ Angemerkt sei, dass auch NOWAK selbst sich über mangelnde Präzision beim Umgang der hier relevanten Begriffe beklagt. Ein anderer in diesem Zusammenhang häufig verwendeter Ausdruck, die Drittwirkung (‘third party effect’), wird von ihm beschuldigt, Verwirrung zu stiften, siehe NOWAK, Introduction Intl HR (Fn. 497, 2003) 53. Der Begriff sei falsch, da ihm zugrunde liege, dass Menschenrechte im Prinzip einzig gegen den Staat gerichtet seien. Außerdem betreffe der Begriff nur einen ‘comparatively unimportant part of the issue, which is whether human rights are valid under private law’.

Kategorie anerkennen, so verkleinerte sich der Unterschied zwischen einer Ablehnung von „horizontal obligations“ und NOWAKS Verfechten von „horizontal effects“ gewaltig.⁷³⁰ Die „effects“, die NOWAK vertritt, gehen nicht bedeutend über das hinaus, was mit dem Konzept diagonaler Verpflichtungen ausgedrückt wird. Schließlich beruhen auch bei NOWAKS Verständnis die Rechtsfolgen – als Frage der Durchsetzbarkeit bezeichnet – einzig auf Handlungen, für die der Staat Sorge zu tragen hat.⁷³¹

Eine andere Frage ist, ob es sinnvoll ist, zwischen diagonalen und horizontalen Wirkungen zu unterscheiden. Jedoch sollte bedacht werden, dass einige völkerrechtliche Normen direkt Verpflichtungen für Privatpersonen beinhalten, denen keine Pflicht des Staates korrespondiert.⁷³² Damit ist die getroffene Unterscheidung nicht schon *per se* als überflüssig einzustufen. Vielmehr erscheint es nicht als irrelevant, genauere Unterteilungen vorzunehmen, als NOWAK es gewillt ist.⁷³³ Wie dem auch sein mag, es ist zumindest zu folgern, dass eine möglichst kohärente und präzise Terminologie sehr wichtig ist, will man die Rechtsfolgen von Menschenrechten hinsichtlich nicht-staatlicher Akteure erfassen.

(2) Umfassende Aufwertung des Schutzes der Menschenrechte?

Auf den ersten Blick scheint NOWAKS Konzept durch die uneingeschränkte Einbeziehung von „horizontal effects“ einen besseren Schutzstandard der Menschenrechte zu garantieren als dies nach herkömmlichem Verständnis der Fall war. Danach standen schließlich allein die Gefahren staatlicher Eingriffe im Vordergrund. Nimmt man hingegen die von NOWAK zugestandenen Beschränkungen aufgrund prozeduraler Notwendigkeiten in den Blick, zeigt sich, dass sich zunächst noch erweisen muss, inwieweit er sein Versprechen tatsächlich zu halten vermag, den Umständen der Zeit angemessen umfassenderen Schutz auch gegen Eingriffe von Privatpersonen zu gewähren. Was NOWAK ein wenig abschätzig als bloß prozedurale Frage bezeichnet, erweist sich als von entscheidender Bedeutung für den jeweils Betroffenen. Auch NOWAK weiß darum,

Vgl. auch NOWAK, ICCPR (Fn. 494, 2005) Art. 6, § 3, Fn. 12 (S. 123) mit weitergehender Erläuterung des Begriffs ‘all-around effects’ (oder *Rundumwirkung*), den er ebenso verwendet wissen will.

⁷³⁰ Eine Erklärung der je unterschiedlichen Inhalte ist allerdings dem Gebrauch der Wörter „Verpflichtung“ bzw. ‘effect’ inhärent, da Letzteres umfassender ist und daher auch ein weitergehendes Verständnis zum Ausdruck bringen kann, das „horizontale“ und „diagonale“ *Verpflichtungen* unter dem Oberbegriff „horizontal effects“ zusammenfasst. Siehe allerdings auch die Definition von CLAPHAM, Human Rights Obligations of Non-State Actors (Fn. 711, 2006) 349 (Text bei Fn. 7): ‘The extent to which the Convention itself can create obligations for [...] (non-state actors) which may be justiciable in the internal legal orders of the state parties’. Hiermit will er allerdings nicht „horizontal effects“, sondern ‘*direct* horizontal effects’ definieren.

⁷³¹ NOWAK, Introduction Intl HR (Fn. 497, 2003) 52–53.

⁷³² Vgl. das internationale Strafrecht; hinsichtlich multinationaler Konzerne vgl. S. 162, Fn. 741.

⁷³³ Aus der Sicht derjenigen, die diagonale Verpflichtungen anerkennen, könnte man womöglich die Auffassung von NOWAK u. a. als falsch beschreiben, vgl. HESSBRUEGGE (Fn. 710) (2005) 11 Buff Hum Rts L Rev 32: ‘Some authors overlook this subtle but important distinction when they wrongly conclude from jurisprudence recognizing diagonal obligations of states, that non-state actors themselves have horizontal human rights obligations.’ Ähnlich KAUFMANN, -Überzeugungsfreiheit im Völkerrecht (Fn. 523), 1989, 42.

dass sämtliche menschenrechtliche Kontrollmechanismen auf die Verpflichtungen des jeweiligen Staates fokussieren. Und so konzidiert er mit knappen Worten, dass es der bei diesen staatlichen Verpflichtungen eingeräumte „Beurteilungsspielraum“⁷³⁴ ist, der den tatsächlichen Schutzzumfang eines Menschenrechtes prägt. Aus der Perspektive des Opfers ist irrelevant zu wissen, dass eine bestimmte Privatperson möglicherweise (horizontal) an die Beachtung eines Menschenrechts gebunden ist, solange aus solch einer „Bindung“⁷³⁵ keine rechtlichen Konsequenzen erwachsen. Dass es natürlich positive Schutzpflichten des Staates gibt, seine Bürger unter gewissen Umständen gegen Aggression nicht-staatlicher Akteure zu schützen – und das ganz unabhängig davon, wie diese Aggressoren ihrerseits selbst durch diese Menschenrechte gebunden sind – ist ein Allgemeinplatz, der keiner weiteren Erwähnung bedarf. Um die unbestrittene Existenz dieser Schutzpflichten zu erläutern, erscheint es kaum notwendig, das Konzept der „horizontal effects“ einzuführen, solange dessen Erklärungswert angesichts der gerade hieran anknüpfenden terminologischen Schwierigkeiten zumindest zweifelhaft bleibt. Letztlich entscheidet jedenfalls die vertikale Ebene, ob das Opfer Hilfe erlangen wird oder nicht. Dies ist seine Beziehung zum Staat, nicht die zum Aggressor, der metaphorisch gesprochen auf der gleichen – horizontalen – Ebene verortet ist wie das Opfer.

Ferner krankt NOWAKS Ansatz daran, Klarheit zu schaffen mit Blick auf die inhaltliche Dimension des Schutzes gegen nicht-staatliche Akteure. Die entscheidende Frage staatlicher Verantwortlichkeit solle variabel sein, so sagt er. Das einzige⁷³⁶ Kriterium jedoch, das NOWAK zu benennen vermag, ist die Ernsthaftigkeit der Beeinträchtigung.⁷³⁷ Es bedarf keiner näheren Erläuterung, um zu erkennen, dass auf solch einer Basis keine voraussehbaren Ergebnisse zu erzielen sind. Demzufolge kann nicht einmal bestimmt werden, ob nach NOWAKS Konzept überhaupt ein angemesseneres Maß an Schutz gewährt würde.

Festzuhalten ist, dass NOWAKS Darlegungen daher nicht in besonderem Maße das Schutzniveau zu überschreiten vermögen, das schon nach herkömmlichem Verständnis der Menschenrechte zu erreichen wäre. Ein Element seiner Theorie ist allerdings tatsächlich scharf abzugrenzen von anderen Lesarten der internationalen Menschenrechte. Das ist der seinem

⁷³⁴ Dieser hier herangezogene Begriff, uNOWAKS Formulierung (being ‘relatively free to decide’) zusammenzufassen, soll nicht auf die hiermit in anderen Zusammenhängen hergeleiteten Begriffsbedeutungen verweisen, sondern schlicht deskriptiv verstanden werden. Zur Formulierung NOWAKS siehe das Zitat oben S. 158, bei Fn. 726.

⁷³⁵ Was für eine moralische (?) Bindung dies auch sein mag. Eine rechtliche Bindung entsteht aus Pflichten, doch auch NOWAK betont, dass das Völkerrecht im Normalfall Privatpersonen keine Pflichten auferlegt, siehe S. 157, Fn. 723.

⁷³⁶ Dass die Erheblichkeit einer Beeinträchtigung mitunter sehr wohl ein wichtiges Kriterium sein kann, soll nicht in Abrede gestellt werden. Es geht hier nur darum zu sehen, inwieweit NOWAK im Vergleich zur traditionellen Auffassung *greifbare* Verschärfungen zu untermauern weiß.

⁷³⁷ Siehe das Zitat bei S. 158, Fn. 725.

Ansatz inhärente Grundgedanke, Menschenrechte seien von ihrem Ausgangspunkt her zunächst einmal gänzlich unbeschränkt anwendbar auf der horizontalen Ebene.

(3) Maßgebliche Voraussetzung eines solchen Ansatzes: Bedarf es keiner besonderen Rechtfertigung, um die Anwendbarkeit hinsichtlich Privater zu begründen?

Die Grundsatzfrage ist, ob NOWAK zu Recht behauptet, dass Menschenrechte ausgerichtet seien „at violations [...] by private persons (the horizontal level)“⁷³⁸, ohne dabei irgendein Unterscheidungsmerkmal im Vergleich zur Anwendbarkeit beim Staat zu benennen.⁷³⁹

(a) Ungleiche Machtverteilung als Argument gegen eine schlichte Gleichsetzung

Dieser Positionierung gegenüber ist zunächst an ein besonderes Charakteristikum des Staates zu erinnern, das diesen sehr wohl von Privatpersonen unterscheidet, nämlich seine Möglichkeiten, dem Einzelnen mit unentrinnbarer Machtausübung zu begegnen. Wann immer ein Staat Menschenrechte verletzt, ist es die dem Staat zukommende Machtposition, die zur Rechtsfolge führt, dass dessen Verletzungen kategorisch nicht zu rechtfertigen sind.⁷⁴⁰ Es ist gerade die Machtstellung des Staates, die zur uneingeschränkten Anwendbarkeit der Menschenrechte führt. Dass dies ein streitentscheidendes Kriterium hierfür ist, mag mit Blick auf eine aktuelle Debatte verdeutlicht werden. Schließlich gibt es wohlbekannte Bemühungen, Vergleiche zwischen ganz bestimmten nicht-staatlichen Akteuren und dem Staat selbst zu ziehen. Wenn nämlich beispielsweise multinationale Konzerne eine Stellung erringen können, die es ihnen ermöglicht, repressiv Macht auszuüben, so sollen auch auf sie die Standards der Menschenrechte Anwen-

⁷³⁸ Siehe NOWAK, Introduction Intl HR (Fn. 497, 2003) 52, zitiert oben S. 157 bei Fn. 720.

⁷³⁹ Es überstiege den Rahmen dieser Arbeit, sich näher mit der geschichtlichen Entwicklung der Menschenrechte zu befassen. Doch sei angemerkt, dass auch insoweit die Argumentation NOWAKS zu oberflächlich erscheint (Hinweis zum Kampf gegen Sklavenhandel und die katholische Kirche), als dass sie nachhaltig seine These der gänzlichen Vergleichbarkeit von Staat und Privatpersonen unterstützen könnte. Es erscheint darüber hinaus jedoch auch gar nicht notwendig, soweit zurückreichend die Rechtsgeschichte zu befragen: Das heute geltende System der Menschenrechte, wie es insbesondere nach dem Zweiten Weltkrieg entstand, ist zu emanzipiert gegenüber seinen historischen Vorläufern, als dass diese für zwingende Rückschlüsse herangezogen werden könnten. Insoweit sei insbesondere auf die instruktive Darstellung bei DONNELLY, *The Relative Universality of Human Rights* (2007) 29 HRQ 284–286 verwiesen, der darauf hinweist, dass ein dem heutigen *Rechtsbegriff* der Menschenrechte entsprechendes Verständnis geschichtlich nur sehr begrenzt nachweisbar ist.

Vage Andeutungen zu den Ursprüngen der Menschenrechtsidee zwingen jedenfalls den Interpreten keineswegs dazu, konkrete Streitfragen anders zu behandeln, als dies in der Nachkriegszeit gehandhabt wurde (vgl. allerdings auch die interessante Sichtweise zur Universal Declaration selbst bei CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (Fn. 711, 2006) 33–34). Es ist von weitaus größerer Wichtigkeit, rechtsgeschichtlich zu überprüfen, ob ein besonderer Grund für die *unterschiedliche* Behandlung von Verletzungen der Menschenrechte einerseits durch den Staat und andererseits durch Private existierte, die im Anschluss an das Aushandeln der modernen Menschenrechtserklärungen und -konventionen stattfand. Es bedarf der Untersuchung, ob insoweit ein zugrunde liegendes Prinzip zu erkennen ist, das noch heute nach Geltung verlangen könnte. Dies wiederum könnte Bedeutung etwa bei den selbst nach NOWAK (siehe oben den Text auf S. 158, bei Fn. 725) anzuerkennenden „prozeduralen“ Fragen erhalten, nämlich vor allem, welchen Menschenrechten „horizontal effects“ zukommen und in welchem Ausmaß.

⁷⁴⁰ Vgl. HESSBRUEGGE (Fn. 710) (2005) 11 Buff Hum Rts L Rev 65: ‘A denial of a human right by the state is always an act of oppression, because the state’s absolute power is abused.’

dung finden.⁷⁴¹ Die bloße Existenz dieser Diskussion zeigt, dass ungleiche Machtverteilung zumindest von einiger Bedeutung ist, was die Anwendbarkeit der Menschenrechte betrifft.⁷⁴² Dahingestellt sei, ob es zutrifft zu bemerken, dass „das Ziel horizontaler Anwendbarkeit es ist, ein Gegenwicht zur sozio-ökonomischen Macht privater Akteure in der Hand zu haben, anstelle schlichtweg Regeln zu erdenken für gegenseitige Selbstbeschränkung unter privaten Individuen.“⁷⁴³

(b) Umsetzungsschwierigkeiten als Argument gegen eine schlichte Gleichsetzung

Internationale Menschenrechte umfassen von ihrem sachlichen Schutzbereich her einen gewaltigen Teil des täglichen Lebens. Sie einschränkungslos für Privatpersonen als anwendbar zu erklären, hätte bedeutende Umsetzungsschwierigkeiten zur Folge: „Theoretisch könnte fast jegliche Interaktion zwischen [Privatpersonen] als Menschenrechtsfrage begriffen und somit der Untersuchung durch die jeweiligen internationalen Menschenrechtsorgane zugänglich gemacht werden.“⁷⁴⁴ Obschon es sinnvoll ist, grundsätzlich jegliche staatliche Handlung den Standards des ICCPR und der EMRK zu unterwerfen, schürte eine ausnahmslose Anwendung im täglichen Umgang Privater untereinander zu Recht die Angst vor einem nicht zu rechtfertigenden Übergriff in die (gesellschaftliche) Privatsphäre der Bürger. Die Hüter der Menschenrechte, ermächtigt zur prinzipiell einschränkungslosen Überprüfung jeglicher privaten Handlungen: eine

⁷⁴¹ Vgl. nur UNCHR, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, 55th session, ‘Economic, Social And Cultural Rights; Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights’ (26.8.2003) UN Doc E/CN.4/Sub.2/ 2003/12/Rev.2. Für aktuelle Informationen siehe z. B. <http://www2.ohchr.org/english/issues/globalization/business/index.htm>, (eingesehen am 25.4.2008).

Vgl. hinsichtlich des umstrittenen Verständnisses von „Terroristen“ als einer Gruppe, die internationale Menschenrechtsverpflichtungen zu tragen habe, CLAPHAM, Human Rights Obligations of Non-State Actors (Fn. 711, 2006) 38–41; umfassende Diskussion dann in Kapitel 6, S. 195–270.

⁷⁴² Vgl. insoweit auch RICHTER, Relativierung universeller Menschenrechte durch Religionsfreiheit? in: Religionsfreiheit – Völker- und verfassungsrechtliche Perspektiven, hrsg. v. Grote und Maruhn (Berlin 2001), 102; Siehe ferner GOODHART, Neither Relative nor Universal: A Response to Donnelly (2008) 30 HRQ 183–193, der einen letztlich nicht tragfähig weiten Ansatz zum Menschenrechtsschutz vertritt (überzeugend dagegegen DONNELLY, Human Rights: Both Universal and Relative (A Reply to Goodhart) (2008) 30 HRQ 201–204). GOODHART will tatsächlich Menschenrechte immer dann Anwendung finden lassen, wenn dies im Sinne des angeblich guten Zieles erforderlich sei (vgl. etwa S. 192), vertritt also eine denkbar großzügige Anwendbarkeit der Menschenrechte. Interessanterweise heißt es dazu dann erläuternd bei ihm: ‘The range of these threats is historically much broader than those posed by bureaucratic states and capitalist markets: it also includes threats posed by husbands, parents, officials, landowners, and religious and social authorities – in a word, by *power* (cf. Michael IGNATIEFF, The Attack on Human Rights, 80 For. Aff. (2001))’, S. 190, Hervorhebung schon im Original. Deutlicher lässt sich die Bedeutung des Machtgefüges als entscheidendes Kriterium nicht ausdrücken.

⁷⁴³ ‘The goal of horizontal application is to check the accumulated socio-economic power of private actors, rather than to simply create rules of mutual self-restraint between private individuals’, so HESSBRUEGGE (Fn. 710) (2005) 11 Buff Hum Rts L Rev 65.

Ein anderes Argument, das auf ungleichmäßiger Machtverteilung basiert, ist, dass ‘any state interference for the benefit of [one individual] curbs the [other individual’s] freedom to act’, HESSBRUEGGE *ibid.* 66.

⁷⁴⁴ ‘Theoretically, almost any interaction between non-state actors could be framed as a human rights issue and subjected to the scrutiny of international human rights bodies.’ So HESSBRUEGGE (Fn. 710) (2005) 11 Buff Hum Rts L Rev 66.

Schreckensvision. Jemanden aufgrund dessen Ansichten zur Religion nicht zum Abendessen einzuladen ist kein Sachverhalt, der juristischer Überprüfung bedarf.⁷⁴⁵

Eine solche Argumentation gegen eine einschränkungslose Anwendbarkeit für Private wird jedoch von einigen mit Vehemenz zurückgewiesen. Insbesondere CLAPHAM weist ein solches als „trivialization argument“ bezeichnetes Vorgehen in der Neuauflage seines Werkes zu Menschenrechtsverpflichtungen nicht-staatlicher Akteure mit deutlichen Worten zurück.⁷⁴⁶ Hierbei reflektiert er zunächst eine Ansicht, derzufolge der Staat der erste Adressat der Menschenrechte sei und deshalb diese prinzipiell nur auf diesen hin anzuwenden seien. Dieser Auffassung zufolge seien Spionage durch eine politisch agierende Polizei sowie das Schlagen von Häftlingen Anwendungsfälle der Menschenrechte. Deren Anwendung jedoch hinsichtlich Müttern, die die Liebesbriefe ihrer Kinder läsen und hinsichtlich einer „Frau, die von ihrem Ehemann zusammengeschlagen wird“ würden zu einer „Verharmlosung des formidablen Konzepts zum Schutz gegen missbräuchliches Staatshandeln“ führen.⁷⁴⁷ CLAPHAMS⁷⁴⁸ „Gegenargument greift die grundlegende Prämisse der Trivialisierung an, nämlich dass politische Gefangene legitimes Objekt der Sorge seien, Gewalt gegen Frauen im häuslichen Bereich jedoch nicht.“⁷⁴⁹

CLAPHAMS Ansicht ist zurückzuweisen. Seine Gegenargumentation ist einzig abgestellt auf die Wahl seines Disputanten – „eines ernst zu nehmenden Briefes [...] in der Maltese Sunday Times“ von 1989.⁷⁵⁰ Nun man kann von ganzem Herzen seiner Einschätzung zustimmen, dass es keineswegs trivial ist, wenn eine Frau von ihrem Ehemann zusammengeschlagen wird. Damit endet jedoch die Überzeugungskraft seines Ansatzes. Zunächst darf bemerkt werden, dass er das Liebesbrief-Beispiel nicht weiter erwähnt. Hinsichtlich des anderen Beispiels, der häuslichen Gewalt, bedarf es keineswegs der Zurückweisung des von ihm sog. „trivialization argument“, um zum zutreffenden Ergebnis zu gelangen, nämlich der Anwendbarkeit der Menschenrechte. Der eigentliche Grund für die Inakzeptanz dieser Gewaltform auch vor diesem Forum ist deren Vergleichbarkeit mit „herkömmlichen“ Formen von Menschenrechtsverletzungen durch staatliche Organe. Gewalt gegen Frauen in der Privatsphäre hat Merkmale, die sie deutlich unterscheiden von sonstiger Aggression, von der jedermann überall betroffen sein könnte, wie etwa einem

⁷⁴⁵ Vgl. HESSBRUEGGE (Fn. 710) (2005) 11 Buff Hum Rts L Rev 75.

⁷⁴⁶ CLAPHAM, Human Rights Obligations of Non-State Actors (Fn. 711, 2006) 33–35.

⁷⁴⁷ A ‘wife who is beaten up by her husband’ – ‘a trivialization of the formidable concept of protection against abusive State action’, so jeweils wörtlich den Leserbrief zitierend CLAPHAM, Human Rights Obligations of Non-State Actors (Fn. 711, 2006) 34.

⁷⁴⁸ Darüber hinaus argumentiert er zunächst mit einer Bezugnahme auf historische Umstände, ähnelnd der Ansicht NOWAKS. Siehe dazu S. 161, Fn. 739.

⁷⁴⁹ His ‘counter-argument tackles the very premise of trivialization, i.e. that political prisoners are a legitimate subject of concern and violence against women in the home is not.’ So CLAPHAM, Human Rights Obligations of Non-State Actors (Fn. 711, 2006) 35.

⁷⁵⁰ ‘A serious letter [...] in the Maltese Sunday Times’ from 1989, so CLAPHAM, Human Rights Obligations of Non-State Actors (Fn. 711, 2006) 33.

Überfall durch Gangster. Es ist die offensichtliche Schwierigkeit, der Gewalt im eigenen Hause zu entweichen, die gerade diese Gewaltform kennzeichnet. Diese spezifische Verletzbarkeit ist es, die sie vergleichbar macht etwa mit einem Häftling, der auf Gedeih und Verderb seinen staatlichen Wächtern ausgesetzt sein mag.

Hinsichtlich des erstgenannten Beispiels jedoch lässt sich das Schweigen CLAPHAMS wohl schlicht dadurch erklären, dass eine überzeugende Antwort nicht zu finden wäre: Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass das Öffnen von Liebesbriefen durch eine Mutter kein Gegenstand des internationalen Menschenrechtsschutzes sein darf: Somit ist also das „trivialization argument“ gegen NOWAKS Ansatz sehr wohl noch immer von Bedeutung.

(c) Rechtstheoretische Überlegungen als Argument gegen eine schlichte Gleichsetzung

Die verstörende Vision eines omnipotenten – zwangsläufig: staatlichen! – Vermittlers zwischen Privatpersonen, wie dies soeben anklang in der Diskussion um praktische Umsetzungsschwierigkeiten, führt zu einer weiteren, substantielleren Fragestellung: Ist es nicht notwendig, staatliches Handeln strikter auf fundamentale Weise zu rechtfertigen? Die vage Berufung auf den angeblich schädlichen Einfluss des Liberalismus' auf den Menschenrechtsdiskurs⁷⁵¹ reicht nicht als Begründung, dieser Frage auszuweichen. Zwar mag im Mittelalter und der beginnenden Neuzeit die Gesellschaft noch nicht einem einheitlich die Macht auf sich vereinenden Staat gegenüber stehen. Doch die Bündelung der zuvor zerstreuten Herrschaftsbefugnisse auf eine Instanz – den Monarchen, den Staat – führte zur klaren Unterscheidung zwischen Staat und Individuum bzw. Gesellschaft.⁷⁵² Indem alle Gewalt dem Staat – nicht aber mehr Ständen oder sonst wie Privilegierten – überantwortet wurde, wurde der Anlass geschaffen, eben diese Gewalt auch zu begrenzen. Menschenrechte erscheinen von daher als (eine mögliche) logische Konsequenz, indem die nun gebündelt dem Staat überantwortete Gewalt zugleich neu erarbeiteten Grenzen unterworfen wird.⁷⁵³ Menschenrechte können von ihrem Ursprungsgedanken daher nicht begriffen werden, wenn diese spezifische Begrenzungsfunktion zulasten des Staates geleugnet wird.⁷⁵⁴

Es ist nun nicht Anliegen dieser Arbeit die rechtstheoretischen Erklärungen zu hinterfragen, die erarbeitet wurden, um die Universalität und Anwendbarkeit der Menschenrechte zu

⁷⁵¹ Siehe NOWAKS Bezugnahme auf liberale Ideen oben S. 157, Fn. 719.

⁷⁵² So BÖCKENFÖRDE, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart (1972), in: Recht, Staat, Freiheit, 2. A. 2006, 211–216. Dass es sich nicht um eine strikte Trennung handelte, versteht sich schon allein mit Blick auf (teil-)demokratische Beteiligungsformen von selbst.

⁷⁵³ Vgl. auch KRIELE, Grundprobleme der Rechtsphilosophie, Münster, 2. A. 2004, 183–184.

⁷⁵⁴ Vgl. BÖCKENFÖRDE, Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: Recht, Staat, Freiheit (Fn. 752, 2006), 215–216. Um weitere Fragestellungen, weswegen es etwa auch *heute* wichtig sein mag, den Unterschied zwischen Staat und Gesellschaft zu erkennen (etwa, um nicht allein „Freiheit *im* demokratischen Prozess“, sondern auch „Freiheit *gegenüber* dem demokratischen Prozess“ zu erlangen, S. 226), braucht es an dieser Stelle nicht zu gehen.

begründen.⁷⁵⁵ Hervorzuheben aber gilt es, dass jegliche staatliche Beeinträchtigung von Privatpersonen als prinzipiell rechtfertigungsbedürftig betrachtet wird.⁷⁵⁶ In dieser kategorischen Anforderung liegt ein essentieller Unterschied zu nicht-staatlichen Akteuren. Da aber eine allgemein befürwortete rechtstheoretische Begründung dafür fehlt, ebenso das Handeln des Einzelnen einer Rechtfertigungspflicht zu unterziehen,⁷⁵⁷ kommt der daraus folgenden Privatautonomie eminente Bedeutung zu, unabhängig von den Einzelheiten ihrer rechtstheoretischen Begründung. Insbesondere die Debatte um die sog. hate speech⁷⁵⁸ beleuchtet einen zentralen Faktor der Menschenrechtstheorie, der als Ausgangspunkt ganz überwiegende Anerkennung findet: Privatpersonen sind zu *unverantwortlichem* Handeln berechtigt, und zwar hier auch im wörtlichen Sinne verstanden. Ihre Ansichten sind schutzwürdig, ganz gleich wie „bizarr, unangemessen oder irrational [ein Staat] [...] eine Überzeugung einschätzen mag“.⁷⁵⁹ Dementsprechend hätten auch auf menschenrechtliche Basis gestützte Eingriffe gegen Privatpersonen allein darauf abzielen, extremes Verhalten zu verhindern, nicht aber generelle „Vernünftigkeit“ oder ethische

⁷⁵⁵ Dabei geht es u. a. um den rechtstheoretischen Nachweis, weshalb die Anwendbarkeit der Menschenrechte – ungeachtet ihrer etwaigen Akzeptanz durch potentielle Täter – *gerechtfertigt* werden kann. Vgl. zur universalen Anwendbarkeit als Beispiel KRIELE, Grundprobleme der Rechtsphilosophie (Fn. 753, 2004), 181–198, wonach „das Menschenrechtsproblem zu einem universalen geworden ist, nämlich weil der Staat universal geworden ist“ (S. 186).

Es bedarf hier keines weiteren Eindringens in diese rechtsphilosophische Thematik, etwa inwieweit eine funktionale Betrachtungsweise (universaler Staat = universale Anwendbarkeit) auch auf andere Sachverhalte auswirkungen hat, weil jedenfalls als Ausgangspunkt festzuhalten ist, dass die Menschenrechte auf den Staat hin ausgerichtet sind. Dabei lässt sich das Ergebnis – eine Anwendbarkeit jedenfalls gegenüber dem Staat – auch losgelöst von einzelnen substantiellen Konzepten sowie ungeachtet etwaiger kultureller Hintergründe (Stichwort: Cultural Relativism) begründen. So legt DONNELLY (Fn. 739) (2007) 29 HRQ 281–306 (in einer Art Meta-Ansatz) dar, dass eine *prinzipielle* Universalität der Menschenrechte insbesondere mit Blick auf einen überlappenden Konsens sowie die Akzeptanz des derzeit geltenden Rechtssystems durch die staatlichen Akteure herleiten lässt (siehe auch dens., International Human Rights, Boulder, 3. A. 2007, 37–53). Auch insoweit schließt das Konsensobjekt sowie die Regelungstechnik des geltenden internationalen verbindlichen Menschenrechts die Konzentrierung auf staatliches Handeln als Gegenstand der Menschenrechte mit ein. Hinsichtlich der Maßgeblichkeit eines Konsenses siehe allerdings wiederum KRIELE, *ibid.* 192–198.

⁷⁵⁶ Siehe etwa ZIPPELIUS, Rechtsphilosophie, München, 5. A. 2007, 159–160. Eine etwaige Rechtfertigung sieht er insbesondere in der Regulierung der einander bedrängenden Freiheiten der Einzelnen, was aber nichts daran ändere, dass „sich die Stellung des Bürgers zum Bürger wesentlich von der Stellung des Bürgers zum Staat“ unterscheide.

⁷⁵⁷ Vgl. auch BÖCKENFÖRDE, Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: Recht, Staat, Freiheit (Fn. 752, 2006), 227–233, dabei umgekehrt die Frage nach der Förderung nicht-staatlicher, aber öffentlich bedeutsamer Handlungen aufwerfend.

⁷⁵⁸ Vgl. z. B. KAHN, Cross-Burning, Holocaust Denial, and the Development of Hate Speech Law in the United States and Germany (2006) 83 U Detroit Mercy L Rev 163–194.

Dass es keinen nachvollziehbaren Grund gibt, andere Schutzstandards zwischen Meinungsfreiheit und Religionsfreiheit walten zu lassen, wird instruktiv vorgetragen durch das abweichende Sondervotum von Richterin TULKENS, *Leyla Şahin v. Turkey* (GK, 10.11.2005, Nr. 44774/98) (2007) 44 EHRR 5, 142 (§ 9).

⁷⁵⁹ No matter how ‘bizarre, inappropriate, or irrational [a State] may consider a [...] belief’, siehe mit Blick auf die Religionsfreiheit so C. EVANS, Freedom of Religion Under the European Convention (Fn. 491, 2001) 32; vgl. auch MARTIN/ SCHNABLY/ WILSON/ SIMON/ TUSHNET, International Human Rights and Humanitarian Law, Cambridge 2006, S. 748.

Das Recht, ‘irrational considerations’ hinsichtlich Religion anzuhängen, ist akzeptiert auch etwa von NOWAK, ICCPR (Fn. 494, 2005) Art. 18, Rn. 22 (S. 419).

Verbesserungen herbeizuführen.⁷⁶⁰ Um beim Beispiel der Meinungsfreiheit zu verbleiben: Die Freiheit der Bürger gilt es aufrecht zu erhalten, doch mag dies mit einer Situation verglichen werden, bei der ein Staat seine eigenen Medienanstalten unterhält. Hinsichtlich Letzterer können die Bürger ohne Zweifel einen höheren Schutzstandard erwarten, als dass hierbei einzig das Extrem verhindert wird. Ebenso gilt dies im Bereich der Gewissens- und Religionsfreiheit. Selbstredend müssen Privatpersonen „tolerieren und akzeptieren, dass von anderen ihre religiösen Überzeugungen verneint werden und darüber hinaus sogar die Verbreitung von solchen Lehren, die der eigenen feindlich gegenüber stehen.“⁷⁶¹ Ebenso offensichtlich ist dies dem Staat verwehrt. Daraus ist eine Schlussfolgerung zu ziehen:⁷⁶² Diese Debatten sind nicht erklärbar, will man nicht akzeptieren, dass ein bedeutungsvoller Unterschied zwischen Staat und Privatpersonen gegeben ist. Letztere dürfen niemals als Mittel zum Zweck degradiert werden.⁷⁶³ Den Privaten ist eine Autonomie zugesprochen, die in der Idee der Menschenrechte selbst begründet ist – und dies ganz unabhängig davon, ob irgendwelche liberalen Verführungskünste einflussreich gewesen sein sollen oder nicht. Diese Autonomie fußt in der unveräußerlichen Würde der Person⁷⁶⁴, einer Würde, die dem Staat nicht zuerkannt wird. Will man daher Privatpersonen und -vereinigungen den menschenrechtlichen Standards unterwerfen, so bedarf es dafür einer Rechtfertigung, die über die unbegrenzte Anwendbarkeit hinausgeht, wie sie nur für staatliche Organe (zu Recht)⁷⁶⁵ angenommen werden kann.

cc) Zusammenfassung

Das Konzept NOWAKS verdeutlicht die Gefahren, vorschnell „horizontal effects“ von Religionsfreiheit und anderen Menschenrechten zu behaupten: Obschon es generell nicht zu bestreiten ist, dass „horizontal effects“ als solche existieren⁷⁶⁶, ist es von besonderer Bedeutung, eine klare

⁷⁶⁰ Dies gilt zumindest insoweit, als „Eingriffe“ hier eng verstanden werden, d. h. ohne auch positive Maßnahmen wie Bildungsmaßnahmen etc. zu umfassen.

⁷⁶¹ They ‘must tolerate and accept the denial by others of their religious beliefs and even the propagation by others of doctrines hostile to their faith’, so EGMR, *Otto-Preminger Institute v Austria* (20.9.1994, Nr. 13470/87) (1995) 19 EHRR 56 (§ 47).

⁷⁶² Und zwar in vergleichbarer Weise, wie dies schon hinsichtlich des oben genannten Vergleichs zwischen der Machtakkumulation von Privaten im Verhältnis zum Staat getan wurde (siehe oben den Text ab S. 161).

⁷⁶³ Vgl. (mit Blick auf das Strafrecht) KANT, *Metaphysik der Sitten*, Leipzig, 3. A. 1919 – Erstpublikation 1797) 158–159.

⁷⁶⁴ Verwiesen sei hier insoweit nur auf die Präambel der Universal Declaration sowie des ICCPR. Die Frage, wie überdies ein solches Bekenntnis zur Menschenwürde vor dem Hintergrund säkularen Verständnisses zu rechtfertigen ist, wird provozierend gestellt von PERRY, *Toward a Theory of Human Rights*, Cambridge 2007, passim, vgl. z. B. 28–29; siehe auch ISENSEE, ZRG Kan. Abt. 73 (1987), 333–334.

⁷⁶⁵ Es muss allerdings darauf hingewiesen werden, dass von einigen fälschlich vorgetragen wird, es gäbe Situationen, bei denen der Staat nicht an Menschenrechtsstandards gebunden sei, etwa, wenn er – vergleichbar einer Privatperson – Büromaterial einkaufe (sog. Bleistiftkauf). Einer Diskussion solcher Ausnahmesituationen bedarf es im Rahmen dieser Arbeit jedoch nicht.

⁷⁶⁶ Gemäß Art. 31 WVK kann dies festgehalten werden, unabhängig davon, dass argumentiert werden könnte, während des Entstehungsprozesses des ICCPR und der EMRK sei nicht intendiert worden, „horizontal effects“ einzuführen, vgl. mit Blick auf den ICCPR HESSBRUEGGE (Fn. 710) (2005) 11 Buff Hum Rts L Rev 70,

Terminologie zu verwenden. Darüber hinaus ist zu erkennen, dass trotz unterschiedlicher Wortwahl im Ergebnis einige Mechanismen anerkannt sind, die eine strikte Anwendbarkeit der Menschenrechte mit Blick auf Privatpersonen verhindern. Ob und zu welchem Maße eingegriffen werden muss, bleibt auch für Fürsprecher einschränkungsloser „horizontal effects“ wie NOWAK schwer einschätzbar. Doch sprechen ganz grundsätzlich schwerwiegende Gründe dafür, ohnehin zwischen Staat und Privatpersonen kategorisch zu unterscheiden.⁷⁶⁷ Daher bleibt festzuhalten, dass NOWAKS Darstellung zum schwierigen Thema der „horizontal effects“ insoweit schwerlich zu überzeugen vermag.

b) Lösungsansätze in der Rechtsprechung

Um mehr Klarheit zu gewinnen zum Verständnis der „horizontal effects“, ist es nun notwendig, die Antworten der zur Überwachung von ICCPR und EMRK zuständigen juristischen Organe zu analysieren.

aa) Human Rights Committee

(1) General Comment Nr. 31

Das Human Rights Committee entwickelte seine Auffassung zum Konzept der „horizontal effects“ zuvorderst in seinem General Comment Nr. 31.⁷⁶⁸ - Annex 6 Das Committee stellt eingangs fest, „horizontal effects“ von internationalen Menschenrechten existierten, allerdings nicht generell („as a matter of international law“).⁷⁶⁹ Sie sollen vielmehr begrenzt sein auf solche Handlungen, „die den Genuss der vom [ICCPR] gewährten Rechte insoweit beeinträchtigen, dass sie offen sind für eine Anwendbarkeit zwischen privaten Personen oder Zusammenschlü-

Fn. 214, und hinsichtlich der EMRK Abweichendes Sondervotum von Richter GARLICKI, *Pla v Andorra* (13.6.2004, Nr. 69498/01) (2006) 42 EHRH 25, S. 546 (§ O-II5).

⁷⁶⁷ Ein weiteres erläuterndes Argument wurde schon oben erwähnt, siehe S. 111, in Fn. 498, obwohl es nicht im eigentlichen Sinne zwingend ist, siehe *ibid.* Das Argument handelt von der Möglichkeit, das „absolute“ Recht des *forum internum* mit dem Recht auf das Manifestieren der Religion abzuwägen. Solch ein Abwägungsprozess ist möglich, da das *forum internum* absolut im wörtlichen Sinne nur hinsichtlich staatlicher Eingriffe geschützt ist, nicht jedoch gegen Beeinträchtigungen durch Private. Daher indiziert die dogmatische Struktur dieses speziellen Menschenrechts – der Gewissensfreiheit –, dass es sinnvoll ist, zwischen Staat und Privatpersonen zu unterscheiden.

⁷⁶⁸ Und zwar in § 8 von UNHCR ‘General Comment 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant’ (26.5.2004) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, allerdings mit einigen Schreibfehlern, verbessert abgedruckt in ‘Note by the Secretariat, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies’ (2006), UN Doc HRI/GEN/1/Rev.8, S. 235. Der komplette Text ist hier wiedergegeben in Annex 6.

⁷⁶⁹ Es könnte allerdings auch argumentiert werden, das Committee habe nur aussagen wollen, dass einzig ‘*direct horizontal effects*’ nicht generell gegeben seien. ‘Direct’ könnte dabei verstanden werden als Verweis auf das Konzept „direkter Drittwirkung“, das die Anwendbarkeit und Justiziabilität von Menschenrechten unter Privaten bezeichnet, die ohne jede zusätzliche Implementierung oder Transformation durch den Staat gelten soll.

sen.“⁷⁷⁰. Es ist frappierend, dass das Committee gleichwohl nicht die Kriterien zu definieren sucht, die darüber entscheiden, ob ein „horizontal effect“ gegeben ist.⁷⁷¹ Dieses Versäumnis, messbare Standards zu benennen,⁷⁷² ist bemerkenswert. Das Committee führt auch aus, es gäbe einige Artikel des ICCPR, bei denen der Staat die Aktivitäten von Privatpersonen in den Blick zu nehmen habe, und zeigt damit, dass dies dann wohl folgerichtig nicht auf sämtliche Artikel zutrifft. Ob die in dem Zusammenhang benutzte Formulierung „affecting basic aspects of ordinary life“ von allgemeiner Bedeutung für die Unterscheidbarkeit von Menschenrechten mit „horizontal effects“ sein solle (oder für das Ausmaß solcher Wirkungen),⁷⁷³ bleibt unklar.⁷⁷⁴

Eine Analyse des Entstehungsprozesses des General Comment Nr. 31 führt nicht zu weitergehender Klarheit. Es zeigt sich dabei, dass insbesondere das Konzept der „horizontal effects“ als besonders umstritten angesehen wurde.⁷⁷⁵ Die Mitglieder befürworteten eine Vorgehensweise, die sie selbst als „praktisch“ betrachteten, nicht aber als theoretisch sonderlich ausgeklügelt.⁷⁷⁶ Die Diskussion des wichtigen dritten Satzes von § 8 (Schutz ‘against acts committed by private persons ... insofar as ... amenable’) zeigt auf, dass das Committee ganz bewusst den Eindruck vermeiden wollte, „horizontal effects“ seien generell und ohne Restriktion⁷⁷⁷ anwendbar. Ein Formulierungsvorschlag, der „horizontal effects“ mit Blick auf die „essence“ aller Menschenrechte für anwendbar erklärte, wurde abgelehnt. Schon nach diesem verworfenen Vorschlag wäre also die Anwendbarkeit auf die wirklich essentiellen Fragen begrenzt gewesen. Stattdessen wählte man die jetzige Formulierung, die schlichtweg denjenigen Menschenrechten „horizontal effects“ zuspricht, die hierfür „offen“ seien. Auch wenn man dies dem Wortlaut nicht einfach entnehmen kann, geschah dies gerade mit der Intention, auf diese Weise den Bereich der Anwendbarkeit von „horizontal effects“ zu verkleinern.⁷⁷⁸ Außerdem sah man dabei die Vagheit der Formulierung ausdrücklich als wünschenswertes Vorteil an.⁷⁷⁹

⁷⁷⁰ Ibid.: ‘That would impair the enjoyment of Covenant rights insofar as they are amenable to application between private persons or entities’.

⁷⁷¹ Auch sagt das Committee deutlich, dass *nur unter ganz bestimmten Umständen* ein Staat seine aus dem ICCPR herrührenden Pflichten verletze, wenn er Handlungen eines privaten Aggressors nicht verhindere. Welche Umstände dies seien, wird dann jedoch nicht dargelegt.

⁷⁷² Kritisiert auch von HESSBRUEGGE (Fn. 710) (2005) 11 Buff Hum Rts L Rev 76.

⁷⁷³ Direkt betrifft dieser Ausdruck nur den als Beispiel herangezogenen Art. 26 ICCPR.

⁷⁷⁴ Die Bezugnahme auf Folter und andere besonders schwerwiegende Verletzungen von Menschenrechten scheint dafür zu sprechen, dass eine Verbindung zwischen der Schwere der Verletzung des Rechtsguts und dem gewährten horizontalen Schutz besteht.

⁷⁷⁵ UNHRC, Sir RODLEY UN Doc (2002) CCPR/C/SR.1999, § 42 (S. 4); (2002) CCPR/C/SR.2000, § 10 (S. 3); (2003) CCPR/C/SR.2158 § 78 (S. 10); Mr KLEIN UN Doc (2002) CCPR/C/SR.1999, § 48 (S. 5); Mr RIVAS POSADA CCPR/C/SR.1999 [2002] § 52 (S. 5).

⁷⁷⁶ Siehe ausdrücklich UNHRC, Mr AMOR UN Doc (2002) CCPR/C/SR.2000, § 5 (S. 2).

⁷⁷⁷ Wie dies z. B. von NOWAK postuliert wird.

⁷⁷⁸ Siehe UNHRC, Mr KÄLIN, (2003) CCPR/C/SR.2161, § 9 (S. 3) [alle Beiträge dieser Sitzung sind nur auf französisch erhältlich]:

„Dans cette (...) phrase, il serait également utile, pour insister sur le fait que tous les problèmes susceptibles de se produire entre individus ne relèvent pas nécessairement des droits de l’homme, et encore moins de chacun des droits consacrés par le Pacte, de supprimer les mots entre crochets (*substantiellement* et *de l’essence*) [diese

(2) Communications

Die Entscheidungen⁷⁸⁰ des Human Rights Committees zeigen, dass es generell bereit ist, Fallgestaltungen mit zugrunde liegenden Konflikten zwischen nicht-staatlichen Akteuren zu behandeln. In *Delgado Paéz v Colombia*⁷⁸¹ entschied es, dass der Staat Art. 9 § 1 ICCPR⁷⁸² verletzte, obschon unbekannte Privatpersonen die Todesdrohungen aussprachen, unter denen Mr Delgado zu leiden hatte.⁷⁸³ Das Committee sprach allerdings nicht die theoretischen Voraussetzungen, nämlich die Anwendbarkeit von Art. 9 § 1 ICCPR mit Blick auf Privatpersonen, näher an.⁷⁸⁴

Die Entscheidung in *Nahlik v Austria*⁷⁸⁵ handelte von einer angeblich diskriminierenden Wirkung einer Kollektivvereinbarung zwischen nicht-staatlichen Akteuren auf der Basis des

Worte (in Klammern) waren zuvor Teil des Entwurfs] et d'ajouter, après les mots «des droits énoncés dans le Pacte», «pour autant que ceux-ci s'appliquent aux relations entre personnes privées, physiques ou morales.» [das ist die jetzige Formulierung]“

Siehe auch KÄLIN darin unterstützend UNHRC, GLÈLÈ AHANHANZO, (2003) CCPR/C/SR.2161, § 9 (S. 3); Mr BHAGWATI, (2003) CCPR/C/SR.2161, § 15 (S. 4); und insbesondere Sir RODLEY, der den Gesamtentwurf für General Comment Nr. 31 zunächst entworfen hatte, (2003) CCPR/C/SR.2161, § 18 (S. 4).

Vgl. auch, jedoch nicht ausdrücklich zu KÄLINS Vorschlag beiträgend UNHRC, Mr SCHEININ, (2003) CCPR/C/SR.2161, § 11 (S. 3).

⁷⁷⁹ Sir RODLEY, verantwortlich für den ersten Gesamtentwurf von General Comment Nr. 31, (2003) CCPR/C/SR.2161, § 18 (S. 4): phrase, „qui a le mérite de laisser la porte ouverte à de nombreuses options.“

⁷⁸⁰ Die „Concluding Observations“ umfassen auch Empfehlungen und Bedenken, die mit zugrunde liegenden Konflikten zwischen nicht-staatlichen Akteuren verknüpft sind, doch werden hierbei üblicherweise nicht die theoretischen Voraussetzungen näher entfaltet. Vgl. beispielhaft, hinsichtlich sog. female genital mutilation, UNHRC, ‘Consideration Of Reports; Concluding Observations: Central African Republic’, reprinted at UNGA ‘Report of the Human Rights Committee – Volume I’ UN GAOR 60th Session Supp No 40, UN Doc A/61/40 Vol I (2006), S. 54 (§ 11).

⁷⁸¹ UNHRC, *W. Delgado Paéz v Colombia*, Communication Nr. 195/1985 (12.6.1990), abgedruckt bei UNGA ‘Report of the Human Rights Committee – Volume II’ UN GAOR 45th Session Supp No 40, UN Doc A/45/40 Vol II (1990), S. 43–49.

⁷⁸² Recht auf Freiheit und Sicherheit.

⁷⁸³ Ein Fall basierend auf einem ähnlichen Sachverhalt wurde zwei Jahre zuvor vom Inter-American Court of Human Rights entschieden, nämlich in *Velasquez Rodríguez*, Urteil vom 29.6.1988 (1989) 28 ILM 294–330. Das Verschwinden von Manfredo Velasquez führte zu einem Verstoß gegen das Recht auf persönliche Freiheit, auf menschenwürdige Behandlung und auf Leben, obschon es offen blieb (vgl. *ibid.* § 182 (S. 327)), ob nicht-staatliche Akteure hier direkt verantwortlich für das Verschwinden waren. In diesem Urteil wird eine detaillierte Analyse staatlicher Verantwortlichkeit für Derartiges entwickelt. Abschließend sagt das Gericht: ‘An illegal act which violates human rights and which is initially not directly imputable to a State (for example, because it is the act of a private person [...]) can lead to international responsibility of the State, not because of the act itself, but because of the lack of due diligence to prevent the violation or to respond to it as required by the Convention.’

⁷⁸⁴ *Ibid.* § 5.6 (S. 48). Das Committee sagt einzig: ‘There appears to have been an objective need for Mr Delgado to be provided by the State with protective measures to guarantee his security, given the threats made against him, including the attack on his person, and the murder of a close colleague.’

⁷⁸⁵ UNHRC, *Franz Nahlik v Austria*, Communication Nr. 608/1995 (22.6.1996), abgedruckt bei UNGA ‘Report of the Human Rights Committee – Volume II’ UN GAOR 51st Session Supp No 40, UN Doc A/51/40 Vol II (1997), S. 259–262.

Vgl. auch UNHRC, *Althammer v Austria*, Communication Nr. 803/1998 (21.3.2002, 74th session), abgedruckt bei UNGA ‘Report of the Human Rights Committee – Volume II’ UN GAOR 57st Session Supp No 40, UN Doc A/57/40 Vol II (2002), § 3.7 (S. 314) § 4.1 (S. 315). Die Parteien trugen die gleiche Streitfrage vor, doch gab es dabei aus anderen Gründen keine Entscheidung in der Sache selbst.

Privatrechts. Dabei⁷⁸⁶ sah sich das Committee einem explizit geführten Streit darüber ausgesetzt, ob der Staat verantwortlich sein könne für das Handeln von Privatpersonen.⁷⁸⁷ Es verwarf das österreichische Argument, dass Art. 26 ICCPR nicht anwendbar sein könne aufgrund des behaupteten nicht-staatlichen Charakters der fraglichen Handlung: „Das Committee stellt fest, dass nach Maßgabe der Art. 2 und 36 des ICCPR der Vertragsstaat verpflichtet ist zu gewährleisten, dass alle Individuen auf seinem Territorium [...] frei sind von Diskriminierung, und konsequenterweise sind die Gerichte der Vertragsstaaten verpflichtet, die Individuen gegen Diskriminierung zu schützen.“⁷⁸⁸ Wieder fehlt es jedoch an einer näheren Erklärung, sowohl dazu, ob diese scheinbar allgemeine Anwendbarkeit auf Art. 26 ICCPR begrenzt ist, als auch dazu, was für Voraussetzungen für solch eine allgemeine Anwendbarkeit gegeben sein müssten. Mehr noch, das Committee führt ferner aus, dass Diskriminierung im Sinne des Art. 26 ICCPR verboten sei, „sei es, dass sie in der öffentlichen Sphäre oder aber zwischen Privatparteien in einem quasi-öffentlichen Sektor stattfindet, z. B. bei der Arbeit.“⁷⁸⁹ Durch die Begrenzung der Argumentation auf einen Vergleich zwischen der öffentlichen Sphäre und quasi-öffentlichen Sektoren zeigt sich, dass die Entscheidung des Committee nicht leichthin verallgemeinert werden kann. Zumindest kann abschließend festgehalten werden, dass das Committee ganz und gar nicht einer unbegrenzten Anwendbarkeit der Menschenrechte für sämtliches Handeln von nicht-staatlichen Akteuren das Wort redet.

bb) Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

In einem Fall aus 1981⁷⁹⁰ hatte der EGMR⁷⁹¹ über einen Sachverhalt zu entscheiden, der eine angebliche Verletzung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit betraf, herrührend von einer Vereinbarung zwischen Eisenbahngewerkschaften und British Rail.

⁷⁸⁶ In *W. Delgado Paéz* äußerte sich Kolumbien im Verfahren mit keinem Wort zur behaupteten Verletzung des Art. 9 § 1 ICCPR, siehe UNHRC, *W. Delgado Paéz v Colombia*, Communication Nr. 195/1985 (12.6.1990), abgedruckt bei UNGA ‘Report of the Human Rights Committee – Volume II’ UN GAOR 45th Session Supp No 40, UN Doc A/45/40 Vol II (1990), § 4.7 (S. 47).

⁷⁸⁷ UNHRC, *Franz Nahlik v Austria*, Communication Nr. 608/1995, (22.6.1996), abgedruckt bei UNGA ‘Report of the Human Rights Committee – Volume II’ UN GAOR 51st Session Supp No 40, UN Doc A/51/40 Vol II (1997): hinsichtlich Österreich, siehe § 4 (S. 260) und § 6.3 (S. 261). Mr Nahliks Antwort hingegen (§ 5.1–5.3, S. 260) bezieht sich in erster Linie mehr auf die österreichische Gesetzgebung selbst als darauf, dass bestimmte Handlungen Privater generell zu verhindern seien.

⁷⁸⁸ ‘The Committee observes that under articles 2 and 26 of the Covenant, the State party is under an obligation to ensure that all individuals within its territory [...] are free from discrimination, and consequently the courts of States parties are under an obligation to protect individuals against discrimination’. So UNHRC, *Franz Nahlik v Austria*, Communication Nr. 608/1995, (22.6.1996), abgedruckt bei UNGA ‘Report of the Human Rights Committee – Volume II’ UN GAOR 51st Session Supp No 40, UN Doc A/51/40 Vol II (1997), § 8.2 (S. 262).

⁷⁸⁹ Ibid.: ‘Whether it occurs within the public sphere or among private parties in the quasi-public sector of, for example, employment.’

⁷⁹⁰ *Young, James and Webster v UK* [‘Closed Shop Case’] (26.6.1981, Nr. 7601/76) (1982) 4 EHRR 38.

⁷⁹¹ Hinsichtlich der EKMR siehe *Choudhury v UK* (Zlk.-Entsch., 5.3.1990, Nr. 17439/90) [HUDOC]. Diese Entscheidung betraf die Beschwerde, dass das Schreiben und Publizieren von S. Rushdies Buch „Satanische Verse“ in Art. 9 EMRK eingreife und deshalb der Staat Maßnahmen zugunsten des Beschwerdeführers zu er-

Dieser Fall wird gemeinhin als erstes Beispiel staatlicher Verantwortlichkeit für nicht-staatliches Handeln in der Rechtsprechung des EGMR herangezogen.⁷⁹² Das Gericht, das die Frage offen ließ, ob British Rail ohnehin unter direkter Staatskontrolle stehe, begründete die staatliche Verantwortlichkeit auf anderem Weg. Es führt aus, dass das britische Recht die in Rede stehenden Vereinbarungen legalisiere. Angesichts dieser Einflussnahme des Staates sei er verantwortlich zu machen.⁷⁹³ Ohne also den zugrunde liegenden Konflikt zwischen nicht-staatlichen Akteuren näher zu benennen,⁷⁹⁴ befürwortete der EGMR so eine erweiternde Anwendbarkeit der Menschenrechte. Im weiteren Verlauf der Rechtsprechung erkannte man nunmehr explizit aus unterschiedlichsten Menschenrechten resultierende Verpflichtungen des Staates an, auf Beeinträchtigungen von Privatpersonen zu reagieren. Dies im Grundsatz anerkennend, hieß es jedoch einschränkend gleichwohl, dass „das wesentliche Ziel vieler Vorschriften der Konvention es ist, das Individuum gegen willkürliche Beeinträchtigungen durch die öffentlichen Behörden zu schützen.“⁷⁹⁵

Im Einzelnen hält der EGMR fest, dass dem Recht auf Leben (Art. 2 EMRK) eine positive Verpflichtung inhärent ist, die Bürger vor Bedrohungen durch Privatpersonen zu schützen.⁷⁹⁶

greifen habe. Dabei berief sich die EKMR einzig auf die Tatsache, dass der Beschwerdeführer „nicht behaupte, und dies ist auch einwandfrei nicht der Fall, dass irgendeine staatliche Behörde, oder irgendein Organ, für das die UK-Regierung gemäß der Konvention verantwortlich sein könnte, direkt eingegriffen hat in das Recht des Beschwerdeführers, seine Religion oder Überzeugung zu manifestieren“ (‘does not claim, and it is clearly not the case, that any State authority, or any body for which the United Kingdom Government may be responsible under the Convention, directly interfered in the applicant’s freedom to manifest his religion or belief’). Die Kommission trägt ohne ein weiteres Argument danach vor, dass Art. 9 EMRK nicht „ein Recht garantiere, irgendein besonderes Verfahren gegen solche anzustrengen, die die Empfindlichkeiten eines Individuums beleidigten“ (‘guarantee a right to bring any specific form of proceedings against those who [...] offend the sensitivities of an individual’).

Diese Entscheidung zieht noch nicht einmal die Möglichkeit positiver Schutzpflichten in Erwägung und kann daher – beim Stand der Dogmatik des Jahres 1990 – mit Blick auf die Begründung nicht anders als Fehlentscheidung gewertet werden (siehe auch CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (Fn. 711, 2006) 402; hinsichtlich der Bevorzugung der (christlichen) Mehrheitsreligion siehe kritisch HARRIS/O’BOYLE/WARBRICK, *Law of the ECHR* (Fn. 618, 1995) 364, in und bei Fn. 8.

⁷⁹² Siehe Abweichendes Sondervotum von Richter GARLICKI, *Pla v Andorra* (13.6.2004, Nr. 69498/01) (2006) 42 EHRR 25, S. 546 (§ O-II5, Fn. 31); siehe auch MERON, *The Humanization of International Law*, Leiden 2006, 467–468.

⁷⁹³ *Young, James and Webster v UK* [‘Closed Shop Case’] (26.6.1981, Nr. 7601/76) (1982) 4 EHRR 52 (§ 49).

⁷⁹⁴ Später, bei einer Bestätigung von *Young, James and Webster v UK*, bezieht sich das Gericht in *Fuentes Bobo v Spain* (29.2.2000, Nr. 39293/98) (2001) 31 EHRR 1124–1125 (§ 38) dann ausdrücklich auf eine ‘positive obligation to protect the right to freedom of expression even against threats from private persons’.

⁷⁹⁵ ‘The essential object of many provisions of the Convention is to protect the individual against arbitrary interference by public authorities’. Dann heißt es, die oben erwähnten ‘positive obligations [may be] inherent in an effective respect of the rights concerned’ – ‘in addition’, siehe *Özgür Gündem v Turkey* (16.3.2000, Nr. 23144/93) (2001) 31 EHRR 49, S. 1099 (§ 42).

Zur Hervorhebung des Schutzes vor staatlichen Eingriffen als Primärziel vgl. u. a. – hinsichtlich Art. 8 EMRK z. B. – *Johnston v Ireland* (18.12.1986, Nr. 9697/82) (1987) 9 EHRR 220 (§ 55); *Camp and Bourimi v Netherlands* (3.10.2000, Nr. 28369/95) (2002) 34 EHRR 59, S. 1458 (§ 28); ‘reaffirm[ing]’ *Pla v Andorra* (13.6.2004, Nr. 69498/01) (2006) 42 EHRR 25, S. 535 (§ 43).

⁷⁹⁶ *Osman v UK* (28.10.1998, Nr. 23452/94) (2000) 29 EHRR 305–306 (§§ 115–116).

Vgl. ausdrücklicher hinsichtlich einer positiven Verpflichtung, eine ordnungsgemäße und umfassende Untersuchung einer gesetzwidrigen Tötung durchzuführen, trotz ‘the absence of any direct State responsibility’ (§ 1) für den Tod *Menson v UK* (Zlk.-Entsch., 6.5.2003, Nr. 47916/99) [HUDOC]. Siehe auch *McCann u. a. v UK*

Hinsichtlich des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK), führte das Gericht in *X and Y v The Netherlands*⁷⁹⁷ aus, dass,

obschon es im Wesentlichen das Ziel des Art. 8 ist, den Einzelnen gegen willkürliche Beschränkungen durch öffentliche Behörden zu schützen, [...] einem effektiven Respekt für das Privat- und Familienleben positive Verpflichtungen inhärent sind [...], die die Einführung von Maßnahmen beinhalten könnten, den Respekt vor dem Privatleben auch in der Sphäre der Beziehungen von Individuen untereinander abzusichern.⁷⁹⁸

Darüber hinaus⁷⁹⁹ wurde dieser Ansatz bestätigt mit Blick auf die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 11 EMRK)⁸⁰⁰ und hinsichtlich der Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK).⁸⁰¹ Hinsichtlich Letzterer akzeptierte der EGMR das Argument, dass eine „quasi-öffentliche“ Position eines nicht-staatlichen Akteurs zu einer Verpflichtung zulasten des Staates führen könne, zu-

(GK, 27.9.1995, Nr. 18984/91) (1996) 21 EHRR 163 (§ 161), hinsichtlich des Handelns von staatlichen Agenten, wobei das Gericht jedoch gerade davon absieht, die Notwendigkeit einer Untersuchung nur auf offizielle Staatsbedienstete zu begrenzen.

Der EGMR bezieht sich auch auf *Assenov u. a. v Bulgaria* (28.10.1998, Nr. 24760/94) (1999) 28 EHRR 652 (§ 102, S. 701) als ein Beispiel hinsichtlich Art. 3 (siehe *Özgür Gündem v Turkey* (16.3.2000, Nr. 23144/93) (2001) 31 EHRR 49, S. 1100 (§ 42)). Insoweit steht der zugrunde liegende Sachverhalt jedoch nicht in Beziehung zu nicht-staatlichen Akteuren.

⁷⁹⁷ *X and Y v The Netherlands* (26.3.1985, Nr. 8978/80) (1986) 8 EHRR 235.

⁷⁹⁸ ‘Although the object of Art. 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities [...] positive obligations inherent in an effective respect for private or family life [...] may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves.’ So *X and Y v The Netherlands* (26.3.1985, Nr. 8978/80) (1986) 8 EHRR 239–240 (§ 23).

Vgl. auch zu Art. 8 hinsichtlich eines Konflikts zwischen Eltern über das Sorgerecht und die Rückkehr eines Kindes zu einem Elternteil *Ignaccolo-Zenide v Romania* (25.1.2000, Nr. 31679/96) (2001) 31 EHRR 7, S. 237, § 94:

The ‘Court recalls that while Art. 8 tends in the main to protect the individual against arbitrary interference from public authority it also creates positive obligations inherent in the “effective” respect for family life. In either case, due consideration must be given to the fair balance between the competing interests of the individual and of society as a whole; similarly, in both cases, the State enjoys a certain margin of appreciation.’ Siehe auch S. 238, §§ 95–96 and S. 241, § 108, S. 42, § 113.

Siehe ferner *Keegan v Ireland* (26.5.1994, Nr. 16969/90) (1994) 18 EHRR 361, § 49: ‘The Court recalls that the essential object of Art. 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities. There may in addition be positive obligations [...]. The applicable principles are, none the less, similar. In both contexts regard must be had to the fair balance [...] between the competing interests of the individual and of the community as a whole’.

Gaskin v UK (7.6.1989, Nr. 10454/83) (1990) 12 EHRR 47 (§ 42), 50 (§ 49) verpflichtet darüber hinaus den Staat, Informationen über andere Privatpersonen unter bestimmten Umständen zu sichern.

Die Rechtsprechung hinsichtlich einiger umweltrechtlicher Fragen ist überdies ein Anwendungsfall, bei dem der Staat verpflichtet sein könnte, zugunsten von Privatpersonen gegen nicht-staatliche Akteure vorzugehen, vgl. für eine aktuelle Entscheidung m. w. N. *Fadeyeva v Russia* (30.11.2005, Nr. 55723/00) (2007) 45 EHRR 10, S. 318 (§ 105): Es gibt das Ziel einer ‘fair balance between the competing interests of different private actors in this sphere’.

⁷⁹⁹ Siehe auch hinsichtlich Art. 1 des Protokolls Nr. 1 (Eigentumsrecht) *Anokhin v Russia* (Zik.-Entsch., 31.5.2007, Nr. 25867/02) [HUDOC].

⁸⁰⁰ Hinsichtlich des Schutzes gegen gewalttätige Gegendemonstrationen siehe *Plattform ‘Ärzte für das Leben’ v Austria* (21.6.1988, Nr. 10126/82) (1991) 13 EHRR 210 (§ 32), mit dem ausdrücklichen Zurückweisen der Österreichischen Behauptung, dass ‘Art. 11 did not apply to relations between individuals’ (S. 209–210, § 29).

⁸⁰¹ *Appleby v UK* (6.5.2003, Nr. 44306/98) (2003) 37 EHRR 38 über Umweltaktivisten, die davon abgehalten wurden, ihre Flugblätter in einem in Privateigentum stehenden Shopping Center zu verteilen, siehe S. 793, § 39: ‘positive measures of protection, even in the sphere of relations between individuals’.

Siehe auch *Özgür Gündem v Turkey* (16.3.2000, Nr. 23144/93) (2001) 31 EHRR 49 S. 1099–1100 (§§ 42–43).

gunsten anderer Privatpersonen einzuschreiten.⁸⁰² Ferner sei der Staat, immer wenn der „Wesensgehalt eines Rechts zerstört worden ist“, verpflichtet gegen Privatpersonen einzuschreiten.⁸⁰³

Die bislang ausführlichste Stellungnahme zu den in Rede stehenden Fragestellungen lässt sich in einem Sondervotum finden, in dem es u. a. heißt, dass es „offensichtlich zu sein scheint, dass das Schutzniveau hinsichtlich privater Handlungen nicht dasjenige hinsichtlich staatlicher Handlungen erreichen kann“.⁸⁰⁴ Anzumerken ist, dass dabei vom Mehrheitsvotum nicht aufgrund einer Meinungsverschiedenheit über die Rechtsgrundlagen abgewichen wurde,⁸⁰⁵ sodass mit diesem Bestandteil des Sondervotums nur die Rechtsprechung des EGMR dargestellt werden sollte.⁸⁰⁶

c) Eckpunkte zur Anwendbarkeit der Menschenrechte gegen nicht-staatliche Akteure

Es zeigt sich, dass weder durch die Analyse der relevanten Judikatur noch den Blick auf alternative Konzepte ausreichend geklärt werden kann, in welchen Fällen Menschenrechte konkret gegen nicht-staatliche Akteure anzuwenden sind. Diese fehlende Präzision wird von der Rechtsprechung keineswegs geleugnet. Es ist nicht nur das Human Rights Committee, das

⁸⁰² *Appleby v UK* (6.5.2003, Nr. 44306/98) (2003) 37 EHRR 38, S. 795 (§ 47), hinsichtlich des Sachverhalts siehe Fn. 801. Hinsichtlich des Konflikts zwischen dem Eigentumsrecht und der Meinungsfreiheit überwiege Letztere nur in Extremfällen (‘The corporate town, where the entire municipality was controlled by a private body, might be an example.’)

⁸⁰³ *Appleby v UK* (6.5.2003, Nr. 44306/98) (2003) 37 EHRR 38, S. 795 (§ 47); m. w. N. vgl. CLAPHAM, Human Rights Obligations of Non-State Actors (Fn. 711, 2006) 420, Fn. 247.

⁸⁰⁴ ‘It seems [...] obvious that the level of protection against a private action cannot be the same as the level of protection against State action.’ So das abweichende Sondervotum von Richter GARLICKI, *Pla v Andorra* (13.6.2004, Nr. 69498/01) (2006) 42 EHRR 25, S. 546 (§ O-II6). Er fährt wie folgt fort: ‘The very fact that, under the Convention, the State may be prohibited from taking certain action [...] does not mean that private persons are similarly precluded from taking such action. In other words, what is prohibited for the State need not necessarily also be prohibited for individuals. Of course, in many areas such prohibition may appear necessary and well-founded. However, it should not be forgotten that every prohibition of private action (or any refusal to judicially enforce such action), while protecting the rights of some persons, unavoidably restricts the rights of other persons. This is particularly visible in regard to “purely” private law relations, such as inheritance.’

Siehe auch S. 546 (§ O-II 5): ‘It seems clear that the authors of the Convention did not intend this instrument to possess a “third-party effect” [...]. However, under our case law it is obvious that there may be certain positive obligations of the state to adopt measures designed to secure respect for Convention rights, even in the sphere of the relations of individuals between themselves. [...] Such “indirect third-party effect” has been addressed by the Court in many different areas’.

Hinsichtlich der Frage, ob über derartige Auswirkungen unter Privatpersonen während des Entstehungsprozesses der EMRK nachgedacht wurde, vgl. auch Art. 13, der in einer Weise gelesen werden kann, dass solche Auswirkungen vorausgesetzt sind. Dagegen siehe allerdings KAUFMANN, Überzeugungsfreiheit im Völkerrecht (Fn. 523, 1989) 39.

⁸⁰⁵ Grund für die Abweichung war stattdessen die – behauptete – unpräzise Anwendung einiger Rechtsgrundsätze durch die Mehrheit. Dieser Vortrag wirkt überzeugend, vgl. auch das teilweise abweichende Sondervotum von Richter BRATZA, *Pla v Andorra* (13.6.2004, Nr. 69498/01) (2006) 42 EHRR 25, S. 541–545 (*passim*) und hierauf aufbauend das abweichende Sondervotum von Richter GARLICKI, *Pla v Andorra* (13.6.2004, Nr. 69498/01) (2006) 42 EHRR 25, S. 545 (§ O-II3).

⁸⁰⁶ Das ist das ausdrückliche Verständnis von Richter GARLICKI, *Pla v Andorra* (13.6.2004, Nr. 69498/01) (2006) 42 EHRR 25, S. 546 (§ O-II5).

ausdrücklich die „Tür offen halten [will] für vielfältige Optionen“⁸⁰⁷, während es seine Auslegungsversuche entwickelte. Auch der EGMR, obschon er in seiner Judikatur mit einer Vielzahl bedeutsamer Fälle aus diesem Bereich befasst ist, bleibt zurückhaltend, wenn es darum geht, die dogmatischen Grundlagen seiner Rechtsprechung zu präzisieren: „Das Gericht sieht es nicht als wünschenswert an, geschweige denn als notwendig, eine generelle Theorie zu entwickeln, zu welchem Ausmaß die Garantien der Konvention ausgeweitet werden sollten auf die Beziehungen zwischen Privaten unter sich.“⁸⁰⁸

Um zumindest einige Richtlinien für die Anwendbarkeit der Menschenrechte auf nicht-staatliche Akteure zu extrahieren, können gleichwohl wichtige Eckpunkte festgemacht werden. Im Rückgriff auf die Kritik von NOWAKS Konzept und die Kernpunkte der Rechtsprechung⁸⁰⁹ sind folgende Voraussetzungen festzuhalten:

(1) Es gibt einen kategorischen Unterschied zwischen Privatpersonen und dem Staat. Während jede Handlung des Staates ausnahmslos den Standards des Menschenrechtssystems unterworfen ist⁸¹⁰, bedarf die Anwendung der Menschenrechte für nicht-staatliche Akteure einer zusätzlichen Rechtfertigung. Dies wird belegt durch die Feststellung des EGMR, dass das vorrangige Ziel der Menschenrechte es sei, den Staat diesen Anforderungen zu unterwerfen (*argumentum e contrario*).⁸¹¹ Die Möglichkeiten, gegen Private vorzugehen, sind begrenzt durch

⁸⁰⁷ ‘Laisser la porte ouverte à de nombreuses options’ [original], siehe zum Zitat oben S. 169, Fn. 779.

⁸⁰⁸ ‘The Court does not consider it desirable, let alone necessary, to elaborate a general theory concerning the extent to which the Convention guarantees should be extended to relations between private individuals *inter se*.’ So *Vgt Verein gegen Tierfabriken v Switzerland* (28.6.2001, Nr. 24699/94) (2002) 34 EHRR 4, S. 171 (§ 46).

⁸⁰⁹ Es liegt außerhalb des Rahmens dieser Arbeit, sich detaillierter mit weiteren abweichenden Vorstellungen innerhalb der Lehre auseinander zu setzen. Allerdings ist an dieser Stelle nochmals CLAPHAMS umfassendes Werk zu Menschenrechten und nicht-staatlichen Akteuren (2. A.) zu erwähnen. Es handelt in erster Linie von einem ‘paradigm shift in our understanding of the power and utility of human rights’ (CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (Fn. 711, 2006) 56), der die hier zu behandelnden Fragestellungen übersteigt. Er argumentiert zugunsten einer direkten Anwendbarkeit von Menschenrechten für nicht-staatliche Akteure (insbesondere ‘international organizations, transnational corporations, and armed opposition groups’, *ibid*, S. 25). Aufgrund seines „komplementären“ Ansatzes (der auch ausdrücklich das traditionelle Verständnis von Menschenrechten anerkennt) ist er gewillt, von ‘human rights in action under *other* experimental conditions’ Gebrauch zu machen (*ibid*, S. 57, Hervorhebung nicht im Original). Daher konzediert er, dass in einem System wie der EMRK, die einzig Staaten als Beschwerdegegner vor dem Gericht akzeptiert, gezwungen sei, to ‘find human rights as mainly opposable against the government’ (*ibid*, S. 57). Da diese Arbeit sich darauf beschränkt, die gegebenen Menschenrechtsverträge zu untersuchen, den ICCPR und die EMRK, hilft sein komplementärer Ansatz nicht substantiell weiter hinsichtlich der hier offen gebliebenen Fragen. Darüber hinaus ist – wie bei NOWAK – sein Ausgangspunkt die generelle Idee, dass ‘human rights are entitlements enjoyed by everyone to be respected by everyone’ (*ibid*, S. 58). Dies jedoch ist eine Auffassung, die in ihrer generellen Weite die zu beantwortende Kernfrage zu verschleiern Vorschub leistet, wie nämlich zwischen menschenrechtsrelevanten und nicht-relevanten Handlungen von Privatpersonen zu unterscheiden ist.

⁸¹⁰ Siehe den Text oben beginnend ab S. 161, Fn. 740. Diese – selbstverständliche – Sichtweise wird aufgenommen etwa von der Rechtsprechung des EGMR, vgl. *Vgt Verein gegen Tierfabriken v Switzerland* (28.6.2001, Nr. 24699/94) (2002) 34 EHRR 4, S. 171 (§ 47): Weil es dem Gericht gelingt, die fraglichen Handlungen dem Staat anstelle von Privatpersonen zuzuordnen, kommt es allein deshalb zum Schluss, dass die Menschenrechte diskussionslos anzuwenden sind.

⁸¹¹ Siehe den Text bei (und in) S. 171, Fn. 795.

deren allgemeinen Schutz ihrer Privatautonomie, oder je nach Sachverhalt, gar durch den spezifischen Schutz der Menschenrechte für (behauptete) Verletzungshandlungen⁸¹² von Privaten.

(2) Die Rechtfertigung zum Einschreiten könnte erlangt werden, indem auf eine besondere Anhäufung von Macht in den Händen von nicht-staatlichen Akteuren hingewiesen wird,⁸¹³ oder, indem die quasi-öffentliche Funktion privater Handlungen herausgestellt wird.⁸¹⁴ Ferner ist die Schwere der Beeinträchtigung fremder Menschenrechte durch Privatpersonen von Relevanz.⁸¹⁵

(3) Die Mehrzahl der Fälle (zumindest aber diejenigen, die hier hinsichtlich des forum internums diskutiert werden) sind nicht eng⁸¹⁶ mit der Frage verknüpft, ob der jeweilige nicht-staatliche Akteur seinerseits *direkt* durch die Menschenrechte gebunden wird.⁸¹⁷ Die hier relevanten Fälle sind bestimmt durch eine andere Rechtsbeziehung. Diese ist zu sehen zwischen dem privaten Opfer⁸¹⁸ und dem um Hilfe angegangenen Staat⁸¹⁹, und ist rechtlich jeweils geprägt durch Schutzanspruch und etwaig korrespondierende Schutzverpflichtung.

(a) Daraus folgt zunächst die Notwendigkeit, die jeweils verwendete Terminologie hinreichend zu erklären.⁸²⁰ Zwischen „diagonalen“ und „horizontalen Verpflichtungen“ zu unterscheiden, verschaffte mehr Klarheit, hat sich aber bislang nicht durchgesetzt und würde daher wohl nur weitere Verwirrung stiften. Von „horizontal effects“ zu sprechen, ist ein Ausdruck, dem man anlasten könnte, er fokussiere zu sehr auf die – nicht entscheidungserhebliche – Beziehung der Privatpersonen untereinander. Deshalb ist es sicherlich sehr gut vertretbar, dass der

⁸¹² Siehe den Text in und bei Fn. 802 (S. 173), und ebenso, hinsichtlich der Notwendigkeit einer „fairen Balance“ S. 172 in Fn. 798.

⁸¹³ Z. B. eine Religion, die eine ‘preferential position in the state’ genießt (vgl. KRISHNASWAMI, ‘Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices’ (1960) UN Doc E/CN.4/Sub.2/200/Rev.1, S. 24), oder die alleinig die Verantwortung trägt für das Bildungswesen in einer bestimmten Region, vgl. oben S. 127 bei und in Fn. 578.

⁸¹⁴ Siehe den Text oben beginnend auf S. 161, und, hinsichtlich der Rechtsprechung, siehe zum UNHRC, *Nahlik v Austria* den Text auf S. 170 und hinsichtlich des EGMR den Text auf S. 173, Fn. 802.

⁸¹⁵ Siehe S. 168, Fn. 774 sowie – mit Hinblick auf den Schutz des „Wesensgehaltes“ – S. 173, Fn. 803. Vgl. ferner aus dem Schrifttum beispielsweise RICHTER, Relativierung universeller Menschenrechte durch Religionsfreiheit? in: Religionsfreiheit (Fn. 742, 2001), 205.

⁸¹⁶ Auch CLAPHAM, Human Rights Obligations of Non-State Actors (Fn. 711, 2006) 352 erkennt an, dass ‘the actual obligations of these private actors’ nur „implizit“ umfasst seien.

⁸¹⁷ Für eine Ablehnung einer unmittelbaren Wirkung der EMRK gegenüber Privatpersonen siehe etwa EHLERS, Allgemeine Lehren/ EMRK, in: Europäische Grundrechte (Fn. 617, 2005), § 2, Rn. 33 (S. 43) m. w. N. Ebenso wenig steht die Frage im Vordergrund, ob dann, wenn dem so wäre, Rechtsfolgen für den nicht-staatlichen Akteur selbst aus seinem Eingriff resultierten (wie dies z. B. mit Blick auf das internationale Strafrecht der Fall wäre (vgl. nur CLAPHAM, Human Rights Obligations of Non-State Actors (Fn. 711, 2006) 29–30), oder wie dies für multinationale Konzerne von Bedeutung sein könnte unter bestimmten Umständen (siehe S. 162, Fn. 741)).

⁸¹⁸ Später wird allerdings nachgewiesen werden, dass diese herkömmliche Sichtweise zu eng ist, da sie nicht gleichwertig auch die Sichtweise des angeblichen Aggressors mit einbezieht.

⁸¹⁹ Selbst wenn unter besonderen Umständen eine direkte Anrufung menschenrechtlicher Organe möglich wäre, dann wäre Untersuchungsgegenstand gleichwohl die (nicht von sich aus zum Tragen gekommene) Rechtsbeziehung zwischen hilfswilligem Staat und Opfer.

⁸²⁰ Siehe S. 159, Fn. 733.

EGMR davon Abstand nimmt, diesen Begriff zu verwenden.⁸²¹ Solange jedoch „horizontal“ in Verbindung mit dem vagen Begriff „effects“ verknüpft wird, ist dies keineswegs *a priori* falsch.⁸²² Der Ausdruck „Drittwirkung“⁸²³ wurde – im Kontext des deutschen Grundgesetzes – entwickelt, um zu erklären, ob und in welcher Weise „horizontale“ Verpflichtungen zwischen Privatpersonen auf der Grundlage der Grund- bzw. Menschenrechte existieren. Daher sollte dieser Ausdruck – obschon er wörtlich genommen genauso vage ist wie „horizontal effects“ – in diesem Zusammenhang besser nicht verwendet werden.⁸²⁴

(b) Weiterhin ist ein weiterer Rückschluss daraus zu ziehen, dass die Rechtsbeziehung zwischen Staat und Opfer diejenige ist, die hier im Vordergrund steht. Da der Staat auf Beeinträchtigungen von Dritten zu reagieren hat, für welche er nicht direkt verantwortlich ist, gibt es Grenzen seiner Pflicht, Schritte gegen den nicht-staatlichen Aggressor einzuleiten. Daher genießt der Staat – verpflichtet zwar, die notwendige Sorgfalt walten zu lassen⁸²⁵ – eine bestimmte Einschätzungsprärogative.⁸²⁶ Wie es der EGMR ausdrückt,

wird der Umfang dieser Verpflichtung unweigerlich schwanken, zieht man die Vielfalt der in den Vertragsstaaten vorzufindenden Situationen in Betracht, sowie die Schwierigkeiten, die mit der Aufrechterhaltung der Ordnung in modernen Gesellschaften verbunden sind, und die Auswahlentscheidungen, die getroffen werden müssen mit Blick auf Prioritäten und Ressourcen. Ebenso wenig darf eine solche Verpflichtung dahingehend interpretiert werden, dass sie den Behörden unmögliche und unangemessene Belastungen auferlegt.⁸²⁷

⁸²¹ Als Oberbegriff ließe sich auch von „mehrpolygonen Grundrechts [bzw. Menschenrechts-]fällen sprechen. Siehe so Renate JAEGER, zzt. Richterin am EGMR, im Interview, FAZ v. 1.3.2008 (Nr. 52), S. 5.

TAHZIB-LIE, *Dissenting Women, Religion or Belief, and the State*, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief* (Fn. 605, 2004) 460–463 erörtert die hier anstehenden Fragen unter dem Stichwort „due diligence“. Hiermit dürfte allerdings eher der Modus bezeichnet mit, mittels welchem eventuell bestehende positive Schutzpflichten des Staates dann auszuführen sind.

⁸²² Siehe S. 159, Fn. 730.

⁸²³ Zum Gebrauch dieses Begriffs vgl. z. B. das Zitat oben S. 173 in Fn. 806. Siehe ferner GARLICKI, *Relations between Private Actors and the ECHR*, in: *The Constitution in Private Relations*, hrsg. v. *Sajó* u. a., Utrecht 2005, 142–143 m. w. N.

⁸²⁴ Überzeugend Nowak S. 158, Fn. 729.

⁸²⁵ To ‘exercise due diligence’, so UNHRC, General Comment Nr. 31, siehe das Zitat auf S. 167 in Fn. 768.

⁸²⁶ Siehe EGMR, *Ignaccolo-Zenide v Romania*, auf S. 172 in Fn. 798.

⁸²⁷ ‘The scope of this obligation will inevitably vary, having regard to the diversity of situations pertaining in Contracting States, the difficulties involved in policing modern societies and the choices which must be made in terms of priorities and resources. Nor must such an obligation be interpreted in such a way as to impose an impossible or disproportionate burden on the authorities.’ So *Özgür Gündem v Turkey* (16.3.2000, Nr. 23144/93) (2001) 31 EHRR 49, S. 1100, § 43; *Appleby v UK* (6.5.2003, Nr. 44306/98) (2003) 37 EHRR 38, S. 794 (§ 40); *Osman v UK* (28.10.1998, Nr. 23452/94) (2000) 29 EHRR 305 (§ 116). Vgl. auch EHLERS, *Allgemeine Lehren/ EMRK*, in: *Europäische Grundrechte* (Fn. 617, 2005), § 2, Rn. 16 (S. 34).

2. Zum Schutzanspruch der Betroffenen, gerichtet auf positives Handeln gegen Private

Bei der Diskussion von „horizontal effects“ scheint insbesondere die Frage im Mittelpunkt zu stehen, ob positive Verpflichtungen für Schutzhandlungen gerichtet gegen nicht-staatliche Akteure bestehen. Dementsprechend wird zunächst analysiert, ob der Staat solche positiven Verpflichtungen hinsichtlich des Schutzes des *forum internum* zu erfüllen hat. Erst danach wird die dem ähnelnde Situation erörtert, bei der der Staat auf eigene Initiative hin gegen Privatpersonen vorgeht.

a) Beispiel (1): Konflikte innerhalb einer Religionsgemeinschaft

Die EKMR hatte über die Beschwerde eines Klerikers der dänischen Staatskirche zu entscheiden. Mit der Beschwerde wurde eine Verletzung der Gewissensfreiheit behauptet, hervorgerufen durch einen innerkirchlichen Entscheidungsprozess.⁸²⁸ Dem Kleriker wurde es durch seine Kirche nicht erlaubt, bestimmte zusätzliche Anforderungen an die Taufspendung zu knüpfen. Der Gesichtspunkt, dass hier die Regierung in welcher Weise auch immer mit der Staatskirche verwoben war,⁸²⁹ wurde erwähnt, bestimmte jedoch nicht die Entscheidung. Die Begründung ist also übertragbar auf unabhängige religiöse Gemeinschaften und daher, generell gesehen, ein Beispiel für die Frage nach „horizontal effects“ von Art. 9 EMRK: Die Kommission sah durch die Beschwerde die Religionsfreiheit nicht betroffen, da der Betroffene seine Kirche verlassen könne und da diese ihrerseits ein Recht habe, Einigkeit durchzusetzen hinsichtlich ihres religiösen Selbstverständnisses.^{830 ~ Annex 7}

Dieses Fallbeispiel kann man leicht abwandeln⁸³¹, um so eine Variante besprechen zu können, die vom Schutz des *forum internum* handelt. Hierzu mag man partiell auf die Ausführungen des ersten Teils dieser Arbeit zurückgreifen, nämlich den (versuchten) Zugriff der katholischen Kirche mittels des kanonischen Rechts auf die Glaubensüberzeugungen ihrer Mitglieder. Ein Beispiel, das es jetzt zu hinterfragen gilt, ist insoweit der Fall, in dem ein Kleriker medienwirksam und andauernd eine Häresie nach Maßgabe des can. 751 § 1 CIC verbreitet. Wie ist dies zu behandeln, wenn nun etwa gem. can. 1364 § 2 CIC im Rahmen eines kanonischen

⁸²⁸ EKMR, *X v Denmark* (Zlk.-Entsch., 8.3.1976, Nr. 7374/76) DR 5, S. 157.

⁸²⁹ Hinsichtlich der jetzigen Beziehung vgl. The Danish Ministry of Ecclesiastical Affairs, ‘Freedom of religion and religious communities in Denmark’ (May 2006) http://www.km.dk/fileadmin/share/Trossamfund/Freedom_of_religion.pdf (eingesehen am 20.2.2008).

⁸³⁰ EKMR, *X v Denmark* (Zlk.-Entsch., 8.3.1976, Nr. 7374/76) DR 5, S. 157–158, abgedruckt unten als Annex Nr. 7.

⁸³¹ Eine weitere denkbare Fallvariante wäre die, dass die Kirche gegenüber dem Mitglied eine Form des sog. „brain-washing“ anwendete, wie dies angeblich bei einigen Religionsgemeinschaften der Fall sein soll. Hierzu finden sich weitere Hinweise später unter dem Aspekt des Proselytismus gegenüber Außenstehenden, siehe den Text beginnend ab S. 187.

Strafprozesses die Entlassung aus dem Klerikerstand angestrebt wird? Aus der Sicht des internationalen Rechts ist es insoweit unerheblich, ob nun der Strafprozess dazu dient, *auch* die Gesinnung des Häretikers zu dessen eigener Besserung zu ändern (vgl. dazu ausführlich die im ersten Teil behandelte Situation, dass eine Strafe gar ausschließlich hierzu dienen soll). Mehr als ausreichend ist, dass – aus welchen innerkirchlichen Gründen auch immer (vgl. hierzu etwa can. 1317 CIC) – zumindest eine allgemeine⁸³² Intention zur Willensänderung vorhanden ist, die sich hier schon aus can. 1358 § 1 CIC ergibt.⁸³³ Sicher ist: Wollte der Staat zu derartigen Mitteln greifen, so wäre dies zweifelsfrei ein Eingriff in die Gewissensfreiheit, der gemäß der menschenrechtlichen Regelung durch nichts zu rechtfertigen wäre. Wie nun ist dies zu behandeln, da die Beeinträchtigung durch eine vom Staat zu trennende Religionsgemeinschaft geschieht?

Um mit der rechtlichen Analyse zu beginnen, kann zunächst darauf hingewiesen werden, dass schon der tatsächlich von der Kommission entschiedene Fall beiläufig ein Beispiel von „horizontal effects“ des Schutzes des *forum internum* beisteuert, indem dort das „Recht, die Kirche zu verlassen“ behandelt wird. Dieses soll nun zunächst beleuchtet werden. In Einklang mit dem Recht auf Religionswechsel⁸³⁴ hat der Staat die Verpflichtung, es religiösen Gemeinschaften zu untersagen, den selbst gewählten Austritt ihrer Mitglieder zu verhindern. Da das vollständige Verhindern eines Austritts aus einer Glaubensgemeinschaft ein derart schwerwiegender Eingriff in das *forum internum* ist, fällt es unter Rückgriff auf die oben genannten Kriterien nicht weiter schwer, hier eine positive Schutzpflicht des Staates herzuleiten.⁸³⁵ Es bedarf dabei nicht allein des Rückgriffs auf die Schwere eines solchen Eingriffs. Hinzu tritt, dass das Autonomie-Argument hier nicht greift, das jedoch eine tragende Begründung dafür ist, zugunsten des potentiellen privaten Menschenrechtsverletzers die Möglichkeiten staatlichen Eingreifens zu beschränken.⁸³⁶ Schließlich ist die Autonomie der religiösen Gemeinschaft und ihrer Mitglieder kaum⁸³⁷ berührt, so lange der Staat es dabei belässt, einzig für die Möglichkeit des Austritts Vorsorge zu tragen. Da also das für horizontale Konflikte so maßgebliche Autonomie-

⁸³² Sprich, eine Intention, die insoweit den Einzelnen zwar nicht als Subjekt der Maßnahme sieht, dessen Willen aber gleichwohl als Mittel zum Zweck, hier der Bewahrung des Glaubensgutes, faktisch beugen will.

⁸³³ Es bedarf hier deshalb keiner weiteren Erörterungen, inwieweit wohl ein Eingriff in das *forum internum* eine Intention voraussetzt, da diese hier zweifelsfrei gegeben ist, auch wenn es auf den Willen zur Besserung des Täters um seiner selbst willen möglicherweise nicht ankommt (dies wäre der Fall, wenn man etwa mit LÜDICKE den Besserungszweck für gänzlich systemwidrig und damit unbeachtlich ansieht). Die Kirche will mit der Beugestrafe eben den Willen beugen. Insoweit ist es darüber hinaus unzulässig, darauf abzustellen, der *wahre* Wille werde womöglich gar nicht gebeugt (man mag denken an jenen berühmten Ausspruch, der (allerdings wohl fälschlich) GALILEI zugeschrieben wird: „Und sie bewegt sich doch“): Vgl. zu solch einer Argumentation das oben beginnend auf S. 145 Gesagte.

⁸³⁴ Siehe S. 120 in und bei Fn. 548 hinsichtlich Art. 18 ICCPR.

⁸³⁵ Beginnend bei S. 174.

⁸³⁶ Vgl. oben den Text auf S. 166 sowie Richtschnur (1), oben S. 174.

⁸³⁷ Mit Blick auf Sinn und Zweck der Gewissensfreiheit wäre eine andere Auslegung, die beispielsweise auf die gesellschaftlichen Turbulenzen aufgrund solcher Austritte hinwiese, nicht akzeptabel. Für solche Ansätze vgl. jedoch den Nachweis oben S. 108, Fn. 492.

Argument hier nicht zugunsten der beschuldigten Privatperson zu berücksichtigen ist, bedarf es keiner weiteren Auseinandersetzung mit weiteren Argumenten zur Begründung einer staatlichen Schutzpflicht (z. B. die Frage, ob die betroffene religiöse Gemeinschaft eine besondere Machtfülle sich zunutze machen weiß).⁸³⁸

Schwierigkeiten ergeben sich allerdings dann, wenn etwas subtilere Sachverhaltsgestaltungen zu behandeln sind. Wenn eine Religionsgemeinschaft ihre Mitglieder am Verlassen zu hindern beabsichtigt und willens ist, dies notfalls mit gewaltsamen Mitteln durchzusetzen, dann ist dies zweifelsfrei als inakzeptabler Zwang zu qualifizieren, gegen den einzuschreiten ist. Ebenso selbstverständlich ist jedoch auch, dass nicht jedwedes Hindernis des Austritts durch eine Religionsgemeinschaft als Zwang verstanden werden kann (der dann eine Schutzpflicht auslöste). Wenn etwa die katholische Kirche die Lehre vom „character indelebilis“ zur gültigen Taufe vertritt,⁸³⁹ hat das schließlich die Konsequenz, dass der Gläubige auch dann, wenn er sich (als Apostat) vollständig vom Glauben lossagt, dieses Präge Merkmal der Taufe nicht verliert und insoweit Glied der Kirche bleibt. So bleibt er schließlich etwa auch im pfarrlichen Taufregister eingetragen.⁸⁴⁰ Diese Lehre mag jemand als Hindernis seines Austritts begreifen, nämlich fremdbestimmt von einer Gruppe vereinnahmt zu werden, zu der er sich gegebenenfalls vielleicht noch nie aus eigenen Stücken als Erwachsener bekannt hat. Gleichwohl ist augenscheinlich keine Beeinträchtigung auszumachen, die nach rechtlichen Kriterien schwerwiegend genug wäre, sie als Eingriff einzuordnen. Glaubt eine Religionsgemeinschaft an eine fortdauernde spirituelle Beziehung zu einem Ausgetretenen, wird dieser damit leben müssen, solange dies sein eigenes Leben nicht in irgendeiner Weise handfester betreffen wird.⁸⁴¹ Die Situation ändert sich allerdings, wenn eine Religionsgemeinschaft über soviel gesellschaftliche Macht verfügt, die es ihr ermöglicht, Austrittswillige auf subtilere Weise zu schädigen als mit nackter Gewalt.⁸⁴² Machen etwa Religionsführer die relevanten Namen publik, im Wissen, so deren guten Namen in der Gesellschaft zu diskreditieren, ist dies dann als Gewalt im Rechtssinne zu qualifizieren? Wenn ja, wie ist hier genau die Grenze zu bestimmen? Was wäre, wenn eine Religionsgemeinschaft keine nennenswerten hierarchischen Strukturen aufwiese und stattdessen dahin tendierte, Streitfragen im Wege öffentlicher Diskussion zu erörtern: Wäre es gerechtfertigt, eine öffentliche

⁸³⁸ Hinsichtlich dessen siehe S. 175.

⁸³⁹ Vgl. can. 849, 845 § 1, 96, 204 § 1 CIC.

⁸⁴⁰ Vgl. can. 535, 877 CIC in Verbindung mit den in der vorangegangenen Fn. genannten Vorschriften.

⁸⁴¹ Hinsichtlich der persönlichen Daten ist dabei zu würdigen, dass zunächst keine privaten Informationen über die kultischen Handlungen (wie etwa eine Eheschließung) hinaus dort enthalten sind. Soweit die Religionsgemeinschaft diese Daten in legaler Weise erlangt hat (dazu gehört selbstredend das Einverständnis der Sorgeberechtigten zur Taufe), so lange kann der Gemeinschaft auch nicht bestritten werden, diese Daten zu behalten.

⁸⁴² GHANEA, Apostasy, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief* (Fn. 492, 2004) 674 macht darauf aufmerksam, dass an die Stelle der Todesstrafe auch “civil death” consequences threatening apostates’ getreten sein können.

Debatte über den Austritt eines Einzelnen zu verbieten, wenn dessen Entscheidung nicht nur ihn selbst betreffe, sondern ihr auch vitale Bedeutung für das Kollektiv⁸⁴³ zukäme?

Wie aber der Fall vor der EKMR illustriert, werden Probleme innerhalb einer Religionsgemeinschaft nicht unbedingt so sehr im Kontext des Austritts, sondern schon während des normalen Umgangs untereinander auftreten. Insoweit nun erscheint die Entscheidung der Kommission als recht hart.⁸⁴⁴ Schließlich wird als einziges Mittel zur Konfliktlösung auf den Austritt des „Abweichlers“ verwiesen. Allerdings gilt zu beachten, dass das Autonomie-Argument, das bei einem endgültigen Auseinandergehen der Streitparteien nicht einschlägig war, nunmehr im normalen Umgang untereinander in vollem Maße nach Beachtung verlangt. Zwar wird dies von der Kommission nicht näher hervorgehoben, doch enthält der folgende Satz der Entscheidung eine wesentliche Erkenntnis: „Eine Kirche ist eine organisierte religiöse Gemeinschaft basierend auf identischen oder zumindest substantiell ähnlichen Ansichten.“⁸⁴⁵ Zu Recht wird hiermit festgehalten, dass eine religiöse Überzeugung oftmals von *gemeinsam* geteilten Anschauungen abhängt. Das impliziert aber die unvermeidliche Kehrseite, dass der Einzelne damit leben muss, dass andere sich vereinigen und ihre Überzeugungen auf bestimmten Grundsätzen aufbauen. Werden gewisse Grundsätze von der Gemeinschaft als so tragend erkannt, dass sie die nicht hintergehbare Substanz der Gemeinschaft bilden, muss das hingenommen werden. Dies zu erkennen, bedeutet gleichzeitig die Lösung zur eingangs entwickelten Fallvariante an der Hand zu haben. Das kanonische Strafrecht ist auch vom Standpunkt des internationalen Menschenrechtsschutzes zu akzeptieren. Dabei muss bedacht werden, dass – trotz der namentlichen Identität – kirchliches Strafrecht nicht etwa mit staatlicherseits nicht zu tolerierenden Strafmitteln arbeitet⁸⁴⁶: Eine Frau, die an sich das Ritual der Priesterweihe hat vornehmen lassen,⁸⁴⁷ deshalb in der Engelsburg zu inhaftieren, bliebe der Kirche natürlich nach den Maßstäben heutiger Menschenrechte verwehrt. Die heutzutage angewandten Sanktionen berühren jedoch keine Interessen, die aus menschenrechtlicher Perspektive so gewichtig sind, als dass sie einer näheren Überprüfung unterzogen werden müssten. Vielmehr ist die Privatautonomie, das Selbstbestimmungsrecht der religiösen Gemeinschaften, die eigene Gemeinschaft zu ordnen, voll zu respektieren.⁸⁴⁸ Dabei zeigt sich ein weiteres Mal, dass ein kategorischer Unterschied zwischen nicht-

⁸⁴³ Hinsichtlich der oft anzutreffenden Verquickung von religiöser Zugehörigkeit und gemeinschaftsbezogener Konsequenzen vgl. nur GHANEA, *ibid.*, 671.

⁸⁴⁴ Vgl. die Kritik von KIMMINICH, *Religionsfreiheit als Menschenrecht* (Fn. 709), 1999, 152, die die Sprachwahl, nicht aber das Ergebnis in den Blick nimmt.

⁸⁴⁵ ‘A church is an organised religious community based on identical or at least substantially similar views’, so EKMR, *X v Denmark* (Zlk.-Entsch., 8.3.1976, Nr. 7374/76) DR 5, S. 157.

⁸⁴⁶ Wie oben ausgeführt, vgl. den Text beginnend auf S. 75.

⁸⁴⁷ Und nicht beabsichtigt, aus der Kirche auszutreten.

⁸⁴⁸ Siehe etwa MINNERATH, *The Right to Autonomy in Religious Affairs*, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief* (Fn. 126, 2004) 309–314; vgl. auch den Überblick über Gefährdungen und den Umgang mit dem

staatlichen Akteuren und dem Staat besteht. Letzterer darf dagegen unter keinerlei Umständen irgendeine Form eines Dogmas verkünden.

Gleichwohl ist die zu gewährleistende Autonomie für religiöse Gemeinschaften nur ein einzelnes, wenn auch äußerst gewichtiges Argument. Da unter gewissen Umständen sehr wohl gewichtige Gegenargumente einschlägig sein könnten, kann es keineswegs a priori angenommen werden, dass niemals eine positive Schutzpflicht des Staates zugunsten des Abweichenden bestehen könne. Daher zieht die Aussage der Kommission, dass „die individuelle Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit in dem Augenblick verbraucht ist, in dem akzeptiert“ wurde, der religiösen Gemeinschaft beizutreten⁸⁴⁹, nicht ausreichend in Betracht, dass das Konzept der „horizontal effects“ auch die internen Beziehungen beeinflussen könnte.⁸⁵⁰ Ebenso ist die Aussage in *Konttinen* gefährlich, das Verlassenkönnen sei „die ultimative Garantie des Rechts auf Religionsfreiheit“⁸⁵¹. Hier wird zu einseitig nur auf das endgültige Auseinanderbrechen fokussiert. Wenn beispielsweise eine Gemeinschaft auf das Antasten ihrer Regelungen und Lehren durch einzelne Mitglieder mit Maßnahmen wie dem sog. „brain-washing“⁸⁵² reagiert, besteht eine positive Schutzpflicht des Staates zur Beobachtung und nötigenfalls zum Eingreifen auch dann, wenn das Mitglied zzt. nicht an Austreten denkt.⁸⁵³ Es ist allerdings äußerst schwierig, die

Selbstbestimmungsrecht religiöser Gemeinschaften auch auf nationalstaatlicher Ebene VAN DER VYVER, *The Relationship of Freedom of Religion or Belief Norms to Other Human Rights*, *ibid.*, 94–103.

Vgl. ferner zur Begründung eines Kollektivrechts in Auseinandersetzung mit Gegenstimmen etwa DURHAM, Jr., *Facilitating Freedom of Religion or Belief Through Religious Association Laws*, *ibid.*, 355–357. Auf diese Frage kommt es hier allerdings nicht entscheidend an, denn andernfalls könnten hier die einzelnen Mitglieder jeweils gesondert ihr Recht geltend machen, nach den gemeinsam gewählten Grundsätzen sich richten zu dürfen.

⁸⁴⁹ ‘The individual freedom of thought, conscience or religion is exercised at the moment they accept’... Allerdings ist darauf zu verweisen, dass die Kommission einen Beschwerdeführer vor Augen hatte, der zumindest ein Gehalt dafür empfangen hat und empfangen will, Kleriker seiner Kirche zu sein.

⁸⁵⁰ Vgl. allerdings den EGMR in *Serif v Greece* (14.12.1999, Nr. 38178/97) (2001) 31 EHRR 20, S. 573 (§ 53): ‘The role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other.’ Abgesehen von der zweifelhaften Berufung auf die Toleranz akzeptiert hier das Gericht, dass unter außergewöhnlichen Umständen eine positive Schutzpflicht bestehen könne, in die internen Beziehungen einer Religionsgemeinschaft einzugreifen.

⁸⁵¹ ‘The ultimate guarantee of [the] right to freedom of religion’, so EKMR, *Konttinen v Finland* (Zlk.-Entsch., 03.12.1996, Nr. 24949/94) [HUDOC], § 1 (am Ende); siehe auch EKMR, *Ahmad v United Kingdom* (Zlk.-Entsch., 1.3.1981, Nr. 8160/78) (1982) 4 EHRR 135 (§ 15). Beide Fälle beziehen sich auf Spannungen am Arbeitsplatz, die durch religiöse Pflichten des Arbeitnehmers entstanden. Mit solchen Bemerkungen legt die Kommission die Betonung sehr strikt auf die Möglichkeit des Verlassenkönnens. Seine Arbeit aufzugeben anstatt eine noch für beide Seiten akzeptable Einigung – notfalls zwangsweise eben unter Berufung auf die Religionsfreiheit – herbeiführen zu dürfen, kann sich zweifelsohne als harte Entscheidung für den Arbeitnehmer herausstellen. Vgl. auch die kritische Anmerkung von QUINN, *Conscientious Objection in Labor Relations*, in: *Freedom of Conscience*, hrsg. v. *Council of Europe*, Straßburg 1993, 117.

Vgl. ferner eine Schutzverpflichtung des Staates befürwortend M. D. EVANS, *Believing in Communities, European Style*, in: *The Challenge of Religious Discrimination at the Dawn of the New Millennium*, hrsg. v. *Ghanea*, Leiden 2003, 146–7.

⁸⁵² Zu diesem schillernden Begriff vgl. zunächst nur UITZ, *Freedom of Religion* (Fn. 641, 2007) 167–168. Hinsichtlich dieses Phänomens siehe näher später S. 188, bei Fn. 893 und Fn. 894.

⁸⁵³ Bzw. im schlimmsten Fall nicht daran denken kann. Weiterhin mag es Menschen geben, die innerhalb der Gemeinschaft gegen derartige Missstände vorgehen wollen und wissen, dass sie ihr Ziel auch nur von innen

Grenze zu ziehen zwischen gerade noch legitimer interner Autonomie und dem Missbrauch der Religionsfreiheit, die zum Eingreifen auffordert. Ebenso, wie nämlich der Einzelne einer Überzeugung anhängen darf, die von außen als bizarr, unangemessen oder irrational⁸⁵⁴ beschrieben werden könnte, so gilt dies ebenso für die religiöse Gemeinschaft.

Abschließend sei noch auf eine letzte Fallgestaltung verwiesen, die die EKMR in *D v France* zu behandeln hatte.⁸⁵⁵ Hier ging es um den Streit eines zivilrechtlich geschiedenen jüdischen Ehepaares, bei dem der Mann seiner Frau die Übergabe des Scheidungsbriefes verwehrte. So behielt er sich die Möglichkeit vor, eben diese seine geschiedene Frau später einmal religiös wiederheiraten zu können.⁸⁵⁶ Diese wiederum erstritt sich vor französischen Gerichten 25.000 Franc Schadensersatz, da ihr nämlich durch dieses Verhalten die religiöse Wiederheirat mit anderen verwehrt wurde.⁸⁵⁷ Die Kommission meinte, der Mann rüge in seiner Beschwerde nicht, die Übergabe des Scheidungsbriefes wäre eine Handlung gegen sein Gewissen, „weil dies eine Handlung ist, durch die eine Scheidung ordnungsgemäß nach jüdischem Gesetz vorgenommen wird“.⁸⁵⁸ Zudem „scheine es“, dass seine religiösen Führer ohnehin eine abweichende Haltung einnehmen. Diese hätten ihn schließlich gebeten, ihnen die Verweigerung der Herausgabe des Briefes zu erläutern.⁸⁵⁹ Daraus schließt dann die Kommission, die Handlung des Mannes sei nicht vom Schutzbereich des Art. 9 EMRK gedeckt.⁸⁶⁰ FROWEIN ist zuzustimmen, soweit er die Begründung für „schwierig“ erachtet.⁸⁶¹ Übertragen auf andere Fälle ließe sich vortragen, ein Katholik, der ein Dogma leugne, handle nicht aufgrund seiner Religionsfreiheit. Schließlich seien die „religiösen Führer“ anderer Meinung. Das überzeugt nicht.⁸⁶² Die Autonomie einer religiösen Gemeinschaft führt dazu, dass ein Dissident nicht leichtfertig durch staatliche Hilfe „seine“ religiöse Gemeinschaft per Zwang verändern kann. An seiner eigenen

heraus erreichen können. Sie hat der Staat gegebenenfalls zu unterstützen, auch wenn es eben nicht um einen Austritt geht.

⁸⁵⁴ Siehe das Zitat oben S. 165 bei Fn. 759.

⁸⁵⁵ EKMR, *D v France* (Zlk.-Entsch., 6.12.1983, Nr. 10180/82) DR 35, S. 201.

⁸⁵⁶ Da der Antragssteller sich zu den sog. Kohanim zählt, denen es verwehrt ist, jemals *religiös* geschiedene Frauen zu heiraten, und sei es auch die eigene.

⁸⁵⁷ Weitere Einzelheiten zum Sachverhalt siehe unten S. 190 in Fn. 896.

⁸⁵⁸ ‘Since it is an act by which divorce is regularly established under Jewish law’, so EKMR *ibid.* S. 202. Dann wird als Manifestation die eben in Fn. 856 genannte Motivation beschrieben, mit seiner Ex-Frau in Zukunft nochmals in einer (dann noch immer) religiös gültigen Ehe zusammenleben zu können.

⁸⁵⁹ Laut Sachverhalt steht nur fest, dass das „Rabbinical Tribunal“ ihn habe befragen wollen, mehr jedoch nicht. Im Übrigen verweist die EKMR darauf, dass das französische zivile Berufungsgericht (sic!) gesagt habe, niemand mit echter religiöser Überzeugung verweigere die Herausgabe des Scheidungsbriefes.

⁸⁶⁰ *Ibid.*: ‘Therefore ... the applicant was not manifesting his religion in observance or practice, within the meaning of Article 9 § 1 of the Convention. It follows that there was ... no interference with the rights ensured by Article 9 of the Convention.’

⁸⁶¹ FROWEIN, Religionsfreiheit und internationaler Menschenrechtsschutz, in: Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht (Fn. 639, 2001), 82–83.

⁸⁶² Es versteht sich von selbst, dass sich die Sachlage grundlegend ändert, sofern die religiöse Eheschließung auch staatlicherseits anerkannt und Folgen nach sich zöge, siehe dazu RICHTER, Relativierung universeller Menschenrechte durch Religionsfreiheit? in: Religionsfreiheit (Fn. 742, 2001), 113, ebd. auch weitere Hinweise zum jüdischen Recht 110–112.

religiösen, durch Art. 9 EMRK geschützten Überzeugung zu zweifeln, besteht indes kein Anlass. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer hier wohl kaum zu bestreiten beabsichtigt, dass eine religiös wirksame Scheidung durch Übergabe des Briefes vorgenommen wird. Hier steht stattdessen in Rede, ob er die Scheidung der *religiösen* Ehe aus religiösen Gründen nicht eingehen will. Um für einen Augenblick in der Argumentationsstruktur der EKMR zu verharren: Ob gerade dies ihm die „religiösen Führer“ ebenso verweigern, lässt sich dem mitgeteilten Sachverhalt noch nicht einmal entnehmen.⁸⁶³

Die eigentliche Frage bleibt daher, ob die Ehefrau sich ihrerseits auf die Religionsfreiheit berufen kann, wie FROWEIN dies bejahen und damit das Ergebnis der Entscheidung aufrechterhalten will. Der staatliche Eingriffe müsse hier „als zum Schutz des religiösen Friedens insgesamt notwendig“ qualifiziert werden: Die Frau wird nach der zivilrechtlichen Scheidung von ihrem Mann in ihrer Religionsausübung so massiv gestört, das der Staat einschreiten kann.“⁸⁶⁴ Eine solche Auffassung ist jedoch ebenso zurückzuweisen wie die der Kommission. Zwar mag man es u. U. als unmoralisch qualifizieren, dass jemand die religiöse Eheverbindung nicht gleichzeitig mit der zivilrechtlichen lösen will.⁸⁶⁵ Zunächst aber ist dies erst einmal die Folge jüdischen Rechts (in der hier maßgeblichen – wohl orthodoxen – Auslegung), die einem Ehepartner ein solches Handeln ermöglicht.⁸⁶⁶ Staatlicherseits kann die Frau sich in Frankreich nach Belieben wiederverheiraten. Warum aber soll die Religionsfreiheit der Frau „massiv gestört“ sein, wenn sie einer Religion angehört, die ihr eine bestimmte Handlung nicht erlaubt? Müsste danach nicht auch, um hier wieder auf das Beispiel der Katholiken zurückzugreifen, der Staat in das kanonische Eherecht eingreifen, wenn er sich mit den Ansprüchen derer konfrontiert sieht, denen eine kirchliche Wiederheirat nicht erlaubt wird? Hier gilt entgegen FROWEIN, dass es Aufgabe des Judentums selbst ist, tragfähige Regeln zum religiösen Eheverständnis zu finden.⁸⁶⁷ Der Staat wäre damit nicht nur hoffnungslos überfordert, er darf es auch nicht, solange nicht ein besonderes, hier nicht ersichtliches⁸⁶⁸ Interesse hinzu tritt.

⁸⁶³ Die Entscheidung des französischen weltlichen Gerichts (siehe Fn. 859) ist diesbezüglich jedenfalls irrelevant.

⁸⁶⁴ FROWEIN, Religionsfreiheit und internationaler Menschenrechtsschutz, in: Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht (Fn. 639, 2001), 83.

⁸⁶⁵ Über die tatsächlichen Hintergründe wird nicht mehr als das oben Genannte gesagt.

⁸⁶⁶ Hier soll nicht die weitergehende Frage behandelt werden, inwieweit der Staat aus „Antidiskriminierungsgründen“ etwa im Kampf gegen eine Benachteiligung von Frauen in innerreligiöse Konflikte eingreifen mag (hier: wenn es nur der Mann ist, der das Recht hat, keinen Entlassungsbrief zu übergeben (unbeschadet dessen, dass die Frau womöglich das Recht hat, ihrerseits einen Entlassungsbrief nicht anzunehmen und so einen scheidungswilligen Mann an Wiederheirat zu hindern; die Ansichtsweisen im Judentum scheinen hier insgesamt durchaus unterschiedlich zu sein)).

⁸⁶⁷ Ausweislich http://en.wikipedia.org/wiki/Jewish_view_of_marriage#Divorce, eingesehen am 3.3.2008, gibt es hier die verschiedensten Ansätze, eine als akzeptabel empfundene Lösung zu schaffen (vgl. z. B. das Stichwort „Lieberman-clause“).

⁸⁶⁸ Vgl. allerdings Rn. 866.

b) **Beispiel (2): Erzwangene Mitwirkung bei Abtreibungen in einem privaten Krankenhaus**

Es könnten auch Konflikte in den Fällen auftreten, in denen jemand den Staat zum Handeln gegen nicht-staatliche Beeinträchtigung des forum internums auffordert, bei denen es sich aber nicht um interne Angelegenheiten einer Religionsgemeinschaft handelt. Solche Situationen könnten gerade deshalb in besonderem Maße für die Begründung einer positiven Schutzpflicht des Staates geeignet sein, da sich der private Gegenspieler nicht notwendigerweise seinerseits auf Menschenrechte beruft. Eine solche potentielle Rechtfertigung für sein Handeln ist dagegen der Regelfall bei internen Konflikten.⁸⁶⁹

Als Beispiel⁸⁷⁰ könnte man an eine Ärztin in einem Privatkrankenhaus denken, die zur Mitwirkung an Abtreibungen⁸⁷¹ gezwungen werden soll, dies jedoch nicht mit ihrem Gewissen vereinbaren kann. Die erste zu beantwortende Frage ist, ob solch ein gewissensbegründeter Widerspruch zur absolut geschützten Sphäre des forum internums zuzurechnen ist. An einer Abtreibung mitzuwirken, bedeutet für die Ärztin, dahin gedrängt zu werden, in irgendeiner Weise ihre innere Überzeugung zu verändern – nach wie vor vermag sie eine Abtreibung in gleichem Maße als ethisch unvertretbar beurteilen. Allerdings ist die Ärztin mit einer Verpflichtung konfrontiert,

⁸⁶⁹ Aus Vereinfachungsgründen wurde eben allerdings eher allgemein nur auf die Selbstbestimmung und Autonomie, nicht aber auf die selbstredend hier auch einschlägige kollektive Religionsfreiheit verwiesen.

⁸⁷⁰ Die praktische Relevanz solcher Beispiele kann durch Verweis insbesondere auf die nationale Rechtslage in den Vereinigten Staaten aufgezeigt werden. Dort herrscht ein reger Streit um ähnliche Fragestellungen, allerdings vor dem Hintergrund eines Religionsfreiheitsverständnisses, das sich deutlich von dem des Art. 18 ICCPR unterscheidet (insbesondere hinsichtlich der Differenzierung zwischen Manifestieren und absolutem Schutz des forum internums). Für einen Überblick hinsichtlich der zugrunde liegenden US-Prinzipien in diesem Zusammenhang (u. a. zum First Amendment) vgl. BOOZANG, *Deciding the Fate of Religious Hospitals in the Emerging Health Care Market* (1995) 31 *Houston L Rev* 1493–1504, kurz auch GROCHTMANN, *Rezension zu Funke, Die Religionsfreiheit im Verfassungsrecht der USA* (2006), *DPM* 14 (2007) (im Erscheinen).

In den USA gibt es explizite Regeln hinsichtlich der Relevanz des Gewissens, u. a. im medizinischen Sektor, siehe Title VII of the Federal Civil Rights Act of 1964 (siehe den Verweis auf 42 U.S.C. § 2000e et seq. (1994) bei HERBE, *The Right to Refuse: A Call for Adequate Protection of a Pharmacist's Right to Refuse Facilitation of Abortion and Emergency Contraception* (2004) 17 *J L & Health* 93). Vgl. weiterhin die Beschreibung sog. 'conscience-laws' in einigen US-Bundesstaaten, die Personen im Gesundheitssektor helfen sollen, sich auf ihr Gewissen zu berufen, wenn sie sich weigern, z. B. Dienstleistungen im Zusammenhang mit Abtreibungen vorzunehmen – insoweit sind Apotheker allerdings zumeist nicht erfasst, siehe HERBE, *ibid.* 97–100 und RAMBAUD, *Prescription Contraceptives and the Pharmacist's Right to Refuse: Examining the Efficacy of Conscience Laws* (2006) 4 *Cardozo Pub L Poly & Ethics J* 201–203; vgl. auch, sich beziehend z. B. auf tödliche Spritzeninjektionen (Todesstrafe), NELSON, *Freedom of Choice for Everyone: The Need for Conscience Clause Legislation for Pharmacists* (2005) 3 *U St. Thomas L J* 156–157, m. w. N. auf die Gegenansicht zu solchen „conscience clauses“ auf S. 160.

Hinsichtlich des Umfangs der UK 'conscience clause' als Teil des „Abortion Act 1967“ siehe mit Nachweisen GRUBB, *Case Comment on R v Salford Health Authority, ex parte Janaway* [1988] 2 *WLR* 442 [1988] *Cambridge L J* 162–165. In Deutschland existiert eine vergleichbare Gesetzgebung nicht.

Wie es jedoch in einer umfassenden Studie zu den hier einschlägigen Streitfragen heißt, gilt, dass die weitaus meisten von denen, die an einer Abtreibung nicht mitwirken können, auch auf freiwilliger Basis dementsprechend eingesetzt werden, siehe DURHAM, Jr./ WOOD/ CONDIE, *Accommodation of Conscientious Objection to Abortion* [1982] *BYUL Rev* 368.

⁸⁷¹ In diesem Zusammenhang muss die logisch vorrangige Frage unbeachtet bleiben, inwieweit das internationale Menschenrechtssystem bzw. nationale Verfassungen generell Abtreibungen verbieten müssten.

eine Handlung durchzuführen,⁸⁷² die im Gegensatz zu ihren Überzeugungen steht. Wie oben ausführlich verdeutlicht, ist es bislang nun noch keineswegs gelungen, eine stringente Trennlinie zwischen Manifestieren und forum internum zu ziehen. Der Wortlaut der relevanten Normen⁸⁷³ klassifiziert „observance“ als eine Form des bloßen Manifestierens, doch gibt es gute Gründe dafür, einige Formen der „observance“ als dem forum internum zugehörig zu qualifizieren.⁸⁷⁴ Allerdings würde darüber hinaus das Kriterium privat/öffentlich hier nicht für eine Einbeziehung in den absolut geschützten Bereich sprechen, da die Arbeit einer Ärztin Teil ihres öffentlichen Lebens ist. Das wohl am meisten für eine Einbeziehung in den Bereich des forum internums sprechende Argument ist es zu erkennen, dass das Manifestieren als Gegenbegriff zum forum internum eine aktiv-kommunikative Komponente voraussetzt.⁸⁷⁵ Mit der bloßen Weigerung, an einer Abtreibung teilzunehmen, liegt der Schwerpunkt aber nicht auf Überzeugungsarbeit oder irgendeiner sonstigen normalen Kommunikationsform mit anderen, sondern auf einem Lebensvollzug im Einklang mit den grundlegenden Forderungen des eigenen Gewissens. Solange die Verweigerung als direkte Konsequenz eines essentiellen Teils der inneren Überzeugungen festgemacht werden kann, könnte argumentiert werden, dies dem absolut geschützten forum internum zuzurechnen.⁸⁷⁶ Wie dem auch sei, endgültige Antworten für die in Frage kommenden Sachverhaltsgestaltungen zu erarbeiten, ist eine kaum lösbare Aufgabe. Nimmt man für den weiteren Verlauf der Diskussion an, dass der absolute Schutz des forum internums einschlägig sei,⁸⁷⁷ sind nunmehr die folgenden Fragen zu beantworten: Zunächst ist zu überprüfen, ob ein Eingriff im Rechtssinn vorliegt, bevor dann zu fragen ist, ob die „horizontal effects“ dazu führen, dass der Staat zu Schutzmaßnahmen zugunsten der Ärztin verpflichtet ist.

⁸⁷² Die Frage nach der Anwendbarkeit der Gewissensfreiheit erscheint ohnehin schwierig genug unter Zugrundelegung eindeutiger Fakten, sodass es hier nicht notwendig erscheint, subtilere Sachverhalte anzusprechen, wie etwa Formen von nur indirekten Beiträgen zu einer Abtreibung.

⁸⁷³ Vgl. sowohl Art. 9 § 1 EMRK als auch Art. 18 § 1 ICCPR.

⁸⁷⁴ Siehe den Text oben beginnend bei S. 148 hinsichtlich ‘worshipping’.

⁸⁷⁵ Siehe oben S. 144 bei Fn. 663.

⁸⁷⁶ Es bleibt jedoch zweifelhaft, ob Unterscheidungskriterien gefunden werden können, die hinreichend nachvollziehbar und unparteiisch angelegt sind. Die prinzipielle Rechtsfolge absoluten Schutzes (siehe einschränkend dazu allerdings sogleich im Text) könnte dazu verleiten, dem forum internum einige Akte zu entziehen, um diese Rechtsfolge zu vermeiden. Wenn beispielsweise ein Zeuge Jehovas auf der gleichen Auslegung beruhend eine Bluttransfusion für sich oder sein Kind verhindern möchte, könnte man versucht sein, dieses Begehren zurückzuweisen. Ob die praktischen Notwendigkeiten tatsächlich so verführerisch wären, dass eine vertretbare gerechte Rechtsanwendung nicht gewährleistet wäre, kann aber schlecht beurteilt werden. Das eben genannte Beispiel kann jedenfalls ohne weitere Verbiegungen einem zuträglichen Ergebnis zugeführt werden. Hinsichtlich des Kindes gälte schließlich, dass das elterliche Sorgerecht vom staatlichen Wächteramt begrenzt wird, insbesondere wenn das leibliche Wohl des Kindes dramatisch gefährdet ist. Hinsichtlich des Erwachsenen müsste zunächst einmal sorgsam begründet werden, weshalb überhaupt dessen Entscheidung nicht hingenommen werden müsste.

Vgl. hinsichtlich der hier nicht näher zu begutachtenden Fragen z. B. GONZÁLES DEL VALLE, *The Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion or Belief in Spain* (2005) 19 *Emory Intl L Rev* 1062–1063.

⁸⁷⁷ Darauf hingewiesen sei, dass die kommenden Fragestellungen sich allerdings auch dann in ähnlicher Weise ergäben, wollte man hier nur eine Form des Manifestierens anerkennen. Auch hierfür besteht schließlich menschenrechtlicher Schutz, dem ebenso „horizontal effects“ zukommen könnten.

Ein Eingriff in das forum internum könnte mit der Begründung verneint werden, die Ärztin habe doch die Option, ihren Vertrag zu beenden⁸⁷⁸. Solch ein Argument ist schließlich in der Rechtsprechung der EKMR verankert.⁸⁷⁹ Es kann hier aber an Sachverhaltsvarianten gedacht werden, die die Anwendung einer solch harschen Regel als zweifelhaft erscheinen lassen. Wäre z. B. der Arbeitgeber das einzige Krankenhaus in hinnehmbarer Entfernung vom Wohnort der Ärztin, wo sie mit ihrer Familie ein Eigenheim errichtet hat, und wären zusätzlich genügend andere Bedienstete in ihrem Krankenhaus dazu bereit, an Abtreibungen mitzuwirken,⁸⁸⁰ ist dann der Verweis auf die Kündigungsmöglichkeit zum Schutz ihrer Gewissensfreiheit legitim? Wenn nachweisbar wäre, dass das Krankenhausmanagement bewusst ein anderweitiges Arrangement verhindert, um die Ärztin zu schikanieren, wäre es dann noch überzeugend, einen Eingriff zu verneinen? Es scheint somit Sachverhalte zu geben, bei denen ein Eingriff in das forum internum zu bejahen ist.

Die nächste Frage wäre, ob der absolute und daher sehr herausgehobene Schutz der innersten Überzeugungen es erfordert, dass der Staat in jedem Fall, dessen er gewahr wird, zugunsten des Opfers tätig werden muss. Es ist allerdings die tatsächlich im Einzelfall vorliegende Schwere eines Menschenrechtsmissbrauchs, die mit darüber entscheidet, ob es eine korrespondierende Schutzpflicht des Staates zum Einschreiten gibt.⁸⁸¹ Eine bloß schematische Bejahung einer Schutzpflicht hinsichtlich aller dem forum internum zugeordneten Fälle, aufgrund dessen absoluten Schutzmechanismus', scheint dem nicht angemessen zu sein. Das forum internum umfasst nicht nur Überzeugungen, die *per se*⁸⁸² von solch überragender Bedeutung sind, dass jedweder Eingriff zwangsläufig zu einer solch schweren Verletzung führt, dass darauf mit einer obligatorischen Schutzpflicht geantwortet werden müsste.

Steht man vor der Aufgabe, die oben angeführten Kriterien anzuwenden, um so festzustellen, ob eine positive Schutzpflicht besteht, bekommt man die Folgen fehlender Präzision dieser Maßstäbe zu spüren. Die quasi-öffentliche Funktion des Krankenhauses als des einzigen in Frage kommenden Arbeitgebers in dieser Region spricht für die Annahme einer Schutzpflicht. Dies gilt auch für die Leichtigkeit, mit der im gegebenen Fall hier das Hospital den Konflikt einvernehmlich beilegen könnte: Der Staat müsste hier dem betroffenen Privaten

⁸⁷⁸ Überdies wäre die Rechtslage wohl anders zu werten, wenn der Ärztin schon bei Vertragsschluss bekannt war, dass sie in Zukunft an Abtreibungen würde mitwirken müssen.

⁸⁷⁹ Siehe S. 181, Fn. 851.

⁸⁸⁰ Vgl. hinsichtlich eines 'reasonable accommodation requirement by the employer' im US-Recht RAMBAUD (Fn. 870) (2006) 4 Cardozo Pub L Poly & Ethics J 216–219.

⁸⁸¹ Siehe S. 168, Fn. 774.

⁸⁸² Obschon zu konzedieren ist, dass das forum internum mit Blick auf den Rechtsbegriff „Gewissen“ in solch enger Weise interpretiert werden könnte, dass jedem Eingriff zumindest eine überdurchschnittliche Schwere beizumessen wäre. Eine nähere Ausarbeitung der maßgeblichen Rechtsbegriffe übersteigt allerdings den Rahmen dieser Arbeit, vgl. dazu kurz S. 112, Fn. 503.

keinerlei schwere Beeinträchtigungen zumuten, sondern griffe nur marginal in dessen Autonomie ein. Auf der anderen Seite sprechen in einem solchen Fall gute Gründe dafür, dem Staat einen weiten Einschätzungsspielraum zu geben, ob er es nach eigenem Ermessen für geboten ansieht, hier in den Konflikt unter Privaten einzugreifen. Das hätte zur Folge, dass deshalb gegebenenfalls der Anspruch der Ärztin ins Leere ginge. Schließlich solle das Konzept der „horizontal effects“ dann nicht anwendbar sein, wenn es eine „unverhältnismäßige Belastung“ für den Staat herbeiführe.⁸⁸³ Es kann hier vorgetragen werden, dass die notwendigen Anstrengungen, bei einem solchen Fall die notwendige Sachverhaltsaufklärung durchzuführen, die Kapazitäten der Behörden überstiegen. Es ist dabei schließlich zu bedenken, dass es nur die das Übliche überschreitenden Fakten sind, die hier überhaupt zu einem relevanten Eingriff in das forum internum führen. Angemessen wäre es aus meiner Sicht, zumindest in den Fällen eine positive Schutzpflicht grundsätzlich zu bejahen, in denen die Betroffene ihrerseits in Vorleistung tritt, sprich den Behörden dadurch das Argument der fehlenden Angemessenheit aus der Hand schlägt, dass sie selbst schon einen aufgearbeiteten Sachverhalt mit brauchbaren Beweisangeboten vorlegt.⁸⁸⁴ Es zeigt sich jedenfalls wieder an einem solchen Beispiel, wie äußerst diffizil der Schutz des forum internum vor Zwang und anderen Eingriffen in Situationen zu handhaben ist, bei denen es um Konflikte unter Privatpersonen geht.

c) Beispiel (3): Proselytismus (Variante a)

Mit Blick auf die theoretischen Voraussetzungen von „horizontal effects“ soll nun der Blick noch einmal auf die Frage missionarischer Aktivitäten gelenkt werden. Zunächst ist klarzustellen, dass das internationale Menschenrechtsregime einzig friedfertige Überzeugungsversuche duldet, wohingegen Gewaltanwendung ein Einschreiten zugunsten der Opfer notwendig machte. Geht es allerdings darum, eine positive Schutzpflicht basierend auf dem Schutz des forum internum festzustellen, gerichtet gegen gewaltfreie Missionsarbeit, so ist eine hohe Messlatte zu überspringen.⁸⁸⁵ Die Möglichkeiten des Staates einzugreifen sind von vornherein eingeschränkt.⁸⁸⁶ Hinzu kommt, dass dem Staat eine Einschätzungsprärogative zusteht, ob er etwaig

⁸⁸³ Siehe S. 176, Fn. 827.

⁸⁸⁴ Rechtliche Ausführungen wären zusätzlich nur als Anregung für die selbstverantwortlich zur Rechtsanwendung verpflichtete Behörde notwendig. Insoweit könnte natürlich überlegt werden, ob basierend auf der umfangreichen Diskussion der sog. conscience clauses in den USA (siehe die Nachweise auf S. 182 in Fn. 870) schon hinreichend ausgereifte Rechtslösungen bereitliegen, die einer praktischen Verwertbarkeit den Weg ebnen.

⁸⁸⁵ Eine andere Frage allerdings ist es, ob unter Anwendung des Minderheitenrechts (bzw. dessen Prinzipien zur Auslegung der existierenden rechtlichen Regelungen) nicht die Schwelle deutlich gesenkt werden muss, um Minderheiten effektiv zu schützen. Vgl. allgemein zum Minderheitenrecht RODLEY, *Conceptual Problems in the Protection of Minorities International Legal Developments* (1995) 17 HRQ 48–71; zu Beschränkungen von Missionsarbeit, gestützt auf Minderheitenrechte, vgl. die Ausführungen von VALDERRAMA ADRIANSÉN, *Tolerance and Religious Freedom: The Struggle in Peru* [2007] BYUL Rev 782, 784, 787, 789.

⁸⁸⁶ Siehe S. 175, Fn. 812.

eingzugreifen bereit wäre.⁸⁸⁷ Selbst hinsichtlich der Situationen, in denen Missionare eine finanzielle Machtstellung einsetzen, um in Armut lebende Menschen für sich zu gewinnen, kann kaum eine staatliche Pflicht zum Eingreifen hergeleitet werden.⁸⁸⁸ Es führt nicht weiter, dass starke Gründe dafür sprechen, solch ein Vorgehen als unethisch zu bezeichnen,⁸⁸⁹ abgesehen davon, dass sicher nicht alle Religionen solch ein Vorgehen befürworten würden.⁸⁹⁰ Nicht-staatliche Gemeinschaften sind jedoch schlichtweg nicht an bloß ethische Imperative gebunden.⁸⁹¹ Die Einbeziehung der Grundsätze hinsichtlich „horizontal effects“ bestärkt also nur das oben schon gefundene Ergebnis, dass normale Aktivitäten von Missionaren keineswegs dazu führen, dass der Staat zugunsten der angeblichen Opfer deren Tätigkeit erschweren oder gar unterbinden müsste.

Wenngleich also die schlichte Gleichsetzung von zu verhinderndem Zwang und missionarischer Tätigkeit unzulässig ist, mag gerade die Entwicklung von Religionsgemeinschaften, die man oft als Sekten zu benennen pflegt,⁸⁹² Anlass zu ganz praktischen Fallbeispielen geben, bei denen eine positive Schutzpflicht des Staates ausgelöst werden könnte. Mit dem Schlagwort „brain-washing“ ist eine Situation beschrieben, die einer genaueren Analyse möglicher „horizontal effects“ hinsichtlich Missionsanstrengungen bedarf. Sollte es möglich sein, den Gebrauch von Methoden nachzuweisen, die direkt manipulierend auf die innersten Überzeugungen einer

⁸⁸⁷ Bei dieser Fallvariante hier ist die Perspektive des angeblichen Opfers in den Blick zu nehmen, das um Hilfe sucht. In der Praxis wird es mit Blick auf Missionare allerdings zumeist um Staaten gehen, die von sich aus gegen Missionare vorgehen und sich dabei darauf berufen, die Gewissensfreiheit ihrer Bürger zu schützen. Zu diesem Themenkomplex des Handelns auf eigene Initiative siehe die Ausführungen sogleich.

⁸⁸⁸ Abgesehen von der substantiellen Frage, wie mit solchen Aktivitäten umzugehen ist, wäre es sicherlich oftmals kompliziert, Missionaren eine entsprechende Intention nachzuweisen, ihre materielle Hilfe mit dem Druck auf einen Glaubenswechsel zu verbinden.

Vgl. mit diesem Ergebnis auch KRISHNASWAMI, ‘Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices’ (1960) UN Doc E/CN.4/Sub.2/200/Rev.1, S. 27. Vgl. auch CUMPER, Freedom of Thought, Conscience, and Religion, in: ICCPR and UK Law (Fn. 605, 1995), 370–371.

Siehe für eine Gegenansicht jedoch LERNER, Religion, Secular Beliefs and Human Rights (Fn. 491, 2006) 20 (zitiert oben S. 133 in Fn. 605); 132; 164 (Argument 5); siehe zu dessen Verständnis von coercion auch oben das Zitat S. 133, Fn. 605.

⁸⁸⁹ Auch insoweit allerdings gilt, dass es schwerfallen wird, eine Trennlinie zu ziehen zwischen einer unethischen Verknüpfung von Hilfe und Konversionsdruck auf der einen und humanitären Hilfe verbunden mit schlichtem Glaubenszeugnis auf der anderen Seite. Hinsichtlich dessen vgl. TAYLOR, Freedom of Religion (Fn. 493, 2005) 62–63, der der Auffassung ist, ‘the notion of improper “inducement” is elusive and casts doubt, which is largely unsubstantiated, over missionary and humanitarian work.’

⁸⁹⁰ Vgl. hinsichtlich der katholischen Richtlinie hierzu BENEDIKT XVI., Enzyklika Deus Caritas Est (25.12.2005), hier zitiert nach DBK, Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls Nr. 171, Nr. 31 c (S. 47): „Außerdem darf praktizierte Nächstenliebe nicht Mittel für das sein, was man heute als Proselytismus bezeichnet. Die Liebe ist umsonst; sie wird nicht getan, um damit andere Ziele zu erreichen.“ Vgl. ferner mit Blick auf andere christliche Konfessionen die Nachweise bei HOUTEPEN, From Freedom of Religion Towards a Really Free Religion, in: Freedom of Religion, hrsg. v. Naber, Assen 2000, 47 u. a. mit Blick auf eine Erklärung des World Council of Churches aus 1956.

⁸⁹¹ Vgl. oben S. 165 bei Fn. 759.

⁸⁹² Hinsichtlich des Begriffs „Sekten“ vgl. MAYER, Freedom of Conscience and the New Religious Pluralism: Questions regarding ‘Sects’, in: Freedom of Conscience, hrsg. v. Council of Europe, Straßburg 1993, 57, 62; RICHTER, Relativierung universeller Menschenrechte durch Religionsfreiheit? in: Religionsfreiheit (Fn. 742, 2001), 150–152; hinsichtlich deren Behandlung in Europa vgl. beispielsweise den Überblick bei DEFEIS, Religious Liberty and Protections in Europe (2007) 45 J Catholic Legal Studies 89–91.

Person einwirken sollen, fiele es leicht, eine Pflicht des Staates zur Reaktion zu begründen.⁸⁹³ Dass ein Urteil ungleich schwieriger wird, sobald subtile Mittel eingesetzt werden, braucht an dieser Stelle nicht mehr eigens hervorgehoben zu werden. Insbesondere darf man auch davon ausgehen, dass die Sachverhaltsaufklärung nicht ohne große Schwierigkeiten zu meistern ist.⁸⁹⁴

3. Handlungen des Staates auf eigene Initiative, die darauf gerichtet sind, Verletzungen der Menschenrechte durch Private zu verhindern

Die soeben analysierten Fallgestaltungen nahmen sich den Fragen aus der Sicht des potentiellen Opfers an, d. h. seiner Ansprüche gegen den Staat auf positive Schutzmaßnahmen gegen private Beeinträchtigung seiner Gewissensfreiheit. Eng damit verbunden ist die Situation, dass der Staat eine ebensolche Gefährdungslage zwischen Privaten zu erkennen meint und nunmehr – aus eigenem Antrieb heraus – zugunsten des potentiellen Opfers Partei ergreift. Doch kann es nicht als selbstverständlich angenommen werden, dass der Staat in einem Konflikt zwischen Privaten auf der horizontalen Ebene dabei die richtige Seite unterstützt. Stellt sich der Staat dabei, wie die Praxis solcher angeblicher Schutzgesetze oft erkennen lässt, dann auch noch auf die Seite der

⁸⁹³ Vgl. z. B. Richter PETTITI, *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 426–427.

⁸⁹⁴ Siehe allgemein zum Themenkomplex „Sekten“ und deren Gefährlichkeit vgl. einerseits – von recht großem Gefahrenpotential ausgehend – LERNER, *Religion, Secular Beliefs and Human Rights* (Fn. 491, 2006) 125: ‘Methods of inducement can be dangerous to the mental health of the prospective proselytes, particularly if sects combine religious ideas with disturbing forms of collective or individual behaviour.’ Mit Blick auf die Scientology Church vgl. die Hinweise oben S. 108, Fn. 492.

Siehe andererseits aber auch Richter MARTENS, *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 438 (§ 18): ‘It is evidently difficult to establish where spiritual means of conversion cross the borderline between insistent and intensive teaching, which should be allowed, and spiritual coercion akin to brainwashing. I am not satisfied, however, that the existence of such offensive methods has been established. In 1984 the author of a study on these new sects, made at the request of the Netherlands Parliament, concluded after extensive research that, as far as the Netherlands were concerned, there was no such evidence. The author stressed that everywhere the new sects had provoked violent reactions including persistent allegations about such methods, but that Governments had up till then declined to take measures.’

Siehe auch die ernste Warnung vor Diskriminierung von Minderheiten im Gewande einer Gefahrenabwehr von Sekten MAYER, *Questions regarding ‘Sects’ in: Freedom of Conscience* (Fn. 892, 1993) 62. Ihm zufolge wird die Entwicklung von ‘scientific research which is both independent and fully aware of its social responsibilities’ äußerst wichtig sein.

Hingewiesen sei darauf, dass die Problematik „Sekten“ nicht nur dann im Fokus der Religionsfreiheit steht, wenn es darum geht, eine Schutzpflicht auf positives Eingreifen zu konstruieren oder sonst direkte Eingriffe gegen Religionsgemeinschaften zu legitimieren. Es geht auch darum, inwieweit Grenzen gesetzt werden bei der positiven Förderung von Religionsgemeinschaften. Es steht dabei in Rede, inwieweit sich der Staat verweigern kann, Religionsgemeinschaften Vorteile zu gewähren, z. B. wenn diese möglicherweise in erster Linie wie ein Wirtschaftsunternehmen monetäre Interessen vertreten. Vgl. beispielhaft zur Lage in Ungarn insoweit SCHANDA, *‘Religious Freedom Issues in Hungary, [2002] BYUL Rev 424–428* (siehe auch 410–411, zum Bemühen, objektiv sich um die Erfassung von Minderheitsreligionen zu bemühen, die auch dort mit dem als abwertend empfundenen Begriff „Sekten“ erfasst werden; ferner 429–431 zur Bewertung von der Church of Scientology durch staatliche Stellen); siehe zu allem auch *ders.*, *The Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion or Belief in Hungary* (2005) 19 *Emory Intl L Rev* 892–893, sowie *ders.*, *Staatskirchenrecht in den neuen Mitgliedstaaten der Europäischen Union*, in: *Recht in Kirche und Staat, Joseph Listl zum 75. Geburtstag*, hrsg. v. *Rees*, Berlin 2004, 805.

Mehrheit und zu Lasten der angeblich menschenrechtswidrig agierenden Minderheit,⁸⁹⁵ so sollte dies hinreichend Anlass zu näherem Nachdenken über die angemessene rechtliche Bewältigung derartiger Konflikte geben. Es ist daher nun in den Blick zu nehmen, welche Rechte in solch einem Fall den angeblich gegen die Menschenrechte verstoßenden Privatpersonen zukommen.

a) Berechtigung des Staates zur Eigeninitiative – Übereinstimmung mit der Diskussion um die sog. „Horizontal Effects“?

Zunächst gilt es, die Voraussetzungen herauszuarbeiten, aufgrund derer der Staat auf seine eigene Initiative hin in Konflikte zwischen Privaten einzugreifen vermag. Hierbei greift eine andere Rechtsgrundlage, die in den bisherigen Erörterungen keine Rolle spielte. Die Schrankenregelungen der internationalen Menschenrechte verweisen nämlich auf die Rechte der anderen als einem zulässigen Ziel, um Eingriffe zu rechtfertigen. Hinsichtlich der hier zu erörternden Gewissensfreiheit ermächtigen die Menschenrechtsverträge den Staat, die „rights and freedoms of others“ (Art. 9 § 2 EMRK) bzw. „morals or the fundamental rights and freedoms of others“ (Art. 18 § 3 ICCPR) zu schützen. Basierend auf diesem Teil der Schrankenregelung hatte der EGMR oftmals Fälle zu entscheiden, bei denen Konflikte zwischen nicht-staatlichen Akteuren reguliert wurden: Wenn schließlich ein Staat von seiner Ermächtigung Gebrauch macht, ein bestimmtes Verhalten von Privatpersonen zugunsten der Rechte anderer zu beschränken, dann greift er damit zwangsläufig in die „Sphäre der Beziehungen von Personen untereinander“ ein.⁸⁹⁶

Da nach der Rechtslage hier schon die notwendigen Instrumentarien zur Konfliktlösung positivrechtlich festgelegt sind – die Eingriffsklauseln –, wird der gleichwohl auch hier im Hintergrund erkennbaren Frage nach den „horizontal effects“ keine Aufmerksamkeit geschenkt.⁸⁹⁷ Diese fehlende Beachtung mag auch an Folgendem liegen. Das Konzept der „horizontal effects“

⁸⁹⁵ Vgl. als Beispiel insoweit nur die sri lankische Rechtslage zum Schutz der buddhistischen Mehrheit, siehe oben ab S. 132 (bei Fn. 599).

⁸⁹⁶ ‘Sphere of the relations of individuals between themselves’, so der Ausdruck bei *X and Y v The Netherlands* (26.3.1985, Nr. 8978/80) (1986) 8 EHRR 240 (§ 23).

⁸⁹⁷ Allerdings diskutiert zumindest CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (Fn. 711, 2006), auch solche Fallgestaltungen in seinem Werk zu „horizontal effects“, z. B. S. 403–405.

Vgl. auch die Fallgestaltung bei EKMR, *D v France* (Fn. 855), besprochen oben ab S. 182. Die Kommission hat hier mit nicht tragfähiger Begründung Art. 9 EMRK als nicht einschlägig erachtet. FROWEIN (siehe die Nachweise ebd.) jedoch betrachtete den Fall als einen horizontalen Konflikt, bei dem der Staat zugunsten der Frau eingreifen müsse. Diese Beurteilung der Entscheidung wurde oben schon zurückgewiesen. Ob hinzukommend auch der Anspruch des dortigen Antragsstellers sich nach Maßgabe der nun zu besprechenden Regeln bei solchen horizontalen Konflikten bemessen müsste, ist allerdings fraglich. Ausweislich des Sachverhalts ergibt sich die m. E. ungeheuerlich anmutende Möglichkeit, der französische Staat habe aus eigenem säkularen Recht heraus 25.000 Franc Schadensersatz zahlen lassen, weil der Ehemann sich einer religiösen „Scheidung“ verweigert habe. Träfe dies tatsächlich zu, so wäre ein Paradebeispiel für die hier nun zu erörternden Fälle gegeben. Ausweislich http://en.wikipedia.org/wiki/Jewish_view_of_marriage#Divorce, eingesehen am 3.3.2008, gibt es jedoch religiös motivierte, nach staatlichen Maßstäben gültige Verträge im jüdischen Leben, die eine Schadensersatzpflicht in Fällen beeinhalteln, in denen der Ehemann einen Entlassungsbrief nicht übergibt. *Acta sunt servanda* gilt auch für religiöse Menschen und führt daher nicht zu einer Verletzung der Religionsfreiheit. Mangels näherer Sachverhaltsangaben soll daher diese Fallgestaltung nicht weiter aufgegriffen werden.

wird oft mit dem rechtspolitischen Hintergedanken unterstützt, auf diese Weise eine größere Effektivität der Menschenrechte zu erreichen, um „die Opfer von Herabwürdigungen überall zu schützen“ gegen einen „exklusiven Staat-zentrierten Ansatz“.⁸⁹⁸ Wenn nun aber schon Maßnahmen gegen den angeblichen Aggressor getroffen werden, so fehlt es an diesem legitimierenden Antrieb, die sich schließlich noch immer in der Entwicklung befindenden Ansätze zu horizontalen Konflikten in den Fokus zu rücken. Die „Täterperspektive“ scheint hier dem menschenrechtsgeleiteten Blick eher zu entgehen als die Unterstützung des möglichen Opfers.⁸⁹⁹

Dies zu illustrieren, kann auf einen prominenten Fall des EGMR verwiesen werden, nämlich *Otto-Preminger*, der vom Verbot einer privaten Vorführung eines Films handelte, der auf drastische Weise das christliche Glaubensbild attackiert.⁹⁰⁰ Das Gericht hat das Recht des Beschwerdeführers auf Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) zu beachten, das der Religionsfreiheit der österreichischen Mehrheitsbevölkerung dieser Region gegenüber stand, die (so wurde vorgebracht) sich durch den Film beleidigt fühlte. Die Stoßrichtung war also umkehrt zu den sonstigen Fällen über „horizontal effects“: Der behauptete – private – Rechtsbrecher beschwerte sich über den Eingriff des Staates zugunsten anderer Privatpersonen. Die Mehrheitsmeinung des Gerichts hielt das Verbot des Films jedoch aufrecht⁹⁰¹, das explizit und einzig⁹⁰² mit der Rechtsverteidigung zugunsten anderer Privatpersonen gerechtfertigt wurde. Dabei setzte sich das Gericht nicht auseinander mit seiner sonstigen eigenen Vorgehensweise in den Fällen, die die „Sphäre der Beziehungen von Personen untereinander“ betreffen.⁹⁰³ Stattdessen, „bekräftigt durch den Wortlaut selbst des Art. 10 § 2“ EMRK⁹⁰⁴ bezieht sich das Gericht nur recht generell auf „eine Verpflichtung, soweit wie möglich Meinungsäußerungen zu vermeiden, die grundlos beleidigend für andere sind und daher deren Rechte verletzen“.⁹⁰⁵ Um dies zu begründen, führt die Mehrheit aus, dass

⁸⁹⁸ ‘To protect the victims of indignities everywhere’ – ‘exclusively state-centric approach’, so CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (Fn. 711, 2006) 1.

⁸⁹⁹ Es wird jedenfalls schwierig sein, substantielle Rückschlüsse von der jetzt zu beleuchtenden Judikatur auf positive Schutzverpflichtungen des Staates zu ziehen. Deshalb wurde diese Rechtsprechung außen vor gelassen bei der Darstellung des Konzepts der „horizontal effects“. Siehe allerdings auch CLAPHAM, eben in Fn. 897.

⁹⁰⁰ *Otto-Preminger Institute v Austria* (20.9.1994, Nr. 13470/87) (1995) 19 EHRR 34. Zum Überblick über die Reaktionen auf dieses Urteil vgl. MOWBRAY, *Cases and Materials on the ECHR*, Oxford 2001 (Nachdruck 2004, 427–428).

⁹⁰¹ Weitere Details des Sachverhalts (Einziehung des Films etc.) sind in diesem Kontext hier irrelevant.

⁹⁰² *Otto-Preminger Institute v Austria* (20.9.1994, Nr. 13470/87) (1995) 19 EHRR 59 (§ 55): Nur die ‘rights of others’ werden erwähnt als das Interesse, das in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einzustellen ist.

⁹⁰³ *X and Y v The Netherlands*, siehe Fn. 896 auf S. 190.

⁹⁰⁴ ‘Borne out by the wording itself of Art. 10 § 2’; dort heißt es (Betonung nicht im Original): ‘The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such [...] restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, [...] for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others [...]’.

⁹⁰⁵ ‘An obligation to avoid as far as possible expressions that are gratuitously offensive to others and thus an infringement of their rights’, so *Otto-Preminger Institute v Austria* (20.9.1994, Nr. 13470/87) (1995) 19 EHRR 57 (§ 49).

die Weise, in der religiöse Überzeugungen und Lehre bekämpft oder verneint werden, eine Angelegenheit ist, die die Verantwortlichkeit des Staates herausfordert, namentlich dessen Verantwortlichkeit, den friedvollen Gebrauch des durch Art. 9 garantierten Rechtes den Anhängern solcher Überzeugungen zu sichern⁹⁰⁶.

Im Verlauf seiner substantiellen Diskussion, insbesondere hinsichtlich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, bezog sich der EGMR nicht auf den spezifischen Umstand, dass es hier eine Privatperson ist, die die Religionsfreiheit beeinträchtigt.⁹⁰⁷ Es nahm generelle Abwägungen vor, mit Aussagen über die Grenzen der Kritik,⁹⁰⁸ die Bedeutung des Art. 10 § 1 EMRK⁹⁰⁹ und die Lehre vom sog. „margin of appreciation“⁹¹⁰. Derartige Argumente hätten formal betrachtet in ähnlicher Weise herangezogen werden können, wenn der Staat selbst der beschuldigte Täter gewesen wäre. Eine Abwägung eines Menschenrechtes etwa mit dem öffentlich-rechtlichen Interesse am Umweltschutz sähe strukturell nicht anders aus.

Die Sichtweise des Gerichts, wie sie sich beispielhaft⁹¹¹ bei *Otto-Preminger* zeigt, irritiert. Es ist nicht folgenlos, die Frage nach der Anwendbarkeit der Grundsätze „horizontal effects“ gänzlich unbeachtet zu lassen. Dieses Konstrukt, wie umstritten es en detail auch sein mag, beinhaltet gleichwohl feste Richtschnüre, die darauf gerichtet sind, die Privatperson zu schützen, gegen die der Staat hier vorgehen will. Der kategorische Unterschied zwischen Privatpersonen und Staat führt dazu, dass es einer zusätzlichen Rechtfertigung bedarf, will man gegen einen nicht-staatlichen Akteur vorgehen (beispielsweise dessen quasi-öffentliche Funktion oder eine besondere Schwere der behaupteten Beeinträchtigung).⁹¹² Vor diesem Hintergrund bedarf es einer Antwort darauf, ob die Schrankenregelungen der EMRK und des ICCPR, die ausdrücklich

⁹⁰⁶ ‘The manner in which religious beliefs and doctrines are opposed or denied is a matter which may engage the responsibility of the State, notably its responsibility to ensure the peaceful enjoyment of the right guaranteed under Art. 9 to the holders of those beliefs’, so *Otto-Preminger Institute v Austria* (20.9.1994, Nr. 13470/87) (1995) 19 EHRR 56 (§ 47).

⁹⁰⁷ Das Gericht musste natürlich zwangsläufig die gegenläufigen Interessen beider nicht-staatlichen Akteure abwägen (vgl. z. B. *Otto-Preminger Institute v Austria* (20.9.1994, Nr. 13470/87) (1995) 19 EHRR 59 (§ 55)). Gleichwohl befasste sich das Gericht dabei nicht mit der spezifischen Frage, ob Rechtsfolgen sich daraus ergeben, dass die Gewichtigkeit dieser Rechte dadurch beeinflusst sein könnte, dass nicht der Staat selbst für die behauptete Verletzung verantwortlich war.

⁹⁰⁸ Vgl. *Otto-Preminger Institute v Austria* (20.9.1994, Nr. 13470/87) (1995) 19 EHRR 56 (§ 47) and 57 (§ 49) u. a. mit der Ausdifferenzierung solcher Meinungsäußerungen, die ‘not contribute to any form of public debate capable of furthering progress in human affairs’.

⁹⁰⁹ Ibid. S. 58 (§ 50, bei Fn. 46).

⁹¹⁰ Ibid. S. 57–58 (§ 50).

⁹¹¹ Das Urteil wurde zwar teils harsch kritisiert, vgl. z. B. TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 85–87, allerdings in erster Linie wegen des Ergebnisses und seines Versuchs, die Beziehung zwischen Art. 9 und 10 EMRK zu erläutern. Insoweit wird diskutiert, ob eine Abkehr von dieser Entscheidung in der späteren Rechtsprechung zu erkennen ist, siehe dazu insbesondere *Wingrove v United Kingdom* (25.11.1996, Nr. 44179/98)(1997) 24 EHRR 1 und dann allerdings wieder *Murphy v Ireland* (10.6.2003, Nr. 44179/98) (2004) 38 EHRR 13 (S. 212).

Die an dieser Stelle hier am Urteil geübte Kritik ist anders, da sie sich nur auf die Frage bezieht, wie das Konzept der „horizontal effects“ zu berücksichtigen ist. Auf diesen spezifischen Aspekt bezogen besteht kein Anlass, dieses Urteil als nicht mehr repräsentativ zu betrachten.

⁹¹² Siehe die Argumente (1) und (2), beginnend auf S. 174.

die „rights of others“ erwähnen, den Staat davon freistellen, die zusätzlichen Richtlinien zu beachten, die sich entwickelt haben aus dem Ringen um „horizontal effects“.

Dies mag unter Bezugnahme auf zwei oben erwähnte⁹¹³ Beispiele illustriert werden: Auf der einen Seite die Mutter, die die Liebesbriefe ihrer Tochter hinter deren Rücken öffnet, auf der anderen Seite der staatliche Agent, der heimlich und illegal⁹¹⁴ – unter Zuhilfenahme von Mitteln des Staatsapparates – Briefe einer Bürgerin liest. Was passierte, wenn nun der Staat auf eigene Initiative hin ein Gesetz erließe, mittels dessen das Verhalten von Mutter und Agent verhindert bzw. verfolgt werden sollte? Ist die Rechtmäßigkeit der Regelungen einzig von einer normalen Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes abhängig, in gleicher Weise, wie der EGMR in *Otto-Preminger* die normalen rechtlichen Instrumente zur Anwendung bringt? Mit guten Gründen kann hier stattdessen gefordert werden, nicht allein die Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Es müsste auch hier der Anwendung derjenigen Prinzipien, die sonst bei zugrunde liegenden horizontalen Konflikten Anwendung, Geltung verschafft werden. Das führte dazu, dass die Mutter sich auf ihre Privatautonomie und -sphäre⁹¹⁵ in solcher Weise berufen könnte, dass es dem Staat nicht mehr gelingt, seine eigene „Schiedsrichter“-Rolle zu rechtfertigen. Sein Eingriff wäre also kategorisch nicht zu rechtfertigen, da es im Sinne der oben genannten Kriterien der „horizontal effects“ (quasi-öffentliche Funktion, Schwere der Verletzung und dergleichen) keine Grundlage dafür gibt, dass der Staat sich als Zwangsschlichter einbringen könnte. Folgerichtig bleibt es bei der Unzulässigkeit staatlichen Eingreifens ganz unabhängig von der Frage, ob der Staat in der Lage wäre, Maßnahmen zu ergreifen, die isoliert betrachtet z. B. eine so schwache Eingriffswirkung zeitigten, dass sie insoweit noch als verhältnismäßig zu qualifizieren wären.⁹¹⁶

Warum es Sinn macht, auch beim eigeninitiierten Tätigwerden des Staates die Grundsätze der „horizontal effects“-Lehren anzuwenden, ergibt sich mit Blick auf den angeblichen Täter eines menschenrechtlichen Verstoßes: Für ihn macht es ganz und gar keinen Unterschied, ob der

⁹¹³ Siehe den Text oben ab S. 163.

⁹¹⁴ Illegal mit Blick auf das einschlägige nationale Recht, sprich, ohne sich auf die legalisierten Befugnisse zu stützen, womit man gerechtfertigt in das Recht auf Privat- und Familienleben hätte eingreifen dürfen (um hier beispielhaft die Formulierung des Art. 8 EMRK als betroffenes Menschenrecht zu verwenden).

⁹¹⁵ Mit letzterer Formulierung ist das Menschenrecht angesprochen (etwa in Form des Art. 8 EMRK), das der Forderung nach Nichteinmischung des Staates noch höheres Gewicht verleiht. Das Menschenrecht ist hier also nicht als solches als ein Abwägungsgesichtspunkt im Vergleich zum Menschenrecht des Betroffenen zu werten. Hier verstärkt das Menschenrecht den allgemeinen Gesichtspunkt der Privatautonomie im Verhältnis zum Staat, sprich, es verstärkt dessen Notwendigkeit, sich gegebenenfalls aus einem solchen Konflikt herauszuhalten. Zu dieser subtilen Unterscheidung vgl. auch gleich näher den Text.

⁹¹⁶ Regelungstechnisch könnte die Beachtung dessen, dass ein nicht-staatlicher Akteur der behauptete „Täter“ ist, auch durch eine Integrierung dieses Gesichtspunktes in den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erreicht werden, z. B. als eine vorweggenommene Stufe des Abwägungsprozesses. Selbst die bloße Beachtung als eines derjenigen Interessen, die in die allgemeine Verhältnismäßigkeitsprüfung einzustellen sind, wäre denkbar, solange dieses Interesse als Eigenwert anerkannt wird, das unabhängig von der zusätzlich mit einzustellenden Menschenrechtsposition des mutmaßlichen Täters zu würdigen ist. Siehe aber insgesamt zur Frage der Notwendigkeit einer expliziten Beachtung der Frage nach horizontal effects im Vergleich zu einer bloßen Auslegung der beteiligten Rechte den Text auf ab S. 197 (bei Fn. 927).

Staat gegen ihn Maßnahmen ergreift, weil ihn die Geltendmachung von positiven Schutzpflichten durch das mutmaßliche Opfer dazu getrieben hat, oder weil der Staat auf eigene Veranlassung aktiv wurde. Warum ihm bei letzterer Variante die Schutzwirkungen entzogen werden sollen, die inhärenter Bestandteil der „horizontal effects“-Lehren sind, wird ihm kaum einsichtig zu machen sein.

Aber auch unabhängig von dieser verständlich erscheinenden Perspektive des angeblichen Täters vermag ein signifikanter Unterschied zwischen beiden Sachverhaltsgruppen nicht erkannt zu werden. Die bloße Existenz einer Schrankenregelung für die Fälle des eigenverantworteten Eingreifens des Staates scheint kaum Grund genug zu sein, auch darüber hinaus ein anderes Rechtsregime zur Anwendung zu bringen. Diese Klausel eröffnet nur im Allgemeinen die Befugnis einzugreifen, formuliert aber keine weiteren Details, unter welchen Bedingungen der Staat seine Maßnahmen rechtfertigen kann, wenn er sich auf „rights of others“ stützen möchte.

Aus dem Fehlen expliziter Tatbestandsmerkmale, die diese generelle Befugnis zum Eingriff im Sinne der einschlägigen „horizontal effects“-Grundsätze einschränkten, kann nicht etwa auf deren Irrelevanz geschlossen werden. Schließlich waren diese Grundsätze zum Zeitpunkt der Entstehung der maßgeblichen Verträge noch nicht einmal entwickelt. Es handelt sich hier mithin nicht um ein „beredtes Schweigen“. Unter Zugrundelegen dessen, dass die Verträge als „living instruments“ verstanden werden,⁹¹⁷ sind daher die Normen offen für solche systematisch-teleologischen Interpretationen. Insbesondere ist aber zu erkennen, dass die Schrankenregelungen bei der anderen Fallgruppe – den Opfern, die den Staat um Hilfe angehen – ebenfalls einschlägig sind, ohne dass dies der Entwicklung der Lehren zu den „horizontal effects“ Abbruch getan hätte. Wenn nämlich ein Opfer seinen Anspruch auf positive Schutzmaßnahmen geltend macht, dann wird zunächst ohne Rückgriff auf die Schrankenregelung zu erörtern sein, ob die notwendigen Kriterien hier erfüllt sind. Wenn beispielsweise eine Form des „brain-washings“ tatsächlich nachgewiesen werden könnte, wären damit die Kriterien erfüllt und der Anspruch gegen den Staat gegeben. Die Erfüllung dieses Anspruches nun wiederum vollzöge sich auch hier mittels der Schrankenregelung. Der Staat ginge gegen die Religionsgemeinschaft vor auf Grundlage der Schrankenklausel der Religionsfreiheit.⁹¹⁸ Es zeigt sich, dass die Schrankenregelung schlichtweg eine Notwendigkeit der Menschenrechtsdogmatik⁹¹⁹ ist, im Übrigen aber hier nicht die Rechtslage abschließend gestaltet. Nach allem sollte daher die Rechtslage für beide gleich gelagerten Sachverhaltsgruppen auch nach den gleichen Prinzipien behandelt werden.

⁹¹⁷ Vgl. nur HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, *Law of the ECHR* (Fn. 618, 1995) 8 (mit Nachweisen).

⁹¹⁸ Bei dieser Sachverhaltskonstellation hat also die Schrankenregelung nur dann keine Bedeutung, wenn schon auf der Vorstufe der Anspruch des angeblichen Opfers abgewiesen wird.

⁹¹⁹ Der rechtsstaatliche Nutzen von Gesetzesvorbehalten auch bei völkerrechtlichen Menschenrechtsverträgen liegt auf der Hand.

Einen letzten möglichen Einwand gilt es nun noch zu widerlegen. Oben wurde ausgeführt, dass in der *Otto-Preminger* Entscheidung der EGMR die Besonderheiten des horizontalen Konflikts zwischen Privaten nicht gesehen habe. Schließlich hätte er so auch argumentieren können, wenn der Staat der Täter gewesen wäre. Nun könnte man demgegenüber einwenden, dass dies eine unzutreffende Unterstellung sei. Denn bei einer staatlichen Täterschaft wäre sehr wohl anders argumentiert worden: Der Staat ist menschenrechtsgebunden, aber nicht selbst Träger hier des Rechts auf Meinungsfreiheit. Nur bei einem Konflikt unter Privaten wie bei *Otto-Preminger* gibt es also eine Abwägung der Grundrechtspositionen. Also zeigt schon die so gestaltete Abwägung, bei der auch dem Handeln des Täters menschenrechtlicher Schutz zugemessen wird, dass sich auch der EGMR selbstredend der besonderen Konstellation eines Konflikts unter Privaten bewusst ist. Solch ein möglicher Gegeneinwand verfängt jedoch nicht. Bestandteil der Lehren zu den „horizontal effects“ ist es eben, dass ein Privater nicht schlechthin an die Wertentscheidungen der zuvorderst zur Domestizierung der Staatsgewalt gedachten Menschenrechte gebunden ist.⁹²⁰ Während der Staat ausnahmslos gebunden ist, kann die Anwendbarkeit bei Privaten sehr wohl ausgeschlossen sein oder ist zumindest an besondere Voraussetzungen gebunden. Es reicht daher nicht aus, dem angeblichen Täter zuzubilligen, dass er immerhin auch selbst eine menschenrechtliche Position in die Waagschale werfen darf. Vielmehr bedarf es der Anwendung der Grundsätze auch deshalb, um per se zu verdeutlichen, dass der Schutzgehalt des Menschenrechts des angeblichen Opfers gegenüber einem Privaten geringer anzusiedeln ist⁹²¹ bzw. nicht voraussetzungslos gewährt wird und dass überdies auch dem Staat nicht in allen Fällen eine Konfliktschlichtungsrolle zugeordnet ist. Allein die Tatsache, dass mit der Anerkennung von Menschenrechtspositionen auf Seiten des angeblichen Täters auch der EGMR eine – insoweit auch zentrale – Besonderheit derartiger Konflikte beachtet, reicht daher nicht aus, die hier vorgenommenen, darüber hinaus gehenden Erwägungen als überflüssig erscheinen zu lassen.

Somit ist es vorzugswürdig, die Schrankenregelungen in solch einer Weise auszulegen, dass im Prinzip zusätzlich die Kriterien der „horizontal effects“-Lehren zu beachten sind, wenn der Staat sich zugunsten Privater auf diese Klauseln beruft.

Eines allerdings sollte dabei nicht unterschätzt werden, wenn man die Relevanz eines solchen Vorschlages bewerten möchte. Stoßrichtung des hier vorgetragenen Denkanstoßes ist es, dass eine Schiedsrichterrolle des Staates nicht unbesehen vorausgesetzt werden darf. Es darf dabei insbesondere nicht dazu kommen, dass es zur unausgesprochenen Grundlage staatlicher Regulierung wird, dass auch Private vollumfänglich an Menschenrechte ebenso wie der Staat

⁹²⁰ Und zudem Kriterien genannt sind, demzufolge der Staat sich ganz einer Schiedsrichterrolle zu enthalten hat.

⁹²¹ Nochmals sei als Beispiel genannt: Vom Staat braucht keinerlei Beleidigung der eigenen Glaubensüberzeugung hingenommen zu werden, von anderen Privaten kann dies dagegen sehr wohl der Fall sein.

gebunden sind. Hinsichtlich des weitaus größten Teils staatlichen Rechts ist dagegen die Sachnotwendigkeit staatlicher Regulierung auch zwischen Privaten und folglich ebenso die damit einhergehende „Schiedsrichterrolle“ unbestritten. Es bedarf keines Wortes darüber, dass der Staat im Interessenausgleich von Privaten tätig werden darf, wenn er etwa das öffentliche Baurecht regelt, eine Privatrechtsordnung samt Verbraucherrechtsschutz bereit stellt und Strafrecht erlässt. Es sind nur die Randbereiche solcher staatlichen Regulierungen, die einer Überprüfung nach den Kriterien der horizontal effects Lehren überhaupt zugänglich wären.⁹²²

Natürlich leidet dabei die in diesen Grenzen hier für notwendig erachtete, prinzipielle Inbezugnahme auf die Ausführungen zu horizontal effects daran, dass letztere alles andere als ein gefestigtes dogmatisches System bilden. Was wenig griffig ist, bietet auch weniger Schutz. Insbesondere aber gilt es zu erkennen, dass ein in der Praxis womöglich entscheidendes Merkmal der horizontal effects Fälle darin besteht, dass dem Staat Einschätzungsprärogativen zustehen.⁹²³ Dem Staat kommt ein Spielraum zu, wie er in Konflikte unter Privaten einzugreifen gedenkt. Dies gilt ebenso hier, und zwar zu Lasten desjenigen, der vom Staat wünscht, er möge sich aus dem Konflikt heraushalten. Ebenso, wie der Schutzanspruch auf staatliches Eingreifen an diesem Spielraum scheitern kann, kann auch das Begehren auf Nichteinmischung deshalb zurückzuweisen sein. Darüber hinaus bleibt zu beachten, dass der Staat auch⁹²⁴ allein gestützt auf die öffentliche Ordnung tätig werden darf (so Art. 18 § 3 ICCPR sowie Art. 9 § 2 EMRK).⁹²⁵ Insoweit wäre dann die Frage nach horizontal effects nicht mehr einschlägig.⁹²⁶

Mit den genannten Einschränkungen müsste daher die Frage nach den horizontal effects aufgegriffen werden. Da sich dieser Frage bislang nirgends angenommen wurde, ist allerdings faktisch hinzunehmen, dass die Rechtsregelungen in der Praxis widersprüchlich angewandt werden. Der angebliche Täter wird sich wohl kaum erfolgreich auf die ihn an sich schützenden Elemente jener Theorien berufen können, wenn der Staat auf eigene Initiative gegen ihn tätig wird.

Will man gleichwohl auf Fortentwicklung drängen – schließlich sind auch die Theorien der horizontal effects ihrerseits noch immer im Entstehen begriffen –, so muss es genau genommen

⁹²² Regelt der Staat beispielsweise Verbraucherschutz, um Geschäftsunerfahrene vor bestimmten Gefahren im Rechtsverkehr zu schützen, so ist der dahinstehende sachliche Grund einsichtig. Mit Blick auf den im Text sogleich angesprochenen Einschätzungsspielraum kann hier keine Auseinandersetzung aufgrund der horizontal-effects-Grundsätze erfolgen. Das gilt aber nicht, wenn der Verbraucherschutz so kleinmaschig reguliert wird, dass als Folge der Private anderen Privaten ebenso gegenüber treten muss, wie dies für staatliches Handeln aufgrund der Menschenrechtsbindung gilt.

⁹²³ Siehe unter Verweis auf *Özgür Gündem v Turkey* (16.3.2000, Nr. 23144/93) (2001) 31 EHRR 49, S. 1100, § 43, und viele andere so oben S. 176, bei und in Fn. 827.

⁹²⁴ Nebst weiteren Schutzgütern, siehe Art. 18 § 3 ICCPR sowie Art. 9 § 2 EMRK.

⁹²⁵ Siehe dazu aber auch unten S. 210, in Fn. 991.

⁹²⁶ Wie anhand der im Folgenden untersuchten Fälle deutlich wird, beruft sich der Staat seinerseits mitunter einzig auf die Rechte der anderen, sodass er in diesem Fall sich danach auch richten lassen muss. In diesem Fall kommt es nicht mehr auf eine Auslegung an, was denn wohl genau unter öffentlicher Ordnung oder ähnlichen Rechtsbegriffen (z. B. Moral) zu verstehen ist.

nicht zwingend darum gehen, dass tatsächlich explizit als eine Art Vorfrage oder als eigenständiges Element bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung geprüft wird,⁹²⁷ ob der Staat sich zum Schiedsrichter unter Privaten aufschwingen darf. Wenn sich der Staat nämlich auf die Rechte der anderen beruft, dann führt an sich schon eine präzise Prüfung eben dieser Rechte zum gleichen Ergebnis. Wenn und weil es bei der Beschäftigung mit horizontal effects auch darum geht festzustellen, dass Menschenrechte primär gegen den Staat gerichtet sind, dann besteht eben kein vergleichbares *Menschenrecht* gegenüber dem privaten Nachbarn. Im Vorgriff auf das bald zu besprechende Beispiel der Kopftuchfälle: Allein die getreue Auslegung des betroffenen „Rechts der anderen“ kann hier schon dazu führen zu erkennen, dass es kein *Recht* einer Studentin gibt, von ihrer Kommilitonin Neutralität und religiöse Zurückhaltung zu fordern. Nur weil ein solches Recht möglicherweise gegenüber dem Staat besteht, gilt dies eben noch längst nicht für private, nicht primär menschenrechtsgebundene Akteure.

Sensibel zu sein dafür, dass die Unterschiede zwischen Staat und Privaten mit Blick auf die Menschenrechte nicht nivelliert werden dürfen, bedarf im Idealfall daher keiner expliziten Aufforderung.⁹²⁸ Die gleiche Argumentation gälte aber ebenso für die Konstellation, bei der ein Privater beim Staat um Schutz gegenüber anderen Privaten nachfragt. Auch hier müsste eine Auslegung des Rechts des um Schutz Nachfragenden ergeben, dass dieses Recht eben nur in begrenzter Weise gegenüber anderen Privaten existiert. Von horizontal effects oder ähnlichen Begriffen handelt man aber gleichwohl, und zwar um auf diese Weise Problembewusstsein bei der Auslegung zu schaffen und diese zu systematisieren. Wie dies dort gilt, so sollte es auch hier sein: Die Aussagen zu horizontal effects verlangen nach Beachtung, will der Staat zugunsten einer Partei in einer Konflikt unter nicht-staatlichen Akteuren eingreifen.

b) Trägt die Auslegung der Schrankenregelung „Rechte der anderen“ dazu bei, eben diese Rechte auch in anderen Zusammenhängen zu begreifen?

Auch in Kenntnis der eben hergeleiteten Schwächen der Rechtsprechung sollte diese gleichwohl hilfreich bleiben, die Grenzen des forum internums und seiner Eingriffe zu bestimmen. Da der Staat nur befugt ist, sich auf die „Rechte der anderen“ zu berufen, müsste eine präzise Judikatur – insoweit unabhängig von der Frage nach horizontal effects –⁹²⁹ im Stande sein, auch dem angeblichen Täter zu helfen. Denn es sollte doch möglich sein zu argumentieren, dass die Beein-

⁹²⁷ Vgl. oben S. 193, Fn. 916.

⁹²⁸ Vgl. insoweit als positives Beispiel die überzeugenden Ausführungen von Richter MARTENS, siehe das Zitat aus seinem Sondervotum S. 205, in Fn. 968 sowie auch S. 956, Fn. 203.

⁹²⁹ Es geht hier also nicht mit der angemahnten Präzision darum, dass die Rechtsprechung bei der Auslegung berücksichtigen müsste, dass Menschenrechte gegenüber Privaten nur eingeschränkt Geltung erlangen. Vielmehr geht es hier um die allgemeine Tatsache, dass die Gerichte auch unter dem Stichpunkt „Rechte der anderen“ allgemein dazu genötigt sind, eben diese Rechte stringent auszulegen und diese so auch auf allgemeiner Ebene transparenter zu machen.

trächtigung von bloßen *Interessen*⁹³⁰ anderer nicht ausreichend ist, einen Eingriff zu legitimieren. Solange eine Behinderung nicht zu einer Verletzung eines tatsächlich einschlägigen Rechts eines anderen führt, wäre der Staat insoweit nicht gerechtfertigt, zugunsten des Betroffenen tätig zu werden. Soweit nun als „Recht der anderen“ der Schutz des forum internums im Raum steht, müsste also eben diese Rechtsprechung für die Auslegung desselben dienlich sein.

aa) Theoretische Vorbedingung: Was ist mit „Rechten“ im Sinne der Schrankenregelungen gemeint?

Ein schneller Blick auf *Otto-Preminger* zeigt allerdings, dass zumindest dort keine umfassenden Anstrengungen unternommen wurden zu untersuchen, ob tatsächlich eine *Rechtsverletzung* vorlag. Das Gericht berief sich vielmehr vage auf den Schutz religiöser Gefühle, die als solche noch nicht einmal vom Wortlaut des Art. 9 EMRK umfasst sind:⁹³¹

Der Respekt für religiöse Gefühle von Gläubigen, wie er durch Art. 9 garantiert wird, kann, wie man legitimerweise denken kann, durch provokative Darstellungen von Objekten religiöser Verehrung verletzt worden sein; auch kann man solche Darstellungen als böswillige Verletzung des Geistes der Toleranz betrachten, die ebenso ein Kennzeichen einer demokratischen Gesellschaft sein muss.⁹³²

⁹³⁰ Zum Unterschied zwischen Recht und Interesse vergleiche nur die umfangreiche Rechtsprechung und Literatur zu § 42 II Verwaltungsgerichtsordnung (Deutschland).

⁹³¹ Vgl. auch die Kritik von TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 27; mit einem Vergleich zur Jurisprudenz des Human Rights Committee siehe S. 81–84.

Abgesehen davon ist zweifelhaft, ob Art. 9 EMRK das einschlägige Menschenrecht ist (*sedes materiae*), dessen Schutzbereich auch Diffamierungen im religiösen Bereich umfasst, solange hiervon die Möglichkeit nicht beeinträchtigt wird, seinen Glauben wie gehabt zu manifestieren. Der gleiche Ansatz wie in *Otto-Preminger* findet sich bei *Murphy v Ireland* (10.6.2003, Nr. 44179/98) (2004) 38 EHRR 13, S. 233 (§ 65). TAYLOR, *ibid.*, 85 lenkt zutreffend die Aufmerksamkeit auf andere Entscheidungen, die sich insoweit nicht auf Art. 9 EMRK beziehen, vgl. z. B. EKMR, *Gay News Ltd. and Lemon v United Kingdom* (Zlk.-Entsch., 7.5.1982, Nr. 8710/79) (1983) 5 EHRR 129–131, § 11–12. Dieser Blasphemie betreffende Fall basierte interessanterweise einzig auf dem Schutz der Rechte anderer, nämlich einer Frau, die sich durch ein blasphemisches Gedicht betroffen fühlte.

Es versteht sich von selbst, dass die Fragen, die „religiöse Gefühle“ betreffen, von äußerster Bedeutung sein können, denkt man nur an die „Dänischen Karikaturen“ (dazu etwa EMON, *On the Pope, Cartoons, and Apostates* (2006–2007) 22 J L & Religion 308–316); vgl. zu diesem Themenbereich etwa DE JONG, *Freedom of Religion and Belief in the Light of Recent Challenges*, in: *Does God Believe in Human Rights?*, hrsg. v. Ghanea, Leiden 2007, 199–201. Hier ging es allerdings nur darum, die Frage aufzuwerfen, ob tatsächlich Art. 9 EMRK das einschlägige Menschenrecht für derartige Sachverhalte ist.

⁹³² ‘The respect for the religious feelings of believers as guaranteed in Art. 9 can legitimately thought to have been violated by provocative portrayals of objects of religious veneration; and such portrayals can be regarded as malicious violation of the spirit of tolerance, which must also be a feature of democratic society.’ So EGMR, *Otto-Preminger Institute v Austria* (20.9.1994, Nr. 13470/87) (1995) 19 EHRR 56–57 (§ 47).

Vgl. auch die Bezugnahme der österreichischen Regierung auf ‘particularly the right to respect for one’s religious feelings’, wiedergegeben *ibid.* auf S. 56, § 46. Die Rede vom ‘respect’ findet sich auch in der Leitscheidung *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 422 (§ 48), vgl. das Zitat S. 203 bei Fn. 953.

Es wird vorgetragen, dass *Wingrove v United Kingdom* (25.11.1996, Nr. 44179/98) (1997) 24 EHRR 1 dem gegenüber sich enthalte, Art. 9 EMRK heranzuziehen, siehe TAYLOR, *ibid.*, S. 88. Obschon *Wingrove* allerdings schon eine Bezugnahme auf Art. 9 enthält (siehe *ibid.* S. 28 (§ 48)), ist es wahr, dass im Zusammenhang des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Art. 9 nicht direkt genannt wird (siehe *ibid.* S. 29–31, §§ 52–60; S. 33 (§ 64)), doch verweist das Gericht immerhin ausdrücklich auf *Otto-Preminger*.

Es bedarf zunächst hier keiner weiteren Untersuchung, ob – wie in der Lehre vorgetragen wird – dieses Urteil schlecht begründet ist mit Blick auf die „Rechte der anderen“.⁹³³ Auf eine tatsächliche *Rechtsverletzung* käme es dann nicht zwangsläufig an, wenn die nun zu entwickelnde Argumentation zuträfe.⁹³⁴ Dieser Ansatz beruht in einem ersten Schritt zunächst darauf, eine Verbindungslinie zwischen „religiösen Gefühlen“ und dem *forum internum* (anstelle bloßen Manifestierens) zu ziehen. Das Gericht selbst hatte darauf verzichtet zu erläutern, was mit seinem Ausdruck eigentlich gemeint sein solle. Doch ist festzustellen, dass das Zeigen eines beleidigenden Films wohl kaum die Möglichkeit anderer beeinträchtigt, weiterhin ihre religiöse Überzeugung zu manifestieren. Damit scheidet der Schutz des *forum externum* als Anknüpfungspunkt für ein Recht anderer aus. Daher bietet sich an zu hinterfragen, ob jene „religiösen Gefühle“ nicht in gewisser Weise – um einen Ausdruck der Rechtsprechung in diesem Zusammenhang heranzuziehen – „intimately linked“⁹³⁵ sind zum *forum internum*. Die (behauptete) Beleidigung greift Wert und Würde der eigenen grundlegendsten inneren Überzeugungen an, die nämlich durch das Zeigen des Films in den Schmutz gezogen sein könnten.⁹³⁶

Wie dem auch sei, bezieht man andere Beispiele mit ein, die augenscheinlicher dem Schutzbereich des *forum internum* zuzuordnen sind, lässt sich – in einem zweiten Argumentationsschritt – ein zentrales Problem ausmachen. Dies zu erläutern sollte man sich zunächst noch einmal darüber im Klaren sein, dass angesichts des *absoluten* Schutzes des *forum internum* aus Sachzwängen heraus nicht jedwede schwächere Beeinträchtigung als Eingriff im rechtlichen Sinne qualifiziert zu werden vermag.⁹³⁷ Das ausnahmslose Fehlen von Rechtfertigungsmöglichkeiten für eine *Rechtsverletzung* zwingt zu einer engen Auslegung; die Konsequenz – Ausschluss jeglicher weiterer Regelungsmöglichkeit – muss einem vor Augen stehen, bevor man

⁹³³ TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 70–73; 84; 96; 102; 162–163: „Respekt“ könne nur insoweit relevant sein, als dessen Missachtung zu einer Verletzung der „bekannten Art. 9 Freiheiten“ führe. Danach werden also „Rechte“ nach dem Wortsinn interpretiert, vgl. auch *ibid.* S. 113.

Dies wird kontrastiert zur Diskriminierung, bei der ‘it is well settled that no violation of a substantive Article need be established [...], either under Art. 14 [EMRK] or Articles 2 § 1 and 26 of the [ICCPR]’, TAYLOR, *ibid.*, 182–183.

⁹³⁴ Auch TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 77–111 stellt die Frage, ob ‘the term “the rights and freedoms of others” is capable of broader interpretation’. Sein Ansatz beruht allerdings nicht wie der nun zu entfaltende auf den Besonderheiten des Schutzes absoluter Rechte. Vielmehr ist sein Verständnis zu sehen ‘in the light of parallel obligations attaching to the freedom of expression and guarantees prohibiting hate speech’ (S. 77).

⁹³⁵ Dieser Begriff wird – verwirrenderweise vom Gericht benutzt, um Manifestationen festzustellen (Annex Nr. 5 auf S. 232), eignet sich hingegen besser, Handlungen zu beschreiben, die noch teilhaben am absoluten Schutz des *forum internum*, siehe S. 140 bei Fn. 646.

⁹³⁶ Es erscheint also möglich, eine Beziehung zum *forum internum* herzuleiten. Es kann allerdings auch argumentiert werden, dass Art. 9 EMRK zunächst einmal nicht das einschlägige Menschenrecht für derartige Fälle ist, siehe S. 194, Fn. 931.

⁹³⁷ Zur nicht immer ausreichend beachteten Unterscheidung zwischen dem geschützten Recht selbst sowie dem Eingriff hierin siehe den Text oben beginnend auf S. 146.

tatsächlich einen Eingriff befürwortet.⁹³⁸ Das oben dargelegte Schwerekriterium als Element des Eingriffsbegriffs⁹³⁹ beruht auf eben diesen Überlegungen.

In der hier nun zu besprechenden Fallgestaltung behandeln wir die Gewissensfreiheit allerdings nicht gleichsam monolithisch als das einschlägige Menschenrecht, das es auszulegen gilt. Vielmehr ist hier der Schutz des *forum internum* zu betrachten als ein Gegenrecht, dem nun bei der Prüfung anderer Menschenrechte Relevanz zukommt. Diese anderen, im Vordergrund stehenden Menschenrechte sind ihrerseits nicht absolut geschützt, sondern sind offen für eine Vielzahl möglicher Einschränkungen. In diesem Zusammenhang ist es erlaubt, auch den Schutz des *forum internum* von einer anderen Blickrichtung her zu betrachten.

Danach könnten nämlich bloße Interessen, die thematisch dem *forum internum* zuzuordnen sind, Grund genug sein, zur Einschränkung anderer Rechte herangezogen zu werden. Es handelt sich dabei um Interessen, die nicht hinreichend wesentlich sind, selbst Teil des unbedingt geschützten *forum internum* zu werden und denen deshalb nicht selbst Rechtscharakter⁹⁴⁰ zukommt. In diesem Kontext hier jedoch könnte ihre Einbeziehung notwendig werden, um so ungerechte Ergebnisse zu vermeiden.⁹⁴¹ Denn schließlich gibt es Interessen, die einzig deshalb nicht selbst zum Recht erstarken, da sie die Schwelle des eben nochmals beschriebenen, für Eingriffe in absolute Rechte geltenden Schwerekriteriums nicht überschritten haben. Nun gilt es, sich klarzumachen, dass es Interessen gibt, die einzig wegen dieses besonders strengen Maßstabes für absolute Rechte die Schutzbereichsschwelle nicht überschritten haben. Wären eben diese hier gemeinten Interessen jedoch dem *forum externum* zuzuordnen (dem Bereich des Manifestierens), dann wären sie bedeutsam genug gewesen, die hierfür geltende niedrigere Schwelle zu überschreiten und wären folglich zum Recht erstarkt. Es erscheint nicht angängig, die damit beschriebenen – nach dem sonstigen, für Manifestationen geltenden Maßstab hinreichend gewichtigen – Interessen auch in einem solchen Kontext mangels formalen Rechtscharakters unberücksichtigt zu lassen, in dem es der besonderen Schwelle aus teleologischen Erwägungen heraus gar nicht bedarf. Das gilt für die Abwägung als bloßes Gegenrecht: Stellt man hier auch solche Interessen in die Verhältnismäßigkeitsprüfung ein, resultieren daraus keine unangemessenen Ergebnisse. Denn das Interesse hätte hier nichts Absolutes, sondern wäre eben nur ein Belang unter mehreren. Daher sind solche Interessen aufgrund teleologischer erweiter-

⁹³⁸ Was man als eine Form des so verpönten Denkens vom Ergebnis her begreifen mag, so man denn will.

⁹³⁹ Siehe oben zunächst den einführenden Abschnitt zum absolut wirkenden Schutzmechanismus auf S. 110; sowie dann zum Schwerekriterium im Allgemeinen, insbesondere in Besprechung des *Gottesmann*-Falles beginnend auf S. 150; nicht gemeint ist hier also die Schwere als Kriterium, das herangezogen werden soll, um ein Eingreifen des Staates in einen Konflikt unter Privaten zu legitimieren, siehe dazu S. 168, Fn. 774 und S. 173 bei Fn. 803 sowie zusammenfassend S. 175 bei Fn. 814.

⁹⁴⁰ Sie vermitteln dem Rechtsträger also keinen Anspruch, den er gegenüber anderen durchsetzen könnte.

⁹⁴¹ Es bedarf hier keiner Diskussion, inwieweit eine ausufernde Berufung auf 'protection of public order' möglich wäre, um ungerechte Ergebnisse zu vermeiden.

der Auslegung unter den Begriff „Rechte der anderen“ zu subsumieren.⁹⁴² Nur diejenigen bloßen Interessen fallen daher aus der Verhältnismäßigkeitsprüfung heraus, die nicht einmal die (fiktive) niedrigere Schwelle überschreiten, die gälte, wäre das forum externum einschlägig, um daselbst den als Recht gestalteten Schutzbereich von hinzunehmenden Belästigungen abzugrenzen.

Die teleologische Berechtigung dieses Befundes lässt sich näher untermauern. Der absolute Schutz des forum internums zielte prinzipiell darauf ab, diesem Schutz der innersten Überzeugungen eine besondere Bedeutung beizumessen.⁹⁴³ Es wäre paradox, wenn die mit dem absolut wirkenden Schutzmechanismus beabsichtigte höhere Schutzdichte indirekt dazu führte, dass Belange des forum internums bei Abwägungen keinerlei Relevanz hätten, obschon sie für sich genommen genauso gewichtig sind wie entsprechende dem forum externum zuzuordnende, bei der Abwägung zu berücksichtigende Belange.

Nach allem ist es aufgrund teleologischer erweiternder Auslegung dogmatisch zulässig und geboten, bestimmte Belange des forum internums in den Abwägungsprozess als Gegenrecht mit einzubeziehen. Diese hier näher beschriebenen Belange, obschon nicht für sich genommen als Recht zu qualifizieren, müssen entgegen des Wortlauts der Schrankenregelungen wie sonstige Rechte Berücksichtigung finden. Da auch dieser Ansatz neu ist, wird man sich auf ihn in der Praxis kaum berufen können. Nun soll daher eben diese Praxis näher beleuchtet werden.

bb) Zur Auslegung durch die Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des EGMR bietet genügend Anschauungsmaterial, um anhand dessen die hier aufgeworfenen Fragen näher zu beleuchten.

(1) Proselytismus (Variante b): Kokkinakis

In seinem ersten großen Fall zu Art. 9 EMRK⁹⁴⁴ hatte das Gericht über die Beschwerde von Mr Kokkinakis zu urteilen,⁹⁴⁵ einem Zeugen Jehovas, dem für 10–15 Minuten Einlass in ein christlich-orthodoxes Haus gewährt wurde und der dann mit der dort wohnenden Frau des Kantors der

⁹⁴² Es versteht sich von selbst, dass diese Argumentation hier zum Zwecke der Verdeutlichung schematisch aufgebaut ist. Was genau die „niedrigere Schwelle“ für bloße Manifestationen ausmacht, muss an dieser Stelle offen bleiben. Dogmatisch betrachtet, bedürfte es jedenfalls einer Analogie zu denjenigen Belangen, die sich bildlich gesprochen am „äußeren Rand“ der als Rechte geschützten Inhalte des Schutzbereichs des forum externums befinden.

Auch ohne nähere Fundierung dieser These dürfte dabei jedenfalls nicht zu bestreiten sein, dass auch im Rahmen des forum externums Erheblichkeitsprüfungen angestellt werden, um als zum Schutzbereich gehörende religiöse Ausdrucksformen herauszufiltern. Eine solche Schwelle, die den Vergleichspunkt der Analogie bilden müsste, wird zumindest auch vom EGMR angenommen, allerdings – von ihrer sachlichen Berechtigung her – teilweise deutlich zu hoch angesetzt. In der Praxis bedürfte es Formulierungen, die ihrer Struktur nach derjenigen des EGMRs von den ‘intimately linked’ Handlungen gleichen, vgl. hinsichtlich dieser Formulierung das Zitat in Annex Nr. 5 auf S. 232, zur Auslegung dieser Phrase siehe oben S. 112 und S. 147.

⁹⁴³ Vgl. *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 419 (§ 33).

⁹⁴⁴ Siehe dazu nur JANIS, Faith, the State, and the Humility of International Law (2007) 45 J Catholic Legal Studies 71–72.

⁹⁴⁵ *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 397.

lokalen Kirche religiöse Fragen diskutierte. Darauf basierend,⁹⁴⁶ wurde Mr Kokkinakis verhaftet und wegen vom griechischen Gesetz verbotenen Proselytismus⁹⁴⁷ verurteilt.

Die erste Gelegenheit für den EGMR, sein Verständnis von den „Rechten der anderen“ zu entfalten, ergab sich bei der Frage, ob die griechische Gesetzgebung ein legitimes Ziel verfolgte.⁹⁴⁸ Das Gericht beließ es jedoch dabei, schlicht die Auffassung der griechischen Regierung zu zitieren, wonach die Behörden zu handeln gezwungen seien, um „die religiösen Überzeugungen und die Würde einer Person vor den Versuchen zu schützen, sie durch unmoralische und täuschende Mittel zu beeinflussen“.⁹⁴⁹ Im Anschluss an dieses Zitat trug das Gericht ohne

⁹⁴⁶ Dies war nicht die erste Begegnung von Mr Kokkinakis mit dem griechischen Gesetz: ‘After becoming a Jehovah’s Witness in 1936, he was arrested more than 60 times for proselytism. He was also interned and imprisoned on several occasions.’ Siehe *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 399 (§ 6). Noch immer sollen Zeugen Jehovas in Griechenland verhaftet werden, vgl. DE WALL, Die Religionen in der Verfassung der Europäischen Union, in: Recht auf Mission contra Religionsfreiheit?, hrsg. v. Krämer u. a., Berlin 2007, 216.

⁹⁴⁷ Um sich besser eine eigene Einschätzung machen zu können, ob es hier in irgendeiner Weise zu einer Verletzung des forum internums der Frau des Kantors gekommen sein könne, sei hier ein umfangreiches Zitat aus den griechischen Verfahren wiedergegeben (vgl. auch Fn. 952 mit einem Zitat des zugrunde liegenden Rechts, dessen Wortlaut teilweise von den griechischen Gerichten schlichtweg kopiert (statt ausgelegt) wurde). Siehe das Urteil vom Court of Appeal (sehr ähnlich das erste Urteil des Criminal Court, wiedergegeben *ibid.* § 9; und bekräftigt durch den Court of Cassation (*Arios Pagos*), vgl. § 12), zitiert bei *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 400 (§ 10): ‘It was proved that, with the aim of disseminating the articles of faith of the Jehovah’s Witnesses sect (*airesi*), to which the defendant adheres, he attempted, directly and indirectly, to intrude on the religious beliefs of a person of a different religious persuasion from his own, [namely] the Orthodox Christian faith, with the intention of changing those beliefs, by taking advantage of her inexperience, her low intellect and her naïvety. More specifically, at the time and place indicated in the operative provision, he visited Mrs. Georgia Kyriakaki and after telling her he brought good news, pressed her to let him into the house, where he began by telling her about the politician Olof Palme and by expounding pacifist views. He then took out a little book containing professions of faith by adherents of the above-mentioned sect and began to read out passages from Holy Scripture, which he skilfully analysed in a manner that the Christian woman, for want of adequate grounding in doctrine, could not challenge, and at the same time offered her various similar books and importunately tried, directly and indirectly, to undermine her religious beliefs. He must consequently be declared guilty of the above mentioned offence’. Siehe auch die Aussage der angeblich solchermaßen bedrängten Mrs Kyriakaki, gemacht beim Court of Appeal, zitiert bei *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 401 (§ 10): ‘They immediately talked to me about Olof Palme, whether he was a pacifist or not, and other subjects that I can’t remember. They talked to me about things I did not understand very well. It was not a discussion but a constant monologue by them. ... If they had told me they were Jehovah’s Witnesses, I would not have let them in. I don’t recall whether they spoke to me about the Kingdom of Heaven. They stayed in the house about 10 minutes or a quarter of an hour. What they told me was religious in nature, but I don’t know why they told it to me. I could not know at the outset what the purpose of their visit was. They may have said something to me at the time with a view to undermining my religious beliefs ... [However,] the discussion did not influence my beliefs ...’

Vor diesem Hintergrund ist die Einschätzung zweifelhaft, dass man es hier mit Zeugen Jehovas zu tun habe, die ‘particularly persistent’ gewesen seien; das aber wird vorgetragen von NOWAK/ VOSPERNIK, Permissible Restrictions, in: Facilitating Freedom of Religion or Belief (Fn. 493, 2004) 160.

⁹⁴⁸ Es ist allerdings ein generelles Problem, dass der EGMR nicht gewissenhaft prüft, ob das Ziel legitim ist. Mit Blick auf Art. 9 EMRK vgl. z. B. auch *Larissis u. a. v Greece* (24.2.1998, Nr. 23372/94 u. a.) (1999) 27 EHRR 360 (§§ 43–44).

⁹⁴⁹ ‘To protect a person’s religious beliefs and dignity from attempts to influence them by immoral and deceitful means’, so *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 421 (§ 42).

substantielle Begründung⁹⁵⁰ vor, dass die Regierung dieses Ziel verfolge, „nämlich den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer“.⁹⁵¹

Somit erwähnte der EGMR seine eigene Auffassung zur Auslegung der „Rechte der anderen“ einzig im Zusammenhang mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der es schlussendlich die griechische Rechtslage⁹⁵² als vereinbar mit Art. 9 EMRK bezeichnete.^{953 - Annex 8} Nach Ansicht des Gerichts sind die „Rechte der anderen“ zu schützen vor missbräuchlichem Proselytismus durch nicht-staatliche Akteure.⁹⁵⁴ Zunächst wurde das Gericht dafür kritisiert, von christlichem Vokabular Gebrauch zu machen („Christian witness“, „true evangelism“).⁹⁵⁵ Insoweit ist allerdings zu konzedieren, dass sich der EGMR hier explizit einer abstrakteren, verallgemeinerungsfähigeren Definition entziehen wollte. In einem Fall, bei dem ein Urteil hinsichtlich einer Religion zu treffen ist, die auf der Bibel beruht, ist solch ein Vorgehen nicht als unvertretbar zu kennzeichnen. Wenn allerdings das Gericht versucht haben sollte festzustellen, inwieweit Proselytieren als ein *Eingriff* in das absolut geschützte Recht des forum internums zu verstehen sei,⁹⁵⁶ ist dies wohl nicht gelungen. Dies zeigt sich mit Blick auf das Ergebnis, das ausdrücklich das griechische Gesetz selbst⁹⁵⁷ (allerdings nicht dessen Anwendung) als mit Art. 9 EMRK vereinbar erklärte. Danach wird also dieses Gesetz als ein (angemessenes) Mittel zum

⁹⁵⁰ Vgl. auch die Kritik bei URTZ, *Freedom of Religion* (Fn. 641, 2007) 61–62; TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 70.

⁹⁵¹ ‘Namely the protection of the rights and freedoms of others’, so *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 421 (§ 44).

Vgl. auch die Auffassung der Kommission, wiedergegeben auf S. 413, § 68: ‘The Commission [...] believe[s] that the applicant’s conviction [...] pursued any objective other than the protection of Mrs. N’s freedom of religion. Consequently, it considers that the measure complained of was adopted in pursuit of a legitimate aim for the purpose of the Convention, namely protection of the rights of others.’

⁹⁵² Vgl. detailliert *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 402 (§ 13) hinsichtlich der griechischen Verfassung sowie S. 403–404 (§ 16) hinsichtlich des einschlägigen Strafrechts gegen Proselytismus, wo es u. a. ausführt: ‘By “proselytism” is meant, in particular, any direct or indirect attempt to intrude on the religious beliefs of a person of a different religious persuasion (*eterodoxos*), with the aim of undermining those beliefs, either by any kind of inducement or promise of an inducement or moral support or material assistance, or by fraudulent means or by taking advantage of his inexperience, trust, need, low intellect or naïvety.’

⁹⁵³ *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 422 (§ 48). Vollständige Wiedergabe als Annex Nr. 8.

⁹⁵⁴ Der dabei benutzte vage Begriff ‘improper proselytism’ wird wieder verwendet z. B. in *Larissis u. a. v Greece* (24.2.1998, Nr. 23372/94 u. a.) (1999) 27 EHRR 361 (§ 45).

Das Gericht hätte hier allerdings deutlicher sein können; diese Unterscheidung wird als unpraktikabel betrachtet, siehe TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 112; 26.

⁹⁵⁵ TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 68, Fn. 212 m. w. N.

⁹⁵⁶ Nach Auffassung des teilweise abweichenden Sondervotums von Richter MARTENS, *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 432, hatte das Gericht die Pflicht, einen solchen Eingriff festzustellen, siehe S. 436 (§ 13), siehe auch S. 432 (§ 3), wo er explizit von Zwang (‘coercion’) als der hier zu findenden Form des Eingriffs spricht; genauer S. 437–438 (§ 17–18).

Siehe auch das gemeinsame abweichende Sondervotum der Richter FOIGHEL und LOIZOU, *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 439–440 (§ 20). Die Richter behaupten, dass ‘using unacceptable psychological techniques on people [...] amount[s] in effect to coercion’; sie behaupten also – allerdings ohne überzeugende Argumentation – einen *Eingriff* in das forum internum.

⁹⁵⁷ Siehe Fn. 952.

Schutz der „Rechte der anderen“ verstanden.⁹⁵⁸ Demgegenüber können letztlich keine Zweifel bestehen bleiben, dass etwa „der indirekte Versuch sich in religiöse Überzeugungen einzudrängen [...] mit dem Ziel diese zu untergraben, [...] durch jede Art von [...] Versprechen von [...] moralischer Unterstützung [sic!] oder materieller Hilfe“⁹⁵⁹ auch bei staatsfreundlichster Auslegung nicht als *Eingriff* in das forum internum verstanden werden kann.⁹⁶⁰ Das Fehlen eines Eingriffs liegt hier doch hinsichtlich des bloßen Versprechens moralischer Unterstützung auf der Hand. Dies kann schlechterdings nicht staatlicherseits verboten werden. Doch auch hinsichtlich materieller Hilfe wurde oben schon darauf hingewiesen, dass diese zwar bei entsprechend differenzierter Herleitung mit guten Gründen als unethisch gebrandmarkt werden kann.⁹⁶¹ Ebenso wurde aber auch schon festgehalten, dass ein solches gesellschaftlich zu missbilligendes Verhalten eben nicht dazu ausreicht, dieses mit der Zwangsgewalt des Staates zu unterbinden, sofern nicht weitere Gründe hinzutreten.⁹⁶² Bloßes Gutmenschentum kann und soll nicht staatlicherseits erzwungen werden. Erstaunlich ist ferner, dass das Gericht ein Gesetz als im Einklang mit Art. 9 EMRK bezeichnet, obwohl es ausweislich des Wortlauts⁹⁶³ dazu dient zu verbieten, sich erlangtes Vertrauen zunutze zu machen.⁹⁶⁴ Es bleibt unerfindlich, was in den Augen des EGMR als Rechtfertigung dienen könnte, einen solchen staatlichen Eingriff in zwischenmenschliche Beziehungen zu legitimieren.⁹⁶⁵ Auf die Spitze getrieben: Wann immer sich eine Freundschaft mit gegenseitigem Vertrauen aufgebaut hat, so soll es qua griechischer, von Straßburg aufrechterhaltener Anordnung untersagt sein, den je anderen von seinem inneren Glauben und seinen Werten zu überzeugen? Nach allem ist es nicht überzeugend zu behaupten, das griechische Verbot des

⁹⁵⁸ TAYLOR, Freedom of Religion (Fn. 493, 2005) 72 stellt zutreffend fest, dass mit Blick auf ‘proselytism’, das einschlägige Recht ‘would be the right to be free from coercion impairing free religious choice’; seiner Ansicht nach habe der EGMR in *Kokkinakis* an dieses Recht gedacht, S. 74.

⁹⁵⁹ Siehe das gesamte Zitat des Gesetzestextes im Original in Fn. 952 a. E.

⁹⁶⁰ Da der EGMR es unterließ, eine eigene abweichende Position hinsichtlich solch eines Gesetzes zu verdeutlichen, kann es auch nicht von vornherein als illegitim betrachtet werden, dass der Sri Lankische Supreme Court mit einem Verweis auf dieses Urteil (und *Larissis*) seine Ansicht untermauert hat hinsichtlich eines Verbots missionarischer Aktivitäten, die mit materiellen Hilfen verbunden sind, siehe bei UNHRC, *Sister Immaculate Joseph et alt. v Sri Lanka*, Communication Nr. 1249/2004 (21.10.2005), UN Doc CCPR/C/85/D/1249/2004, S. 5 (§ 2.2). Es ist daher zumindest zweifelhaft, ob das Human Rights Committee zu Recht den EGMR vor dieser Vereinnahmung in Schutz nahm (vgl. *ibid.* § 7.3, S. 10), mit der der Supreme Court seinen restriktiven, unhaltbaren Ansatz hinsichtlich religiöser Freiheit zu rechtfertigen suchte. Hinsichtlich dieser Entscheidung des Committees vgl. oben den Text beginnend S. 132 bei Fn. 599.

⁹⁶¹ Siehe oben S. 188 bei Fn. 889.

⁹⁶² *Ibid.* im folgenden Satz, siehe ferner S. 165 bei Fn. 759.

⁹⁶³ Die Verwaltung scheint überdies nicht zögerlich zu sein, die ihr gewährten Befugnisse zulasten von Minderheiten ausgiebig zu nutzen, wie sich dies aus den Schilderungen der einschlägigen Verfahren beim EGMR ergibt.

⁹⁶⁴ Siehe auch hier das Zitat in Fn. 952 a. E.

⁹⁶⁵ Vgl. auch das teilweise übereinstimmende Sondervotum des Richters PETTITI, *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 425.

„Proselytismus“ in der dem EGMR vorgelegten Fassung diene als Ganzes⁹⁶⁶ dem Zweck, die Rechte der anderen zu schützen, nämlich keine Verletzung des forum internums zu dulden.⁹⁶⁷

Überdies äußerte das Gericht sich auch in diesem Fall nicht zu der Frage, ob und welche Konsequenzen daraus zu ziehen sind, dass der Entscheidung ein Konflikt zwischen per se nicht menschenrechtsgebundenen Privaten zugrunde lag. Dabei ist es ungleich schwieriger, die Verletzung eines Menschenrechts der „Proselytismus“ ausgesetzten Ehefrau des Kantors zu konstruieren, wenn es nicht ein Staatsbediensteter ist, der um Einlass bei ihr nachgesucht hat, sondern die Überredungsversuche durch eine Privatperson durchgeführt wurden. Diese Nachlässigkeit ist gerade in *Kokkinakis* besonders bedauerlich, als diese Frage explizit in einem Sondervotum aufgeworfen wurde, aber gleichwohl unbeantwortet durch die Mehrheit blieb.⁹⁶⁸

Allerdings könnte hier, wie oben dogmatisch hergeleitet wurde,⁹⁶⁹ die Möglichkeit bestehen, auf bestimmte dem forum internum zuzuordnende Interessen zurückzugreifen, selbst wenn diese die Schwelle einer tatsächlichen Rechtsposition noch nicht überschritten haben. Obschon sich also die Frau des Kantors hier nicht auf ein *Recht* berufen kann, könnte es u. U. möglich sein, ihr bloßes *Interesse* zu berücksichtigen, nicht von „proselytierenden“ Personen unangekündigte Besuche abgestattet zu bekommen. *Kokkinakis* handelt jedoch von einer Situation, bei der die den Sachverhalt ermittelnden Gerichte keine Tatsachen festgestellt haben, die Täuschung oder sonstiges manipulierendes Verhalten zum Inhalt haben. Das danach zugunsten der Frau des Kantors verbleibende Interesse ist daher so unbedeutend, dass es unter keinen Umständen einem Recht vergleichbar wäre.⁹⁷⁰ Außerdem versteht es sich von selbst, dass selbst wenn der EGMR hier ein bloßes Interesse dem vom Wortlaut an sich geforderten Recht hätte gleichstellen wollen, er verpflichtet gewesen wäre, die teleologische erweiternde Auslegung dogmatisch zunächst herzuleiten.

⁹⁶⁶ Dass zumindest das Verhalten von Mr Kokkinakis keineswegs zu einer Verletzung der Gewissensfreiheit führte, wurde immerhin dann auch von der Gerichtsmehrheit erkannt.

⁹⁶⁷ Hinsichtlich einer detaillierteren Kritik hinsichtlich der Akzeptanz des griechischen Gesetzes durch die Mehrheit vgl. z. B. das teilweise abweichende Sondervotum von Richter MARTENS, *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 436–439 (§§ 13–20); Richter PETTITI, *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 425–427 (u. a. hinsichtlich der Unterscheidung von ‘proper and improper proselytism’).

Siehe auch TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 26; 69–70; UITZ, *Freedom of Religion* (Fn. 641, 2007) 61–63.

⁹⁶⁸ Siehe das teilweise abweichende Sondervotum von Richter MARTENS, *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 436–437 (§ 15): ‘In principle, however, it is not within the province of the State to interfere in this “conflict” between proselytiser and proselytised. [...B]ecause – since respect for human dignity and human freedom implies that the State is bound to accept that in principle everybody is capable of determining his fate in the way that he deems best – there is no justification for the State to use its power “to protect” the proselytised (it may be otherwise in very special situations in which the State has a particular duty of care, but such situations fall outside the present issue).’

⁹⁶⁹ Siehe oben S. 198.

⁹⁷⁰ Wie oben ausgeführt, wäre das Interesse in Analogie zu gleichgewichtigen Interessen aus dem forum externum zu betrachten. Siehe insgesamt oben S. 200.

Solange der EGMR – noch dazu kaum ins Gewicht fallende – Interessen in die Abwägung der Gegenrechte mit einbezieht, ist der Kritik an einer einseitigen Rechtsprechung Recht zu geben: Auf der einen Seite erkennt man deutliche Zurückhaltung, „gebührende Anerkennung des potentiellen Umfangs des *forum internum* zu geben, sofern dieses ‚direkt‘ eingeklagt“ wird durch ein Opfer.⁹⁷¹ Auf der anderen Seite, wenn „das *forum internum* ‚indirekt‘ anerkannt wird als ein Mittel, den Handlungsspielraum zugunsten der Staaten zu erweitern“, so erscheint dann das Gericht als nur zu willig, den Schutz der inneren Überzeugungen zu akzeptieren, und auf diese Weise repressive Maßnahmen des Staates zu unterstützen.⁹⁷²

Festgehalten sei abschließend noch, dass auch im hypothetischen Fall, dass das Gericht das Interesse des vermeintlichen „Proselytismus-Opfers“ hätte in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einstellen dürfen, dies selbstredend nicht mit einer abschließenden Rechtfertigung des griechischen Staats einherginge. Noch immer wäre dann festzustellen, dass beim Abwägungsprozess auf der einen Seite – wohlwollend formuliert –⁹⁷³ das Interesse an einer friedlichen Umgebung für zwischenmenschliche Interaktionen zu beachten wäre. Auf der anderen Seite wäre jedoch ein fundamentaler Teil religiöser Praxis involviert, nämlich Zeugnis zu geben von seinen inneren Einstellungen. Es erscheint kaum vorstellbar, wie hier nicht das letztere Interesse überwiegen müsste, eingedenk auch dessen, dass eben gegen Privatpersonen der Schutz der Menschenrechte ohnehin eingeschränkt ist. Das griechische Gesetz verletzt entgegen der Leitentscheidung des EGMR Art. 9 EMRK.

(2) Die Kopftuchfälle

Wie oben angedeutet, sind auch einige der sog. Kopftuchfälle im hier zu erörternden Kontext von besonderem Interesse, nämlich diejenigen, die in Beziehung zum Handeln von nicht-staatlichen Akteuren stehen (anstelle desjenigen von Staatsbediensteten wie z. B. Lehrerinnen). Die prominente *Leyla Şahin*-Entscheidung⁹⁷⁴ betraf solch eine Situation. Studentinnen war es

⁹⁷¹ ‘To give due acknowledgement to the potential scope of the *forum internum* when “directly” claimed’, so der zitierte Halbsatz bei TAYLOR.

Selbst wenn die europäischen Organe eine positive Schutzpflicht dem Grunde nach bejahen, so scheint dies zu allermeist nur in solchen Fällen zu geschehen, in denen man zugleich den konkreten Anspruch dann aus anderen Gründen zu verneinen glaubt, vgl. TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 120–121.

⁹⁷² ‘The *forum internum* is recognised “indirectly” as a means of broadening the discretion available to States’, so der zitierte Halbsatz bei TAYLOR, *Freedom of Religion* (Fn. 493, 2005) 119–120.

⁹⁷³ Um dieses Interesse stattdessen wirklichkeitsnäher zu charakterisieren: Es bedarf wohl tatsächlich rechtlichen Schutzes gegen sog. Haustürgeschäfte. Doch wenn es auch gut möglich sein kann, d. h. sich jemand unvorbereitet durch gewisse Raffinesse einen neuen Staubsauger aufschwätzen lässt: Eine Glaubensentscheidung in 15 Minuten zu treffen, ist nicht denkbar, will man nicht an ein Bekehrungswunder glauben. Da gegen Letzteres kein rechtlich Kraut gewachsen ist, bei Ersterem dagegen die Zeit zum Nachdenken und Informieren im Anschluss an das Überfallgespräch gegeben ist, besteht kein ernstzunehmendes Interesse für irgendwelche rechtlichen Zwangsmaßnahmen.

⁹⁷⁴ *Leyla Şahin v Turkey* (GK, 10.11.2005, Nr. 44774/98) (2007) 44 EHRR 5; auszugsweise deutsche Übersetzung in NVwZ 2006, 1389–1396.

damals⁹⁷⁵ verboten, in der Universität Kopftücher zu tragen,⁹⁷⁶ um Konflikte insbesondere mit ihren Kommilitoninnen zu vermeiden. Wieder unterließ es jedoch das Gericht, diejenigen Rechte der anderen Studentinnen zu spezifizieren, die hier das legitime Ziel staatlichen Eingreifens hätten sein können.⁹⁷⁷ Im Rahmen seiner Kernargumentation nahm die Große Kammer später jedoch einen etwas ausdrücklicheren Standpunkt hinsichtlich des zugrunde liegenden Konflikts zwischen Privaten ein:

In einer demokratischen Gesellschaft, in der mehrere Religionen innerhalb ein- und derselben Bevölkerung nebeneinander bestehen, kann es notwendig sein, die Freiheit zu beschränken, seine Religion oder Weltanschauung zu manifestieren, um so die Interessen der unterschiedlichen Gruppen zu versöhnen und die Achtung der Überzeugung jeder Person sicherzustellen (*Kokkinakis* [...]). Das ergibt sich aus Art. 9 § 2 EMRK wie auch aus der in Art. 1 EMRK festgelegten positiven Verpflichtung der Vertragsstaaten, allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die Rechte und Freiheiten der Konvention zuzusichern.⁹⁷⁸

Da das Gericht hier ausdrücklich den Begriff der „positive obligations“ verwendet, ist hier (anders als bei *Kokkinakis*) ausdrücklich dokumentiert, dass es sich die spezifische Besonderheit des Konflikts – Privatpersonen unter sich – bewusst hat werden lassen. Doch gibt die Große Kammer keine Erklärung dafür, weshalb es notwendig sein sollte, „die *Interessen*“ der unterschiedlichen Überzeugungen zu versöhnen. Im nächsten Satz bezieht sich das Gericht dann auf die rechtliche Grundlage staatlicher Vermittlungsbemühungen, nämlich das Konzept positiver Verpflichtungen. Dabei zitiert es zutreffend, dass die durch die Konvention genau umrissenen „Rechte und Freiheiten“ zu sichern sind. Die Diskrepanz zwischen der Erwähnung bloßer Interessen und dann wiederum zutreffend der Rechte bleibt unaufgelöst. Ein dogmatischer Ansatz, auch bloße Interessen zu berücksichtigen – wie oben ausgeführt –⁹⁷⁹ findet sich nicht im Urteil. Es gibt eine Bezugnahme zur „Rolle des Staates als einem neutralen und unparteiischen Organisierenden zwischen den Betätigungen der verschiedenen Religionen, Glaubensrichtungen und Überzeugungen und [... seine] Rolle [... für] die öffentliche Ordnung, religiöse Harmonie und

⁹⁷⁵ Zu den jüngsten Gesetzes- und Verfassungsänderungen vom Februar 2008 zum Kopftuchverbot (Verbot nur noch bestimmter Varianten des Kopftuchs) siehe beispielsweise <http://www.tagesschau.de/ausland/kopftuchverbot6.html> (eingesehen am 28.2.2008).

⁹⁷⁶ Sonstige Verbote seien hier außer Betracht gelassen.

⁹⁷⁷ Siehe *Leyla Şahin v Turkey* (GK, 10.11.2005, Nr. 44774/98) (2007) 44 EHRR 5, § 99. Allerdings trägt das Gericht vor, diese Frage sei nicht streitig gewesen.

⁹⁷⁸ „In democratic societies, in which several religions coexist within one and the same population, it may be necessary to place restrictions on freedom to manifest one’s religion or belief in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone’s beliefs are respected (*Kokkinakis* ...). This follows both from paragraph 2 of Art. 9 and the State’s positive obligation under Art. 1 of the Convention to secure to everyone within its jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention.’ So *Leyla Şahin v Turkey* (GK, 10.11.2005, Nr. 44774/98) (2007) 44 EHRR 5, S. 125 (§ 106), Übersetzung in Anlehnung an NVwZ 2006, 1392.

⁹⁷⁹ Siehe oben S. 198.

Toleranz in einer demokratischen Gesellschaft“.⁹⁸⁰ Das Gericht schließt daraus, dass diese neutrale Rolle „vom Staat einfordert, gegenseitige Toleranz zwischen gegnerischen Gruppen zu sichern“ sowie „zu garantieren, dass konkurrierende Gruppen einander tolerieren“.⁹⁸¹

Durch solch eine Aussage⁹⁸² wird die staatliche Rolle, zwischen Privatpersonen zu vermitteln, nicht begründet, sondern nur behauptet. Die Rede von der Neutralität ersetzt nicht die Notwendigkeit einer Ermächtigung, in die gesellschaftliche Sphäre des Privaten einzudringen.⁹⁸³ Neutralität mag wichtig sein, um zu entscheiden, ob oder zu welchem Grad es dem Staat selbst erlaubt ist, mit religiösen oder sonstigen Bewegungen zu kommunizieren.⁹⁸⁴ Hinsichtlich der Eingriffe in die Handlungsfreiheit seiner Bürger bleibt der Staat an die durch die Konvention eingeräumten Befugnisse gebunden.⁹⁸⁵ Dort werden aber nur positive Verpflichtungen mit Blick auf den Schutz von „rights and freedoms“ statuiert. An einer Ermächtigung des Staates, seine Vision einer demokratischen Gesellschaft den Trägern dieser Gesellschaft mit den Mitteln staatlicher Verbote aufzuoktroieren, fehlt es. Die negative Schutzdimension der Rechte und Freiheiten der Konvention⁹⁸⁶ verhindert solch ein ambitioniertes staatliches Ansinnen, das hier fälschlich die Weihen des EGMR erhält. Es bleibt ein Lippenbekenntnis, wenn das Gericht abschließend dann wieder korrekt sich allein auf die fundamentalen *Rechte* bezieht, die vom Staat auszutariieren sind:

⁹⁸⁰ ‘The State’s role as the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs, and [... its] role [... for] public order, religious harmony and tolerance in a democratic society’, so *Leyla Şahin v Turkey* (GK, 10.11.2005, Nr. 44774/98) (2007) 44 EHRR 5, S. 125–126 (§ 107).

⁹⁸¹ ‘Requires the State to ensure mutual tolerance between opposing groups’ – ‘to ensure that the competing groups tolerate each other’, *ibid.* Solch eine Vorstellung von Toleranz wurde auch herangezogen bei *Serif v Greece* (14.12.1999, Nr. 38178/97) (2001) 31 EHRR 20, S. 573 (§ 53) (vgl. das Zitat S. 181, Fn. 850). In *Serif* betonte das Gericht allerdings noch gleichzeitig die Zurückhaltung hinsichtlich eines Eingreifens in die Beziehungen unter nicht-staatlichen Akteuren.

Für eine erstaunliche Bezugnahme des EGMR zur Neutralität vgl. *Murphy v Ireland* (10.6.2003, Nr. 44179/98) (2004) 38 EHRR 13, S. 236 (§ 74), wo das Gericht das Verbot religiöser Werbung rechtfertigt, um ‘impartial, neutral and balanced’ Informationsmöglichkeiten in Irland vor dem Hintergrund irischer Religionsgeschichte zu sichern. Zur Kritik an dieser Fehlentscheidung vgl. etwa CUMPER, *Inciting Religious Hatred*, in: *Does God Believe in Human Rights?*, hrsg. v. *Ghanea u. a.*, Leiden 2007, 255–257.

⁹⁸² Für einen dem Gericht ähnelnden Ansatz vgl. KAUFMANN, *Überzeugungsfreiheit im Völkerrecht* (Fn. 523), 1989, 315.

⁹⁸³ Dies verschärft sich insoweit, als gerade der behauptete Einsatz für Frauenrechte als paternalistisch empfunden und der selbstverantworteten Entscheidung der betroffenen Frauen keine bedeutende Rolle beigemessen wird sowie mit Blick auf die Betroffenen insgesamt stereotypische Vereinnahmungen erfolgen, vgl. etwa CHINKIN, *Women’s Human Rights and Religion*, in: *Religion, Human Rights and International Law*, hrsg. v. *Rehman*, Leiden, 2007, 71–73.

⁹⁸⁴ Für einen Überblick hinsichtlich des Konzepts der Neutralität und der Beziehungen zwischen Staat und Religion siehe TEMPERMAN (Fn. 657) (2006) 1 *Religion and Human Rights* 269–303, insbesondere 300–303.

⁹⁸⁵ Die Berufung auf Respekt und Toleranz ist einzig insoweit zurückzuweisen, soweit sie systemwidrig angewendet wird. Diese Werte können sehr wohl wichtig sein hinsichtlich anderer Rechte, z. B. dem Ehrschutz (vgl. S. 194 in Fn. 931). Ferner können sie bei der Entscheidung von Bedeutung sein, die Gewichtigkeit legitimer Rechte und Interessen einzuordnen, und zwar mit Blick auf deren Ausbalancierung beim Verhältnismäßigkeits-test.

⁹⁸⁶ Dies gilt ebenso mit Blick auf den ICCPR.

Wo diese „*Rechte und Freiheiten*“ ihrerseits selbst zu denen gehören, die durch die Konvention oder ihre Protokolle geschützt sind, muss es akzeptiert werden, dass die Notwendigkeit, *diese* zu schützen, dazu führen kann, dass Staaten andere ebenso in der Konvention festgeschriebene Rechte oder Freiheiten beschränken müssen. Es ist präzise diese ständige Suche nach einer Balance *zwischen den fundamentalen Rechten* eines jeden Individuums, die das Fundament einer „demokratischen Gesellschaft“ konstituiert.⁹⁸⁷

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung zeigt, dass sich die Große Kammer keineswegs an einen auf Rechte gestützten Ansatz gebunden sieht. Sie trägt vage Bezugnahmen vor auf die „Werte des Pluralismus“, Respekt für die Rechte der anderen, und, insbesondere, Gleichheit von Männern und Frauen vor dem Gesetz“.⁹⁸⁸ Exemplarisch wird so deutlich gemacht, dass Rechte nur ein Aspekt unter vielen anderen sind. An einer Erklärung für solch ein Vorgehen fehlt es. Nicht weiter ins Gewicht fällt hier, dass die Argumente des Gerichts hinsichtlich Pluralismus und Geschlechtergleichheit aus guten Gründen harsche Kritik erfahren haben.⁹⁸⁹ Entscheidend ist vielmehr, dass das Gericht es unterlässt zu begründen, weshalb und in welchem Maße es überhaupt befugt ist, über Pluralismus und Geschlechtergleichheit als zu berücksichtigende Interessen zu urteilen, obwohl sie als solche nicht in der relevanten Schrankenregelung erwähnt sind.

Wenn, wie eben ausgeführt, mitunter auch von den tatsächlich in Frage kommenden Rechten gesprochen wird, so fehlt es gleichwohl an einer Erläuterung, worin hier diese Rechte

⁹⁸⁷ ‘Where these “*rights and freedoms*” are themselves among those guaranteed by the Convention or its Protocols, it must be accepted that the need to protect *them* may lead States to restrict other rights or freedoms likewise set forth in the Convention. It is precisely this constant search for a balance *between the fundamental rights* of each individual which constitutes the foundation of a “democratic society”.’ So *Leyla Şahin v Turkey* (GK, 10.11.2005, Nr. 44774/98) (2007) 44 EHRR 5, S. 126 (§ 108), Hervorhebung nicht im Original.

Dass die Große Kammer keineswegs sich an eine, im wahrsten Sinne des Wortes rechtsgeleitete Analyse hält, kann abgesehen von diesem Zitat hier z. B. an Folgendem erkannt werden (S. 127, § 110), wo sie sich auf eine mysteriöse weitere Pflicht neben dem Schutz von Rechten (und öffentlicher Ordnung) bezieht: ‘The Court must have regard to [...] the need to protect the rights and freedoms of others, to preserve public order and to secure civil peace and true religious pluralism, which is vital to the survival of a democratic society.’

⁹⁸⁸ ‘The values of pluralism, respect for the rights of others and, in particular, equality before the law of men and women’, so *Leyla Şahin v Turkey* (GK, 10.11.2005, Nr. 44774/98) (2007) 44 EHRR 5, S. 129 (§ 116).

Überdies wird noch ein spezifisches Verständnis der Säkularität herangezogen, vgl. z. B. S. 127–128 (§ 113).

⁹⁸⁹ Vgl. hinsichtlich Geschlechtergleichheit das abweichende Sondervotum von Richterin TULKENS, *Leyla Şahin v. Turkey* (GK, 10.11.2005, Nr. 44774/98) (2007) 44 EHRR 5, §§ 11–12 und illustrativ DENLI, *The Head-Cover Controversy in Contemporary Turkey*, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief*, hrsg. v. *Lindholm* u. a., Leiden 2004, 504. Vgl. weiterhin WING/NIGH SMITH, *Critical Race Feminism Lifts the Veil?* (2006) 39 UC Davis L Rev 757–760; BREMS, *The Approach of the ECtHR to Religion*, in: *Die Rechtsstellung des Menschen im Völkerrecht* (Fn. 647, 2003) 16–17; BELELIEU, *The Headscarf as a Symbolic Enemy of the European Court of Human Rights’ Democratic Jurisprudence* (2006) 12 Colum J Eur L 619–620; TURNER, *The Price of a Scarf* (2005) 26 U Pa J Intl Econ L 337–339; BLEIBERG, *Unveiling the Real Issue: Evaluating the European Court of Human Rights’ Decision to Enforce the Turkish Headscarf Ban in Leyla Sahin v. Turkey* (2005) 91 Cornell L Rev 162–164; KNIGHTS, *Religious Symbols in the School* [2005] Eur Human Rights L 514.

Hinsichtlich Pluralismus vgl. nur MARÍNEZ-TORRÓN/ NAVARRO-VALLS, *The Protection of Religious Freedom in the System of the Council of Europe*, in: *Facilitating Freedom of Religion or Belief*, hrsg. v. *Lindholm* u. a., Leiden 2004) 231; aus säkularer Perspektive vgl. LERNER, *Religion, Secular Beliefs and Human Rights* (Fn. 491, 2006) 198–200.

Als neutralen Bericht ohne jede Kritik siehe FROWEIN, *Religion and Religious Symbols in European and International Law*, in: *Religion in the Public Sphere*, hrsg. v. *Brugger*, Berlin, 2007, 250–251. Als befürwortende Stimme vgl. ÖZTÜRK, *Das Kopftuch sorgt weiterhin für Gesprächsstoff in Deutschland*, DÖV 2007, 998, 1002.

bestehen könnten. Kein Wort findet sich darüber, wie das Tragen eines Kopftuchs zu einer Verletzung eines *Rechts* anderer Studentinnen führen könnte. Die bloße Bezugnahme auf „externen Druck von extremistischen Bewegungen“⁹⁹⁰ ersetzt keine Begründung. Dass es an Letzterer fehlt, darf allerdings nicht verwundern. Das einzige in Frage kommende Recht ist schließlich die Gewissensfreiheit der anderen Studentinnen, nämlich der absolute Schutz des *forum internum*. Diesbezüglich ist es offensichtlich, dass es an einem Eingriff fehlt, da die Schwelle des Zwangs bzw. des Indoktrinierens nun einmal nicht durch das bloße Tragen von Kopftüchern zu überschreiten ist.

Anders als in *Kokkinakis* bezieht sich die Große Kammer in *Leyla Şahin* zumindest teilweise auch auf „public order and public safety“⁹⁹¹ und damit auf Rechtsbegriffe, die bloße Interessen beinhalten können. Es sprengte den Rahmen dieser Arbeit zu untersuchen, inwieweit ein Kopftuchverbot auf diese alternativen Rechtsbegriffe gestützt werden könnte.⁹⁹² Jedenfalls hätte aber auch die Berufung hierauf nicht davon befreit, substantiell zu beachten, dass die angeblichen Täterinnen, also die Kopftuch tragenden Studentinnen, als Privatpersonen nicht in gleicher Weise durch Menschenrechte gebunden sind wie etwa Lehrerinnen. Die Frage nach den „horizontal effects“ hätte geklärt werden müssen. Wie schon in *Kokkinakis* findet eine solche Untersuchung letztlich nicht statt. Dass für eine sauber begründete Entscheidung auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in nachvollziehbarer Weise hätte angewendet werden müssen, ist allerdings wohl die bedeutendste Nachlässigkeit des EGMR in dieser fehlgeleiteten Grundsatzentscheidung, bedenkt man die Vielzahl religiöser Studentinnen, die sich so einem faktischen Ausschluss aus der universitären Bildung ausgesetzt sehen, solange sich nun nicht dauerhaft die türkische Rechtslage selbst ändern sollte.

⁹⁹⁰ ‘External pressure from extremist movements’, so *Leyla Şahin v Turkey* (GK, 10.11.2005, Nr. 44774/98) (2007) 44 EHRR 5, S. 128 (§ 113), unter Bezugnahme auf türkische Entscheidungen.

⁹⁹¹ Während der Bezugnahme auf andere (eigene) Entscheidungen, siehe beiläufig *Leyla Şahin v Turkey* (GK, 10.11.2005, Nr. 44774/98) (2007) 44 EHRR 5, S. 127 (§ 111); siehe auch die Erwähnung von ‘public order’ beim Zitat oben S. 208 bei Fn. 980 sowie *ibid*, S. 127 (§ 110), S. 126 (§ 109).

⁹⁹² Nur angedeutet sei, dass die öffentliche Sicherheit wohl nur für spezifische Situationen in Betracht kommt (z. B. Kopftücher als Gefahr für Hygiene im Universitätskrankenhaus u. ä.) und dass auch die Berufung auf die „öffentliche Ordnung“ kein Allheilmittel ist. Es nimmt nicht Wunder, dass z. B. im deutschen Polizei- und Ordnungsrecht gerade darum gerungen wird, ob der Begriff der öffentlichen Ordnung nicht gerade wegen seiner Unbestimmtheit generell rechtstaatlichen Bedenken unterliegt, zumindest aber restriktiv auszulegen ist. Das Aufoktroieren bloß persönlicher Moral- und Wertvorstellungen müsse dabei vermieden werden. Vgl. zu allem m. w. N. SCHOCH, Polizei- und Ordnungsrecht, in: *Schmidt-Aßmann*, Besonderes Verwaltungsrecht, Berlin, 13. A. 2005, § 2, Rn. 79–83 (S. 171–174).

C) Konsequenzen aus dem Mangel an überzeugenden Auslegungsversuchen

Abschließend soll überlegt werden, inwieweit der Schutz des *forum internum* kohärenter gestaltet werden könnte.

I. Bemühungen um konkrete Definitionsversuche

Die erste der beiden Richtlinien, die dazu hier aufgezeigt werden, basiert auf folgender Beobachtung, die derjenigen gleicht, die oben im kanonischen Strafrecht auszumachen war. Es gibt in Jurisprudenz und Lehre einen folgenreichen Mangel an Aufmerksamkeit, was die Definitionsbemühungen um die relevanten Rechtsbegriffe betrifft. Kaum etwas zwingt jedoch mehr, sich direkt auf die gestellten Fragen zu konzentrieren, als um präzise Definitionen zu ringen, die abstrahieren von der bloß singulären Beantwortung einer Fallfrage. Bei Letzterem dagegen kann unbemerkt hinter vielen Worten der Kern verfehlt werden. Um dies an einem wichtigen Beispiel aufzuzeigen: Es gibt nur selten Versuche zu definieren, was mit Zwang gemeint ist. Sofern Versuche auszumachen sind, wird zumeist statt abstrakter Tatbestandsmerkmale wiederum nur auf Fallbeispiele verwiesen.⁹⁹³ Diese jedoch sind weder Teil eines Konsenses, noch einander ähnlich, denkt man z. B. an den „Proselytismus“ von Zeugen Jehovas, an von Studentinnen getragene Kopftücher oder an den Einfluss der Massenmedien. Dem entsprechend ist es kaum möglich, die tragenden Gründe herauszufiltern, betrachtet man diese Beispiele.

55 Jahre nach Einführung des Begriffs Zwang durch einen ägyptischen Delegierten sollte es möglich sein, anstelle unstrukturierter Diskussion den Rechtsbegriff abstrakt und kohärent zu beschreiben.⁹⁹⁴ Die hier nun vorgelegte Definition kann allerdings nicht über einen provisorischen Versuch hinauskommen.⁹⁹⁵ Dieser Vorschlag dient einzig dazu darzulegen, dass es nicht illusorisch ist, an der Ausarbeitung von Definitionen zu arbeiten, die dazu dienen, die Angelpunkte der sachlichen Auseinandersetzungen in den Blick zu nehmen. Dem entsprechend wird darauf verzichtet, die Differenzierungen in Wortlaut und Entstehungsgeschichte zwischen Art. 9 EMRK und Art. 18 ICCPR aufzugreifen. Anstelle dessen werden die Begriffe „Zwang“ und „Indoktrinieren“ davon losgelöst definiert, und zwar wie folgt:

⁹⁹³ Vgl. nur den prominentesten Definitionsversuch (der auch zu den ausführlichsten gehört), der zumindest teilweise abstrakte Elemente umfasst, nämlich den General Comment Nr. 22 des Human Rights Committees, komplett wiedergegeben im Annex 1 auf S. 232.

Der von vielen wiedergegebene Konsens, dass physische Gewalt ein mögliches Element von Zwang ist, könnte allerdings je nach Sichtweise nicht als Beispiel, sondern als Teil einer abstrakten Definition aufgefasst werden.

⁹⁹⁴ Vgl. allerdings beispielhaft für eine verbreitete Aversion gegen Definition z. B. MARTINEZ-RUIZ, Statement, in: *Freedom of Conscience*, hrsg. v. *Council of Europe*, Straßburg 1993, 130: ‘In law, a definition is no more and not less than a caricature of reality’. Die hier erhobene Forderung nach einer Definition dient nicht dazu, Realität wiederzugeben, sondern effektiv mit ihr umzugehen.

⁹⁹⁵ Vgl. auch den Versuch einer Definition des Zwangs mit Blick auf das kirchliche Strafrecht oben S. 100.

Art. 1: Zwang und Indoktrinieren sind Eingriffe in das forum internum⁹⁹⁶, die kategorisch nicht zu rechtfertigen sind.⁹⁹⁷

Art. 2:

§ 1: Zwang ist Gewaltanwendung oder eine sonstige Form der Beeinflussung durch Handeln oder Unterlassen, für die der Staat verantwortlich ist⁹⁹⁸, und die die folgenden Kriterien erfüllt:

- (a) Sie ist entweder geeignet, direkt verändernd auf das forum internum einer⁹⁹⁹ Person¹⁰⁰⁰ einzuwirken
- (b) oder die Beeinflussung hat – für sich betrachtet¹⁰⁰¹ – aus der Sichtweise der betroffenen Person solch eine Qualität, dass es eine vernünftige¹⁰⁰² Konsequenz¹⁰⁰³ ist
– gemäß der Beeinflussung¹⁰⁰⁴ zu handeln

⁹⁹⁶ Forum internum ist hier gewählt mit Blick auf die Klärungen und Umgrenzungen, die während dieser Arbeit entwickelt wurden. Art. 1 wäre einschlägig (sedes materie), dieses Konzept abstrakt in Gesetzesform zu gießen, ein Vorhaben, das allerdings für die hier zu erreichenden Demonstrationszwecke nicht notwendig ist.

⁹⁹⁷ Die Frage nach der aus dem deutschen Grundgesetz bekannten Rechtsfigur kollidierenden Verfassungsrechts soll hier außen vor gelassen werden.

⁹⁹⁸ Zwang von nicht-staatlichen Akteuren wird in einem gesonderten Absatz behandelt. Die offene Formulierung soll Auslegungsspielraum ermöglichen, ob und wie nur lose dem Staat zugeordnete Personen hiervon zu erfassen sind (z. B. ausgegliederte eigenständige juristische Rechtspersonen, an denen sich auch Private beteiligen; die Frage nach Staatsbediensteten, die in ihrer Freizeit, aber unter heimlicher Nutzung staatlicher Ressourcen agieren u. ä.).

⁹⁹⁹ Der Schutz des forum internums ist Einzelpersonen, nicht aber Gruppen zugeordnet.

¹⁰⁰⁰ Solche, sicherlich nur selten anzutreffende (bzw. ans Tageslicht kommende) Eingriffe wie die etwa als „brainwashing“ beschriebenen Verfahren müssen keinerlei weitere Anforderungen erfüllen, da sie geradezu direkt durch den Zwangseffekt konstituiert sind, gegen den sich hier der oder die Betroffene nicht unbedingt oder gar nicht ausreichend wehren könnte.

¹⁰⁰¹ Dieses Kriterium ist von größter Bedeutung. Der Wortlaut „Zwang“ beinhaltet, dass der freie Wille einer Person nicht nur beeinflusst ist, sondern dass die Gewichtigkeit der Beeinträchtigung nicht mehr schlicht zur Seite gedrängt werden kann. Die Beeinträchtigung muss aus sich selbst heraus einen bestimmenden Einfluss haben. Wieder ist hier auf das oben S. 100 herangezogene Bild der Prozentzahlen heranzuziehen, ohne dass damit ausgesagt werden sollte, so den menschlichen Denkprozess angemessen zu beschreiben. Bildlich muss danach für Zwang Druck in einem Maß ausgeübt werden, das 50 % übersteigt. In solch einer imaginären Skala könnte der angedrohte Foltertod zur Willensbeugung mit 99 % bezeichnet werden, wohingegen ein freundschaftlicher Rat mit 1 % zu werten wäre. Niemals jedoch könnte eine Maßnahme mit 100 % bewertet werden. Diesbezüglich ist die Erkenntnis zutreffend, dass in gewisser Hinsicht die innersten Überzeugungen unverletzlich sind (die Gedanken sind frei; siehe auch das Märtyrerbeispiel). Abgesehen von solch theoretischen Fragen, ist die bildliche Schwelle, auf die es ankommt, bei 51 % anzusiedeln.

¹⁰⁰² Zwanganwendung ist mit Blick auf den Betroffenen zu definieren („aus der Sicht...“), d. h. allein die subjektive Betroffenheit ist zunächst entscheidend. Der Staat seinerseits ist geschützt, dass er bei fehlender Intention nicht verantwortlich ist (dazu sogleich § 2). Mit dem Wort „vernünftig“ nun besteht die Möglichkeit, rein subjektive Wahnvorstellungen sogleich aus dem Tatbestand auszuschließen. Im Übrigen wird hierdurch nochmals die bildhafte 51 % - Schwelle im Zusammenklang mit dem Einschub „für sich betrachtet“ erläuternd bezeichnet.

¹⁰⁰³ Der Vernünftigkeitsschwelle bedarf es auch hinsichtlich Gewalt. Eine Ohrfeige ist Gewalt, doch kommt ihr nicht als solcher zwingende Wirkung zu (wenn nicht andere Umstände hinzutreten, etwa die Bedrohung mit weiteren Gewaltakten).

¹⁰⁰⁴ Beeinflussung ist der Oberbegriff, der Gewalt und sonstige Formen miteinschließt, siehe den Eingangssatz. Auch das Handeln, um weiterer Gewalt zu entgehen, ist damit ein Handeln gemäß der Beeinflussung.

– oder dass vergleichbar dazu fehlendes Nachgeben zu bedeutsamen Beschränkungen der Lebensweise der betroffenen Person führt,¹⁰⁰⁵

wobei auch Beeinflussungen umfasst sind, die darauf abzielen, das Überdenken der eigenen Überzeugungen zu verhindern¹⁰⁰⁶

und wobei Beeinflussungen auch in einer Täuschung bestehen können.¹⁰⁰⁷

§ 2: Kann der Staat nachweisen,¹⁰⁰⁸ dass keine Intention bestand, das forum internum zu beeinträchtigen, und ist es auch nicht grob fahrlässig vom Staat, die Zwangswirkung nicht vorausgesehen zu haben, dann ist die Beeinflussung kein Zwang. Diese Qualifizierung berührt nicht die Möglichkeit, dass die Beeinflussung gleichwohl andere Rechte verletzt hat.

§ 3: Der Staat ist verpflichtet, effektiv gegen Zwang i. S. v. § 1–2 durch nicht-staatliche Akteure zu schützen, sofern die Maßstäbe¹⁰⁰⁹ des sich entwickelnden¹⁰¹⁰ Verständnisses der internationalen Menschenrechtsdoktrin erfüllt sind, die von der Einbeziehung von zugrunde liegenden Konflikten zwischen nicht-staatlichen Akteuren handeln.

¹⁰⁰⁵ Ein zum Martyrium bereiter Mensch mag derart wenig beeinflussbar durch äußere Einflüsse sein, dass es nach seiner Sichtweise schlichtweg unvernünftig wäre, gemäss der Beeinflussung zu handeln. Diese Klausel ist daher notwendig, Zwang auch bei solchen Menschen feststellen zu können, denn deren heroische Einstellung darf nicht dem Zwang Ausübenden zu Gute kommen. Um diese Klausel praktisch im Sinne einer objektiven Vergleichbarkeit auszulegen, müsste man sich wohl – als ersten und wichtigsten Ansatzpunkt – die Frage stellen: Wie würde wohl eine „normal“ konstituierte Person reagieren? Dies klingt in der Formulierung „vergleichbar dazu“ an. Eine genauere Ausdifferenzierung der Definition in diesem Sinne dürfte nicht notwendig sein, bedenkt man insbesondere, dass sicherlich Sachverhalte zu erfassen sind, für die ein solch „objektives“ Verhalten nicht verifizierbar ist.

¹⁰⁰⁶ Dieser Einschub dient dazu, staatliche Maßnahmen einzuschließen, die darauf zielen, „Apostasie“ oder „Häresie“ zu verhindern. Die Notwendigkeit, diese Formen von Zwangsausübung explizit einzubeziehen, ist insbesondere relevant mit Blick auf den geänderten Wortlaut der Zwangsklausel, wie sie in der 1981er Deklaration (Fn. 629) gefasst ist, vgl. GHANEA, *The 1981 UN Declaration*, in: *The Challenge of Religious Discrimination* (Fn. 497, 2003) 25.

¹⁰⁰⁷ Diese Klausel dient der Klarstellung. Andernfalls könnte behauptet werden, es sei nicht „vernünftig“ gemäß einer Täuschung zu handeln. Wenn jedoch ein Staat eine solch verwerfliche Handlung durchführt, ist die Zwangswirkung zu bejahen, ganz gleich, wie einfach es gewesen wäre, das Vorhaben des Staates zu durchschauen. Zum Verständnis des Begriffs „vernünftig“, der allenfalls nur krassere Fälle von subjektiver Verblendung ausschließen helfen sollte, siehe soeben Fn. 1003.

¹⁰⁰⁸ Durch die Formulierungen zur Intention (noch dazu als eigener Absatz) ist hier eine den Staat begünstigende Rechtsregel aufgestellt. Nach allgemeinen Beweisgrundsätzen trägt daher hierfür allein der Begünstigte, d. h. der Staat die Beweislast.

Der ausdrücklichen Formulierung einer Beweislast hätte es daher womöglich nicht bedurft. Da aber auch der Amtsermittlungsgrundsatz gelten könnte, ist zur Klarstellung eine explizite Beweisregel gewählt, denn aus Gerechtigkeitsgründen erscheint es angebracht, sämtliche Zweifel zu Lasten des Staates gehen zu lassen, der es schließlich zur objektiv wirkenden Beeinflussung hat kommen lassen.

¹⁰⁰⁹ Vgl. die Richtlinien zusammengefasst oben ob S. 173.

¹⁰¹⁰ Eine Definition kann keine Lösung präsentierten, solange die Diskussion zu verzettelt ist, hinreichende Klarheit zu schaffen. Gleichwohl ist § 3 trotz der darin zum Ausdruck kommenden Vorläufigkeit von besonderer Bedeutung, da er die schon zum jetzigen Zeitpunkt gültigen Erfordernisse klar zum Ausdruck bringt, dass nämlich die Anwendbarkeit auf Privatpersonen gesondert zu rechtfertigen ist.

Art. 3:

§ 1: Indoktrinieren ist eine Maßnahme, für die der Staat verantwortlich ist¹⁰¹¹, und die darauf abzielt, auf das forum internum einer Person Druck auszuüben¹⁰¹² durch Mittel, die zwar für sich genommen nicht als Zwang zu qualifizieren sein müssen¹⁰¹³, die aber objektiv¹⁰¹⁴ bedeutsam sind.¹⁰¹⁵

§ 2: Wenn die beeinflussende Wirkung einer staatlichen Maßnahme deutlich vorhersehbar ist, ist davon auszugehen, dass der Staat die notwendige Intention i. S. d. § 1 hatte.

II. Zurückhaltung hinsichtlich ausufernder Interpretationen des forum internums

Eine letzte Anmerkung zieht Konsequenzen aus den Schwierigkeiten, die sich ergeben, will man die Schutzmechanismen des forum internums interpretieren. Es ist nicht allein wichtig, die Suche nach kohärenten Auslegungen zu intensivieren. Darüber hinaus gilt es auch, die dem Recht eigenen Begrenzungen zu akzeptieren. Erweist es sich als extrem schwierig, trennscharf die Grenzen des Schutzes des forum internums zu beschreiben, so bedeutet dies, dass dies nicht durch pauschalierende, den Schutz ausweitende Auslegungsansätze überspielt werden kann. Was das Recht nicht leisten kann, darf nicht durch eigene Gerechtigkeitsvorstellungen des Interpreten ersetzt werden. Dabei ist es nicht allein das mutmaßliche Opfer, das damit zu leben hat, dass vielfach Beeinträchtigungen nicht als Eingriff qualifiziert werden können. Auch der Staat hat zu akzeptieren, sich nicht exzessiv auf den vermeintlichen Schutz des Gewissens berufen zu können, um Einschränkungen der Menschenrechte anderer durchzusetzen. Insbesondere Gesetzgebung zur Stärkung bürgerschaftlicher Toleranz wird dann vor Hindernissen stehen, wenn sie sich – selbst wenig tolerant – am Arsenal der Zwangsmittel bedient.

¹⁰¹¹ In diesem Zusammenhang erscheint es sachlich unangebracht, auch Privatpersonen einzubeziehen. Durch die offene Formulierung „verantwortlich ist“ können Zweifelsfälle gegebenenfalls einbezogen werden, siehe auch eben Fn. 998.

¹⁰¹² Der Staat wird und kann das forum internum beeinflussen, da der Staat auf vielen bedeutsamen Feldern notwendig agieren muss. Verboten ist jedoch die *übermäßige* Auspielung seiner Macht, mit der der Staat seine Ziele verfolgt. Es besteht also eine Ähnlichkeit zwischen Zwang und Indoktrinieren. Oftmals kann in der Praxis überdies beides vorliegen. Beide Konzepte würden sich in der Praxis insbesondere dadurch unterscheiden, dass unterschiedliche Beweise gewonnen werden müssen.

Indoktrinieren ist dabei eine „mindere“ Form des Zwanges, deren nicht notwendig vergleichbar schwere beeinträchtigende Wirkung (keine bildhafte „51 %-Grenze“) dadurch ausgeglichen wird, dass beim Staat eine rechtsstaatlich nicht tolerierbare Intention vorliegt.

¹⁰¹³ Siehe schon die vorangegangene Fußnote: Die fehlende Schwere wird durch die Intention des Staates ausgeglichen.

¹⁰¹⁴ Die subjektive Sichtweise kann nicht maßgeblich sein. Indoktrinieren ist verboten, da ein solches Mittel *als Handlung des Staates* inakzeptabel ist. Es fehlt an der Tolerierbarkeit daher nur, wenn tatsächlich objektiv Bedeutsamkeit vorliegt.

¹⁰¹⁵ Überzeugende Grundsätze zur notwendigen Bedeutsamkeit herauszuarbeiten, stellte sich nach dieser Definition als vordringliche Aufgabe dar, siehe S. 153.

D) Zusammenfassung der eigenen Neuansätze

Die herausragende Bedeutung des *forum internum*¹⁰¹⁶ ist Ansporn genug, sich um dessen effektiven Schutz zu bemühen, soweit dies im Einklang mit den relevanten Normtexten möglich erscheint. Neben der Aufdeckung von Unzulänglichkeiten in der herkömmlichen Auslegungsdebatte um das *forum internum*, bedürfen einige Probleme der Weiter- und Neuentwicklung kohärenter Lösungsansätze. Soweit in dieser Arbeit darum gerungen wurde, sollen diese Einsichten stichwortartig ins Gedächtnis gerufen werden.

Zunächst ist die grundlegende Unterscheidung zwischen Manifestieren auf der einen und dem *forum internum* auf der anderen Seite zu betonen, die nämlich dann besser gemeistert werden kann, legt man als Unterscheidungskriterium vor allem die Frage nach dem passiven oder aktiven Charakter der jeweiligen Sachverhalte zugrunde.¹⁰¹⁷ Weiterhin wurde hier dargelegt, dass der Wechsel der inneren Überzeugungen eines mutmaßlichen Opfers keineswegs eine Bedingung ist, um einen Eingriff annehmen zu können.¹⁰¹⁸ Hinsichtlich des Eingreifens des Staates zugunsten von Privatpersonen gegen andere nicht-staatliche Akteure wurde die Notwendigkeit begründet, auch hier die Schutzmechanismen der Theorien zu den sog. „horizontal effects“ einzubeziehen.¹⁰¹⁹ Auch wurde aufgezeigt, dass die Besonderheiten des absoluten Schutzes des *forum internum*s dazu führen, – unter bestimmten Voraussetzungen – bloße Interessen wie tatsächliche Rechte zu behandeln. Dies ist dann der Fall, wenn einander entgegengesetzte Rechte abzuwägen sind, und zwar bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.¹⁰²⁰

Zusammengenommen mit der provisorischen Anstrengung, Zwang und Indoktrinieren zu definieren, mag daher diese Arbeit auch dazu beitragen, die Schutzmechanismen des *forum internum*s besser verstehen und anwenden zu können. Ein nicht zu unterschätzendes Ziel, stimmte man der Aussage zu, nichts weniger als „die Würde des Menschen [gründe] wesentlich in der freien Wahl eines Lebenskonzeptes und der Sichtweise auf diese Welt“.¹⁰²¹

¹⁰¹⁶ Für ein Verständnis der Gewissensfreiheit als das bedeutenste, fundamentale Menschenrecht („Urgrundrecht“ im substantiellen Sinne“) vgl. die Nachweise bei BOROWSKI, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Fn. 553), 2006, 70.

¹⁰¹⁷ Siehe die Ausführungen beginnend auf S. 144 bei Fn. 663. Die Aktivität, die allein durch die Verletzungshandlung selbst hervorgerufen wird, bleibt dabei außer Betracht.

¹⁰¹⁸ Siehe die Ausführungen beginnend auf S. 145 bei Fn. 672.

¹⁰¹⁹ Siehe die Ausführungen beginnend auf S. 190.

¹⁰²⁰ Siehe die Ausführungen beginnend auf S. 198.

¹⁰²¹ ‘The dignity of the human person [... consists] essentially in the free choice of a concept of life and of the world’, so CAPOTORTI als italienischer Delegierter bei UNGA, Third Committee, ‘Draft International Covenants on Human Rights, Art. 18 of the draft ICCPR’ (1960) UN Doc A/C.3/SR.1025, S. 226 (§ 9).

3. TEIL: RECHTSVERGLEICH: FEHLENDE JUSTIZIABILITÄT BEI ÄHNLICHER PROBLEMLAGE

Der eigentliche Ertrag des hier unternommenen Rechtsvergleichs zwischen Regelungen des Völker- und des Kirchenrechts ist schnell zusammengefasst. Was in der Überleitung zur völkerrechtlichen Untersuchung angedeutet wurde,¹⁰²² sollte sich hinreichend bewahrheitet haben. Was es genau mit der Zwangsausübung, der verbotenen Einwirkung auf den inneren Willen einer Person auf sich hat, kann in beiden Rechtskreisen nicht einer zufrieden stellenden eindeutigen Lösung zugeführt werden. Die jeweiligen Defizite sind evident. Zieht man dabei in Betracht, dass insoweit auf Seiten der internationalen Rechtsgemeinschaft der Religions- und Gewissensfreiheit gerade im Gefolge des 11. Septembers eine besondere Aufmerksamkeit gewidmet wird,¹⁰²³ so gilt Folgendes mit Nachdruck zu wiederholen: Es gelingt nicht, im Völkerrecht hinsichtlich der für die internationale Gemeinschaft so wesentlichen Frage nach dem Schutz dieses Menschenrechtes eindeutige Antworten gerade zur Zwangsfrage zu finden. Folglich darf es dann auch nicht als Nachlässigkeit betrachtet werden, wenn im Rahmen der kanonistischen Teildisziplin des Strafrechts darauf verzichtet wird, ebenda eine eindeutige Lösung zur Zwangsfrage zu finden. Der stattdessen herangezogene Verweis auf eine Zweifelsregel zur Lösung der gestellten Fragen ist eine zulässige Vorgehensweise.

Über dieses eigentliche Ziel des Rechtsvergleichs hinaus kann allerdings die ein oder andere konkrete Vergleichbarkeit noch zum weiteren Nachdenken anregen.¹⁰²⁴

Zunächst noch ein Wort zur Vergleichbarkeit beider Rechtsprobleme, da mitunter von Kanonisten die Unterschiedlichkeit gerade mit Blick auf die Gewissensfreiheit besonders hervorgehoben wird.¹⁰²⁵ Wenngleich nämlich die Unterschiede keineswegs zu unterschätzen sind, besteht dem Grunde nach sehr wohl eine ähnliche Problemlage. Es ist zunächst richtig, dass nur der Kirche die Trennung von Gläubigen möglich bleibt, wohingegen der Staat seine Bürger nicht ausweisen darf. Der Zwang zum gemeinsamen Zusammenleben hat daher beim Staat zur Folge, dass abweichende Gewissensentscheide insoweit keineswegs toleriert werden können, soweit diese das gemeinsame Zusammenleben gefährden. Mit Blick auf dieses Argument mag der Staat im Vergleich zur Kirche stärker genötigt sein, auf den Einzelnen einzuwirken. Diesem „Mehr“ an Regelungsnotwendigkeit steht aber eben auch ein „Weniger“ im Vergleich zur Kirche gegenüber. Nur Letztere nämlich ist Glaubensgemeinschaft, deren Ziel es ist, das Gewissen zu prägen, während diese Domäne dem neutralen Staat versagt ist. Um ihres Auftrages willen hat

¹⁰²² Siehe oben ab S. 106.

¹⁰²³ Die Vielzahl an Sammelwerken zur Religionsfreiheit nebst den vielen Monographien neueren Datums spricht da eine eindeutige Sprache.

¹⁰²⁴ Siehe ferner später noch einen weiteren rechtsvergleichenden Gedanken auf S. 227 in Fn. 1071.

¹⁰²⁵ Siehe dazu oben etwa auf S. 17 bei Fn. 78 mit Nachweisen.

nur die Kirche die Notwendigkeit, auf das Gewissen mit pastoralen Maßnahmen einzuwirken. Beiden nun – Staat und Kirche – ist aber jeweils als letzte Grenze das Zwangsverbot gesetzt. Das Zusammenleben im Staat muss geregelt werden, Gewissenszwang mit Blick auf den inneren Willen jedoch ist dazu nicht notwendig und bleibt folglich verboten. Das *depositum fidei* im Gottesvolk zu entfalten, ist Auftrag der Kirche, doch da der eigentliche Glaubensakt in freier Antwort auf den Anruf Gottes besteht, kann es auch für die Kirche keinen Gewissenszwang geben. Diese Spannung zwischen der Notwendigkeit, in gewissen Umfang auch unabhängig vom Willen der Betroffenen¹⁰²⁶ tätig zu werden, und der dabei gesetzten letzten Grenze, die im *forum internum* begründet ist, ist somit beiden Rechtskreisen gemein. Der Vergleich behält daher trotz der Unterschiede seine Berechtigung.

Eine augenscheinliche Vergleichbarkeit besteht nun darin, dass es beiderseits an überzeugenden Versuchen mangelt, konkret zu definieren, was denn Zwang ausmachen soll. Grundsätzlich hat sich gleichwohl gezeigt, dass Zwang zunächst nur mit Blick auf den Einzelnen erfasst werden kann. Wenn hier nun jeweils für beide Rechtskreise vorgeschlagen wird, sich bildhaft an einer „51%-Grenze“ zu orientieren,¹⁰²⁷ so ist dies zunächst einmal eine grobe psychologische Vereinfachung.¹⁰²⁸ Der Entscheid eines Menschen lässt sich nicht nach Zahlen aufteilen. Auch ohne Übernahme der behaupteten Neuerkenntnisse der Hirnforschung¹⁰²⁹ würde eine exakte Benennung wohl schon dem Betroffenen selbst äußerst schwer fallen. Die Berechtigung, solch eine Grenze zu verwenden, besteht aber darin, zumindest das Ziel allen Ringens um Zwangsdefinitionen zu benennen. Zwang ist da, wo eine Einwirkung so schwer wiegt, dass sie *für sich allein genommen* ausreicht, die Entscheidung nach Maßgabe der Beeinflussung zu treffen.

Benennt man solchermaßen diese Grenze, so wird doch erst jetzt mit einem Blick fassbar, *weshalb* es beispielsweise verfehlt ist, „Proselytismus“ mit Zwang in Verbindung zu setzen. Selbst wenn psychologische Tricks, ja selbst wenn betrügerische Verleumdungen oder dergleichen als Mittel eingesetzt würden: Ein zehnmütiger Besuch eines Zeugen Jehovas reicht eben nicht dazu aus, dass man daraufhin gezwungen ist, sich nun dieser Glaubensrichtung anzuschließen. Gleiches gilt aber grundsätzlich auch für materielle Hilfsangebote, die mit einer Glaubenswerbung seitens des Helfenden verbunden sind. Unabhängig von ethischen Bewertungen solchen Vorgehens steht das Recht einem solchen Vorgehen gegenüber zumindest insoweit neutral gegenüber, als es um den Schutz des *forum internum*s geht. Auch für kirchliches Verständnis des Gewissens, soweit Letzteres *als Rechtsprinzip* das Strafrecht beeinflussen soll,

¹⁰²⁶ Vgl. hinsichtlich der Kirche nur 1 Kor 9, 16.

¹⁰²⁷ Siehe für das Kirchenrecht S. 100, Fn. 463 sowie für das Völkerrecht S. 212, Fn. 1001.

¹⁰²⁸ Bewusst taucht daher diese Grenze nur beschreibend in den Fußnoten auf, nicht aber als Teil der Definition.

¹⁰²⁹ Siehe dazu die Hinweise S. 86 in Fn. 407.

führt diese Grenzziehung zu einem Erkenntniszuwachs. Es wird nämlich deutlich, *weshalb* überhaupt mit einiger prima-facie-Plausibilität behauptet werden kann, eine kirchliche Sanktion wirke sich *nicht* als Zwang aus. Es ist schließlich erkennbar, dass von manchen Betroffenen den Sakramenten keine besonders große Wertschätzung entgegen gebracht (oder aber die „kirchlichenamtliche“ Verweigerung faktisch ignoriert) wird. Mit Hinzuziehung der „51%-Grenze“ kann nun begreiflich gemacht werden, dass deshalb allein dieser Sanktion keine willensbestimmende Wirkung bei solchen Personen zuzuerkennen ist. Zwang liegt dann nicht vor.

Sowohl mit Blick auf das Völker- als auch das Kirchenrecht ist erkennbar, dass bei den Äußerungen zum Zwang die Rolle des Handelnden, d. h. des potentiell Zwang Ausübenden, nicht/ ausreichend erläutert wird.¹⁰³⁰ Auf der Ebene des Völkerrechts wurde aber immerhin deutlich, dass ein Eingriff in das forum internum eher dann bejaht zu werden vermag, wenn auf Seiten des Staates eine Intention zur Beeinträchtigung des forum internums besteht. Ein „ideology conversion system“¹⁰³¹ ist daher unannehmbar; Gleiches gilt für staatliches „teaching in religion“, nicht jedoch für „teaching about religion“.¹⁰³² Wenngleich also Zwang grundsätzlich aus der Sicht des Betroffenen zu betrachten ist, so ist gleichwohl das rechtliche Verbot auch davon abhängig, welche Intentionen der Staat bei seinen Maßnahmen hegt.¹⁰³³ Mit Blick auf das Kirchenrecht gibt dies insoweit zu denken, als dort eine absolute „Zwangsfreiheit“ wohl nicht erreicht werden kann. Wie oben ausgeführt kann selbst das Schreiben einer Enzyklika bei Einzelnen eine nicht erwünschte Zwangswirkung erzielen.¹⁰³⁴ Auch wurde eindringlich darauf hingewiesen, dass der Schutz der *communio* und des *depositum fidei* für die Kirche so wesentlich sind, dass sie daher die hierfür notwendigen Maßnahmen ohnehin zu treffen hat, selbst wenn diese im Einzelfall zu Zwangswirkungen führten: Kirchliche Strafe zum Schutz *dieser* Ziele kann nicht deshalb unterbleiben, weil der Betroffene diese Sanktion für sich ebenso als Zwang erlebt, als wäre sie aufgrund des Strafzwecks ergangen, ihn zu bessern. Die intellektuelle Erläuterung, man nähme mit einer solchen Sanktion doch nur seine abweichende Glaubensentscheidung ernst und verfolge überdies übergeordnete Ziele, mag eben im Einzelfall nicht dazu ausreichen, dem Betroffenen die Empfindung zu nehmen, hier läge Zwang vor.

¹⁰³⁰ Beim internationalen Schutz des forum internums zeigt sich dies insbesondere daran, dass die Einbeziehung privater „Täter“ und damit einhergehend die versuchte Bewältigung der Problematik um die sog. horizontal effects nicht zu befriedigen vermag.

¹⁰³¹ Vgl. oben zu UNHRC, *Kang v Korea*, Communication Nr. 878/1999 (15.6.2003) ab S. 129.

¹⁰³² Vgl. oben zu EKMR, *Angeleni v Sweden* (Zlk.-Entsch., 3.12.1988, Nr. 10491/83) auf S. 138, bei Fn. 633.

¹⁰³³ Siehe dazu auch S. 213 den Definitionsversuch Art. 2 § 2 sowie dann Art. 3 § 2.

¹⁰³⁴ Siehe oben S. 93.

Vor diesem Hintergrund nun mag es auch für das Kirchenrecht notwendig werden, die Perspektive des Handelnden, hier der kirchlichen Hierarchie, stärker in den Blick zu nehmen.¹⁰³⁵ Viel spricht dafür, dass bei der Frage nach der Vereinbarkeit zwischen einem kirchlichen Gesetz und der Gewissensfreiheit ein Stück weit eine abstrakte Betrachtungsweise aus Sicht des Gesetzgebers angezeigt ist. Einzelfälle, in denen es zu Zwang kommen könnte, dürften danach womöglich außer Betracht bleiben, sofern nur von Seiten der Kirche solche Möglichkeiten hinreichend minimiert werden.¹⁰³⁶ Hierbei wäre dann die Frage nach der Intention einer Regelung sowie als Korrektiv die nach der objektiven Voraussehbarkeit solcher unerwünschten Fälle entscheidend. Wenn nach objektiven Maßstäben erkennbar wird, dass eine kirchliche Regelung oder Praxis eben doch zu oft zu Zwangswirkungen führt, dann muss dies korrigiert werden, damit das kanonische Recht seinem Auftrag gerecht bleibt, *lex libertatis*¹⁰³⁷ zu sein.

¹⁰³⁵ Vgl. auch schon oben den Hinweis auf S. 106.

¹⁰³⁶ Wobei hier deutlich zu machen ist, dass die Situation grundsätzlich danach zu unterscheiden ist, ob Zwang aufgrund anderer Ziele erfolgt – denn dies muss grundsätzlich als *ultima ratio* auch als intendierter Zwang möglich bleiben – oder ob bei sonstigen Maßnahmen Zwang als Nebenfolge nicht ausgeschlossen werden kann.

¹⁰³⁷ Siehe die Zitate und Nachweise oben S. 69 bei Fn. 342.

4. TEIL: ZUSAMMENFASSUNG UND FOLGERUNGEN

A) Einordnung des Ergebnisses am Beispiel

Der Besserungszweck im kanonischen Strafzweck verstößt *de lege lata* nicht gegen die kirchlich anerkannte Gewissensfreiheit, so lautet das Ergebnis dieser Studie. Gleichwohl ergibt sich aus der Begründung dieses Ergebnisses auch, dass man es sich zu leicht machte, kurzerhand wegen bloßen Appellcharakters kirchlicher Strafe einen Widerstreit zwischen Gewissensfreiheit und Strafverhängung apologetisch auszuschließen. Konfliktpotential zwischen Gewissensfreiheit und Besserung des Täters ist sehr wohl gegeben.

Zur Veranschaulichung sei an das oben schon gebildete Beispiel einer schismatischen Bewegung angeknüpft.¹⁰³⁸ Dabei soll außer Betracht gelassen werden, dass hier um die Frage der Deklaration einer Tatstrafe gerungen wird (alternativ könnte an die Spruchstrafe für Ungehorsam i. S. d. can. 1371 Nr. 2 CIC gedacht werden).¹⁰³⁹ Nähme man an, die objektiven und subjektiven¹⁰⁴⁰ Voraussetzungen einer Strafbarkeit wären hinsichtlich einiger bloßer Anhänger gegeben, so lässt sich die Problematik anhand zweier Fallvarianten verdeutlichen. Zunächst könnte mit Blick auf den Schutz der Kirche die Strafe bei einigen festgestellt werden. Auf diese Weise wäre u. a. um der *communio* willen klargestellt, wo die Grenze noch tolerierbaren Verhaltens überschritten ist. Nun stelle man sich aber vor, ein zuständiges kirchliches Gericht habe

¹⁰³⁸ Siehe oben auf S. 92 sowie auch S. 91 in Fn. 428.

¹⁰³⁹ Es soll also hier der Einfachheit halber so getan werden, als habe das kirchliche Gericht bei Deklaration der Strafe noch die Strafzweckfrage voll in der Hand.
Siehe zum Verhältnis von can. 1364 zu can. 1371 Nr. 2 CIC LÜDICKE, in: MK-CIC, 1371, Rn. 5a (Bearb. 2004).

¹⁰⁴⁰ Vgl. mit Blick auf den verstorbenen Erzbischof LEFEBVRE die Ausführungen bei LÜDICKE, in: MK-CIC, 1364, Rn. 5 (Bearb. 2001), wonach es schon ausreichend sein soll, den subjektiven Tatbestand zu verneinen, „wenn Lefebvre sein Verhalten als Stehen in der wahren katholischen Kirche versteht“. Er hält deshalb unter Verweis auf SEBOTT, Das kirchliche Strafrecht (Fn. 19, 1992), 159–160 (1364, Rn. 6) (der sich wiederum auf GREEN beruft) eine Sperre für notwendig. Siehe überdies zur Frage, ob derartige Fälle nicht zumindest dazu führen müssten, auf das Merkmal *schwerer Sünde* als Voraussetzung der Strafbarkeit zu verzichten, oben zur Auffassung PREES S. 91, Fn. 428.

Die Rechtsfigur einer Sperre (*obex*) ist schon einmal entwickelt worden, und zwar mit Blick auf den CIC/1917, bei dem man nach h. M. formelle von bloß materiellen Schismatiker unterscheiden konnte, wobei letztere (zumeist als ins Schisma „Hineingeborene“) die subjektiven Voraussetzungen der Strafbarkeit nicht erfüllten. Ihnen sollte gleichwohl eine Sperre anhaften, die den Wirkungen der Strafe glich, aber eben nicht formal als solche bezeichnet wurde. Vgl. hierzu etwa HEINEMANN, Wiederversöhnung mit der Kirche (München 1964), 73; MÖRSDORF, CIC und die nichtkatholischen Christen, AfKKR 130 (1961), 36 m. w. N.; Eichmann/MÖRSDORF, Kirchenrecht III (Paderborn, ⁶1950), 415–416, so auch in der 10. A. 1959 auf S. 416; KAISER, Der gute Glaube im CIC (München 1965), 216–219; AYMANS, Kirchengliedschaft (1973), in: Ekklesiologie (Berlin 1995), 72–73.

Interessant ist dies insoweit, als auch damals diese Rechtsfigur neben dem Gesetzeswortlaut entwickelt wurde; gewisse Rechtswirkungen für bloß „materielle“ Schismatiker hätten überdies auch ohne Sperre bestanden (siehe etwa can. 731 § 2, 1060 CIC/1917, vgl. ferner die Aufzählung bei CATTANEO, Grundfragen des Kirchenrechts (Fn. 46, 1991), wurden aber zumeist nicht als ausreichend erachtet.

Kenntnis von einem weiteren Schismatiker i. S. d. can. 1364 CIC, der dieser Gemeinschaft angehört, jedoch ohne darum irgendein Aufsehen zu machen, weitestgehend unerkannt, in letzter Reihe sitzend, ohne jeden quasi-missionarischen Antrieb und ohne tiefgreifende Sozialkontakte nach außen.

An der umständlichen Beschreibung dieser letztgenannten Fallvariante merkt man zunächst eines: Der Besserungsstrafzweck – sieht von der oben genannten Problematik des „geheimen Delikts“ ab –¹⁰⁴¹ kann nur schwer isoliert von den anderen Strafzwecken gedacht werden. Weil das Handeln von Menschen kommunikative Folgen hat, so wird ein gemeinschaftsbezogener Strafzweck sehr oft gleichzeitig vorliegen (und ließe sich in den allermeisten Fällen zumindest konstruieren). Ist aber ein anderer Strafzweck schon tragend genug für die Strafanwendung, so stellt sich die Problematik nicht mehr: Das schon deshalb gerechtfertigte Strafen ist legitim, unabhängig von etwaigen Zwangsfolgen, die unerwünscht,¹⁰⁴² aber hinnehmbar bleiben.¹⁰⁴³

Zweierlei zeigt sich an diesem Beispiel: Wenn man *de lege ferenda* vorschlägt, über die Abschaffung des Besserungsstrafzwecks als primären¹⁰⁴⁴ Strafzumessungsgrund nachzudenken, so ist das keineswegs umstürzend im Vergleich zum jetzt geltenden Strafrecht: An der erkennbaren Praxis¹⁰⁴⁵ änderte sich fast nichts, da insoweit Fallkonstellationen mit isoliertem Besserungszweck nur schwer vorstellbar sind. Will man daher die Ansicht LÜDICKES u. a. verwerfen, so ist zuvor zumindest zu bedenken, dass im Gefolge von deren Ausführungen *insoweit* nicht viel Veränderung notwendig würde.

De lege lata zeigt dieses Fallbeispiel allerdings auch, dass das kirchliche Gericht bei Verhängung¹⁰⁴⁶ einer Strafe den Anforderungen der Gewissensfreiheit Genüge tun kann – und wohl auch jetzt erst¹⁰⁴⁷ dazu ausreichend in der Lage ist. Schließlich zeigt sich erst im Einzelfall, ob auf das Gewissen des Täters Zwang ausgeübt würde. Nähme man den Anhänger der schismatischen Bewegung in den Blick, so kann – im Gegensatz zu denen, die behaupten, es läge immer nur ein Appellcharakter vor – sich sehr wohl eine Persönlichkeit vorgestellt werden, die eine

¹⁰⁴¹ Siehe dazu beginnend auf S. 104.

¹⁰⁴² Unerwünscht, weil Zwang nicht zur Besserung führt und damit dem Seelenheil des Betroffenen – anders als ein bloßer dringlicher Appell – abträglich ist.

¹⁰⁴³ Dahingestellt sei, in welcher Weise es dem kirchlichen Gericht nicht gerade wegen des Seelenheils des jeweils Betroffenen aufgetragen ist, gleichwohl zu überlegen, ob auf Strafe verzichtet werden muss (siehe auch sogleich Fn. 1056 auf S. 223). Mit dem hier Ausgedrückten wird nur festgehalten, dass die Gewissensfreiheit insoweit keine kategorische Schranke ist. Am Beispiel: Ist eine Bestrafung i. S. d. *ultima ratio* nur bei einem von zwei Anhängern einer schismatischen Bewegung notwendig, um den gemeinschaftsbezogenen Strafzwecken Genüge zu tun, so ist derjenige der beiden Anhänger auszuwählen, der nicht skrupulös ist und bei dem sich im Einzelfall keine Zwangswirkung einstellen wird.

¹⁰⁴⁴ Es ist wohl unumstritten, dass zumindest als Nebenfolge Besserung erwünscht ist.

¹⁰⁴⁵ Und darüber hinaus: auch bei einem etwaig wieder erstarkenden Willen zum Gebrauch des strafrechtlichen Instrumentariums.

¹⁰⁴⁶ Der Aspekt der Deklaration einer Tatstrafe soll wie gesagt hier außen vorbleiben.

¹⁰⁴⁷ D. h. im Gegensatz zum generell-abstrakt normierenden Gesetzgeber.

Strafverhängung als blanken, unausweichlichen Zwang empfindet. Man stelle sich Folgendes vor: Eine Person sieht in der in der Heimatgemeinde praktizierten Form der Hl. Messe mit Handkommunion, Jugendmusik und welchen gestalterischen Merkmalen auch immer eine satanische Abweichung vom katholischen Glauben. In ihrem Gewissen fühlt sie sich gebunden, an einer solchen „Neuen Messe“ niemals teilzunehmen. Wenngleich sie die kirchliche Autorität verantwortlich macht für diesen Zustand und sie daher praktisch in keinster Weise anerkennt, hat diese Person gleichwohl panische Angst mit Blick auf die Frage nach der Binde- und Lösegewalt. Ihre Bedenken hinsichtlich des Ist-Zustandes (Schisma/Ungehorsam oder erlaubte „Notwehr“) kann sie zurückstellen¹⁰⁴⁸, nicht jedoch eine direkt und konkret auf sie selbst bezogene Verurteilung. Hilfsargumentationen ihrer Gemeinschaft reichen diesbezüglich nicht aus, ihre Angst zu beseitigen. Einzig um dem Druck nachzugeben und Straferlass zu erlangen, aber ohne im geringsten ihre eigene Einstellung geändert zu haben,¹⁰⁴⁹ schließt sich diese Person nunmehr der ihrer Ansicht nach vom wahren Glauben abgefallenen römisch-katholischen Pfarrei wieder an.¹⁰⁵⁰

In der damit gebildeten Fallvarianten sind keine gemeinschaftsbezogenen Strafzwecke¹⁰⁵¹ mehr einschlägig, die eine Strafverhängung notwendig machten, ohne gegen die in can. 1341 CIC verankerte ultima-ratio-Regel zu verstoßen. Einzig steht also der Besserungszweck in Rede. Hier nun kann es zu einer Bestrafung aus zweierlei Gründen auch darauf gestützt nicht kommen. Schließlich muss die kirchliche Strafgewalt ohne Verstoß gegen göttliches Recht bzw. Naturrecht ausübt werden. Der Richter muss also bei der Ausübung der Strafgewalt möglichst genau prognostizieren, welche Folgen ein Urteil konkret nach sich ziehen wird.¹⁰⁵² Die Kirche ist gehalten, durch den entscheidenden Richter die Konsequenzen abzuwägen und so vor der

¹⁰⁴⁸ Und hier muss hinzugefügt werden: Trotz der Bestrafung einiger anderer vergleichbarer Mitglieder, siehe die erste Fallvariante. Denn ohne *eigene* Bestrafung wird – so das hier zu bildende Beispiel – der Druck mit Blick auf die Binde- und Lösegewalt eben noch nicht in hinreichend schwerer Weise empfunden.

¹⁰⁴⁹ Ob es tatsächlich zu einem Straferlass käme, ist für dieses Beispiel nicht entscheidend.

¹⁰⁵⁰ Es geht hier nur um ein illustrierendes Beispiel, nicht um eine Schilderung eines wahren Sachverhalts. Es sei hier deshalb dahingestellt, wie die Existenz der schließlich existierenden sog. Ecclesia-Dei-Gemeinschaften (z. B. die Priesterbruderschaft St. Petrus) sowie darüber hinaus das Motu Proprio „Summorum pontificum“ (u. a. zur Feier der Sakramente im außerordentlichen Ritus) sich auf die Bewertung einer solchen Situation auswirken müssen.

¹⁰⁵¹ Nicht eingegangen wird hier auf die Frage, inwieweit hier Strafzweck sein könnte, die Gerechtigkeit wiederherzustellen. Wie immer man einen solchen Strafzweck ohne Rückgriff auf das *societas-perfecta*-Konzept (dazu siehe S. 7, Fn. 20) auch rechtfertigen wollte, wird er kaum dazu herhalten können, als Ersatzargument für eine lückenlose Pflicht zur Anwendbarkeit des Strafrechts herzuhalten. Dies wäre wohl – zu Unrecht – denkbar in dem Sinne, dass eben mit jeder Erfüllung eines Straftatbestands die Gerechtigkeit in einem solchen Maße verletzt sein solle, dass die Kirche gar nicht anders könne, als so oft es irgend möglich ist, zur Strafverhängung zu schreiten.

¹⁰⁵² Verbleibenden Unsicherheiten bei dieser Einschätzung kann nur durch ausreichende Erläuterung begegnet werden: Es müsste einem jeden Gläubigen bewusst sein, welche Bedeutung dem Gewissen für ihn auch in moralischer Hinsicht zukommt. Nur dadurch kann in Grenzfällen vermieden werden, dass der Bestrafte sich doch nur um des Zwanges willen dem Urteil beugt.

Urteilsfällung¹⁰⁵³ festzustellen, dass kein unzulässiger Zwang vorliegt. Auf die Zweifel an der Zwangswirkung der Exkommunikation, die aus den Besonderheiten der zu regelnden Materie herrühren kann, darf die Kirche daher mit einem Verfahren antworten, das ihre Strafrechtsordnung in hohem Maße kennzeichnet: Nämlich mit der aufgrund der vielfältigen Spielräume gesicherten Einzelfallentscheidung des kirchlichen Richters. Da bei diesem Fallbeispiel hier nun ein Verstoß gegen die Gewissensfreiheit vorläge, muss das Gericht zum Ergebnis kommen, von einer Bestrafung abzusehen.

Es bedarf hier aber nicht einmal des Bewusstseins beim kirchlichen Richter, dass hier die Gewissensfreiheit der bloß einfachgesetzlichen Bestimmung des Besserungsstrafzwecks vorgeht.¹⁰⁵⁴ In Wahrheit bedarf es hier nämlich nicht einer Verdrängung der einfachgesetzlichen Bestimmung zum Besserungszweck. Vielmehr liegen schlicht deren Tatbestandsvoraussetzungen nicht vor: Ein bloß äußeres Nachgeben des Delinquenten führt eben keineswegs zu dessen Besserung. Vielmehr triebe ihn die kirchliche Strafverhängung in eine größere Sünde, wie dies spätestens seit THOMAS VON AQUIN¹⁰⁵⁵ klargeht, nämlich in die Sünde, gegen sein Gewissensurteil zu handeln. Fehlt es also an einer Besserungsmöglichkeit, fehlt es in diesem Fall ebenso – wortlautkonform – an einer Möglichkeit der Bestrafung. Auch insoweit zeigt sich hier somit, dass *de lege lata* der Besserungsstrafzweck zu rechtfertigen ist.¹⁰⁵⁶

Ferner kann dieses Beispiel abgewandelt werden im Sinne des oben genannten hypothetischen KÜNG-Beispiels.¹⁰⁵⁷ Jener Einzelgänger mag auch als vorschnell urteilender, selbstherrlicher Einzelgänger gedacht werden. Sein ausgeprägter Starrsinn bewahrt ihn davor, eine Exkommunikation als Zwang im Sinne der Gewissensfreiheit zu spüren. Solange er davon überzeugt ist, dass die Kirche den wahren Glauben verrate, wird er seine schismatische Bewegung nicht verlassen. In einem solchen Fall mag nun die Exkommunikation ein heilsames Mittel sein. Vielleicht könnte die Strafe hier dazu führen, dass derjenige doch zum Nachdenken gebracht wird. Gerade wenn die Exkommunikation als solche die Entschlossenheit und Ernsthaftigkeit

¹⁰⁵³ Hinsichtlich der Tatstrafe sei nochmals verwiesen auf die Ansicht LÜDICKES, wonach hierbei ein Zwang ohnehin kaum festgestellt werden könne, oben S. 80 in Fn. 380.

¹⁰⁵⁴ Zur Frage der Überordnung vgl. oben ab S. 65.

¹⁰⁵⁵ Siehe oben S. 29 bei und in Fn. 144.

¹⁰⁵⁶ Es stellt sich sogar die Frage, ob die Nennung des Besserungsstrafzweck in der Leitnorm des can. 1341 CIC insoweit etwas Gutes bewirkt, solange es an einer – vorzuziehenden – Streichung oder deklaratorischen Nennung der Gewissensfreiheit fehlt. Der Rechtsanwender ist nämlich gehalten, den Besserungsgedanken in seine Überlegungen mit einzubeziehen. Das mag dazu führen, dass selbst dann, wenn ein anderer Strafzweck gegeben ist, der Richter von einer Strafe absehen mag, und zwar in den Fällen, in denen eine Bestrafung wegen drohenden Zwangs gerade gegen eine Besserung spricht. Hier wirkte sich dann der Besserungsgedanke als Negativpunkt aus, der in die Betrachtungen über die Notwendigkeit der *ultima-ratio*-Maßnahme einzustellen ist. Siehe hierzu schon die Überlegungen oben S. 221 in Fn. 1043.

¹⁰⁵⁷ Oben S. 99, und zwar insoweit, als oben ein Beispiel gebildet werden sollte, bei dem jemand *nicht* die Wirkung einer Exkommunikation für sich als Zwang empfindet.

von seiten der Kirche markiert, dabei aber flankiert wird von weiteren pastoralen Gesprächsmöglichkeiten und dergleichen, könnte sie auch ihrerseits als pastorales Mittel bezeichnet werden.

Diese Verdeutlichungen am Beispiel mögen zeigen, weshalb es – über die Rechtmäßigkeit hinaus – tatsächlich sinnvoll sein könnte, am Jetzzustand des geltenden Rechts festzuhalten.

B) De lege ferenda: Zum möglichen Verzicht auf den Strafzweck der Besserung des Täters im kirchlichen Recht

Doch ist damit nicht das letzte Wort gesprochen, will man dem Anliegen BENEDIKTS XVI. gerecht werden, die kanonische Rechtsordnung als *lex libertatis*¹⁰⁵⁸ auszugestalten. Es darf nämlich nicht vergessen werden, dass unabhängig von der Frage, ob mit dem Zweiten Vatikanischen Konzil genuin Neues geschaffen wurde¹⁰⁵⁹, das Zwangsverbot etwa in DH 10¹⁰⁶⁰ deutlich in den Vordergrund gerückt wurde. Zu Recht führt KRÄMER aus, dass das kirchliche Recht von daher diesen Grundsatz nicht allein zu respektieren hat, sondern zudem, „soweit es an ihm liegt, zur Geltung bringen“ muss.¹⁰⁶¹ Die deutliche Proklamation der Zwangsfreiheit in Glaubensdingen darf daher zum Anlass genommen werden, den Besserungszweck *de lege ferenda* zu hinterfragen.

Erkannt werden muss dabei vor allem eines: Der Gegeneinwand, Kirche müsse sich zuallererst um das Seelenheil eines jeden Menschen kümmern und könne von daher nie auf den Strafzweck der Besserung verzichten, verfängt bei näherer Betrachtung nicht. Kirche soll auf den Besserungszweck nicht verzichten, weil sie sich nur um die *communio* sorgt, den Einzelnen dabei aber aus dem Blickfeld verliert.¹⁰⁶² Kirche kann vielmehr dem Einzelnen die Entscheidung für sein Seelenheil nicht abnehmen. Gerade das ist doch die Konsequenz kirchlicher Gewissenslehre. Wenn nämlich der Richter dem Täter sagt, die Exkommunikation werde – wenn sie nicht aus anderen Gründen notwendig ist – hier nicht ausgesprochen, so ist der Aussagegehalt doch folgender: Wenn und weil Gott den freien Glaubensakt fordert, bedarf es – insoweit zwingend! – innerer Umkehr im Gewissen. Der Verzicht auf die Exkommunikation kann hier als wahre Sorge um den Täter verstanden werden, weil diesem so der einzige Weg gezeigt wird, auf dem es tatsächlich zu einer sittlich guten Handlung kommen kann: Sein Gewissen in Freiheit zu bilden, um dann selbstverantwortet vom Falschen abzulassen.

¹⁰⁵⁸ Siehe die Zitate und Nachweise oben S. 69 bei Fn. 342.

¹⁰⁵⁹ Dazu oben ab S. 54.

¹⁰⁶⁰ Zitiert oben auf S. 37.

¹⁰⁶¹ KRÄMER, Religionsfreiheit in der Kirche (Fn. 307, 1981), 12.

¹⁰⁶² Vgl. insoweit die Begründung derjenigen, die zwingend den Bezug zwischen kirchlichem Handeln und Hilfe zum Seelenheil des einzelnen Betroffenen gewahrt wissen wollen, oben S. 7.

Daher wäre überdies can. 1341 CIC nicht änderungsbedürftig: Jene Maßnahmen im Vorfeld der Exkommunikation, die aus ihrer Natur heraus offensichtlich nicht als Zwang verstanden werden können, dürfen und müssen darauf ausgerichtet sein, primär oder zumindest gleichwertig auch dem Seelenheil des Delinquenten zu dienen. Steht nämlich eine denkbare Zwangswirkung und damit eine Verletzung des Gewissens nicht im Raum, so gilt mit Recht, dass die Kirche „in all ihrem Tun dem Heil der Seelen verpflichtet ist“ und daher auch „den Gedanken einer Besserung [...] nie außer acht lassen“ darf.¹⁰⁶³

Wenn man nun in diesem Sinne dazu überginge, auf den Besserungszweck mit Blick auf die eigentliche Strafverhängung zu verzichten:¹⁰⁶⁴ Was ist dann mit Blick auf das eben bemühte Beispiel des störrischen Einzelgängers zu sagen? Würde hier nicht eben doch insoweit auf ein Mittel zum Heil verzichtet? Ein solcher Einwand gegen eine Änderung de lege ferenda ist ernstzunehmen. Doch bedarf es auf der Ebene des Gesetzes eines umfassenderen Blickwinkels. Wenn die Kirche eindeutig und kraftvoll auf den Besserungszweck verzichtete, so wäre auch dies für sich genommen ein wirksames Zeichen: Einer für die Kirche konstitutiven Grundlage, der Gewissensfreiheit, würde deutlich erkennbar der ihr gebührende Platz eingeräumt.¹⁰⁶⁵ Wenn dann nämlich doch – trotz etwaig eintretender Zwangswirkungen – um anderer Ziele willen gestraft werden müsste, so kann die Kirche einsichtig machen, dass sie *trotzdem* das Gewissen zu achten weiß. Sie vermag es plausibler zu machen, weshalb sie etwa um des depositum fidei willen Grenzen zu setzen gezwungen ist. Dabei bleibt es vermittelbar, dass die Betroffenen die (schon deshalb notwendig gewordene) Strafe *nicht* für sich als Zwang verstehen, sondern wenn möglich als Appell zu nutzen wissen sollen.¹⁰⁶⁶

¹⁰⁶³ STRIGL, Kirchenstrafen, in: HdbKathKR (Fn. 24, 1983), 924.

¹⁰⁶⁴ Wobei nichts dagegen spräche, das Bemühen um die Besserung gleichwohl ausdrücklich zu nennen, etwa als Sekundärziel sowie ferner in der Erläuterung im Anschluss an THOMAS VON AQUIN, dass die Verhinderung von Zwang gerade dem Vermeiden eines sittlichen Rückschritts des Einzelnen geschuldet ist, Besserung also nur auf anderen Wegen gesucht werden kann.

¹⁰⁶⁵ Wie etwa die Diskussion um die kirchliche Mitwirkung der Kirche an Abtreibungen in Deutschland gezeigt hat, kann der Zeichenhaftigkeit und Kohärenz von Grundsatzentscheidungen durchaus eine besondere Bedeutung beigemessen werden, die nicht einzig mit Verweis auf Einzelfälle vorschnell beiseite geschoben werden soll. Bei der Abtreibung ging es (teilweise) darum, ob eine Beteiligung an einem System möglich ist, das oft (wohl zu Recht) so verstanden wird, dass es der Ermöglichung der Abtreibung dient. Hier geht es darum, ob sich die Kirche eines Strafrechtssystems bedienen möchte, das mit dem Begriff „Strafe“ das Ziel der Besserung verknüpft und das daher so verstanden werden kann, dass die Gewissensfreiheit nicht ernst genommen wird. Jedenfalls gilt, dass auch ein zeichenhaft-glaubwürdig gestaltetes System Ausstrahlungswirkung erzeugen kann, die dann gegenläufig ebenso in Einzelfällen für das gewünschte Ergebnis sorgt (hier: Sorge um das Seelenheil), vgl. schon oben Fn. 457 auf S. 98.

¹⁰⁶⁶ Zudem ist daran zu denken, dass – solange can. 1399 CIC seinen Platz im kirchlichen Strafrecht findet (dazu umfassend, dies unterstützend EICHOLT, „Nullum crimen nulla poena sine lege“ im kanonischen Recht (Fn. 369, 2006), passim) – hier der systematisch geeigneteste Ort wäre, für Sonderfälle den Besserungsgedanken beizubehalten, um sicherzustellen, dass auch im unwahrscheinlich gegebenen Fall das Mittel der Strafe zur Verfügung stünde, wenn es denn dann zwingend gebraucht würde. Es versteht sich allerdings von selbst, dass an dieser Stelle die Diskussion um can. 1399 CIC nicht weiter aufgegriffen werden kann.

Zu vergegenwärtigen ist diesbezüglich auch die Schwierigkeit, ob es in der – sicherlich nicht mit einem seelsorgerischen (Beicht-)Gespräch zu vergleichenden – Strafverhandlung möglich sein wird, die Konsequenzen mit Blick auf den Delinquenten ausreichend sicher vorhersehen zu können. Verzichtete das kirchliche Strafrecht um des Gewissens willen auf den Besserungsstrafzweck, so wäre dies auch insoweit als souveräner Umgang mit einem verbleibenden Restrisiko zu werten. Hier in dubio pro conscientia zu entscheiden, verdeutlichte eindrucksvoll die Bedeutung, die dem Gewissen zuzukommen hat.

Ein Weiteres darf dabei nicht in Vergessenheit geraten: Dass die Zwangswirkung hier im Ergebnis verneint wurde, konnte nicht durch apologetisch-eingängige Behauptungen gezeigt werden. Es bedurfte vielmehr diffiziler Überlegungen, dies zu belegen. Sind solche Überlegungen aber den etwaig Betroffenen zu vermitteln?¹⁰⁶⁷ Ist nicht auch dann auf Strafe zu verzichten, wenn eine große Gefahr zum Missverständnis besteht? Vor dem Hintergrund dieser Studie ist daran zu erinnern, dass hiernach keine der bislang vorgetragenen Ansichten das Problem hinreichend adäquat zu behandeln wusste. Auch von daher wäre es angeraten, um der Eindeutigkeit willen auf den primären Besserungsstrafzweck zu verzichten.

Der Gedanke der Vermittlung kirchlichen Strafrechts ist überdies nicht allein mit Blick auf die direkt Betroffenen zu bedenken. Will die Kirche auch Anwältin der Religions- und Gewissensfreiheit nach außen hin sein,¹⁰⁶⁸ so wird die Existenz eines Besserungsstrafzwecks wohl kaum einer glaubhaften Interessenwahrnehmung dienlich sein. Schließlich gilt ohnehin schon, dass beim Hinweis auf katholische Positionen in einem teils sehr laizistischen Umfeld mit Schwierigkeiten zu rechnen ist: Sehr schnell wird man mit dem Vorwurf konfrontiert, die katholische Kirche habe die Religions- und Gewissensfreiheit nicht etwa aus geläuterter Einsicht akzeptiert, sondern einzig, um im heutigen Umfeld ihre eigenen Interessen wahrzunehmen. Im Binnenverhältnis sei es ihr nie um eine ernst gemeinte Anerkennung gegangen.¹⁰⁶⁹ Nun wird es zwar so sein, dass sich keineswegs bei allen Anschuldigungen hinreichend ernsthaft darum bemüht wird, die tatsächliche Rechtslage zur Kenntnis zu nehmen. Im Gespräch mit denen, die ein faires Urteil treffen wollen, macht es jedoch einen Unterschied, ob das Prinzip der Gewis-

¹⁰⁶⁷ Es geht hier um etwas anderes als allein darum, dass womöglich Strafrecht als Ganzes schwer zu vermitteln ist. Zu Letzterem vgl. die Wiedergabe von HIEROLD, FS *Heinemann*, S. 331, bei MÜLLER, Warum und wozu kirchliche Sanktionen?, in: „Strafrecht“ in einer Kirche der Liebe (Fn. 6, 2006), 183: Danach „besteht bei den Gläubigen ein hohes Maß an Sensibilität in Bezug auf Strafen, weil hier die Kirche mehr das Bild einer Rächerin als einer Mutter“ vermittelt.

¹⁰⁶⁸ Vgl. zur Ansicht von BENEDIKT XVI. etwa oben S. 63 in Fn. 312.

¹⁰⁶⁹ Vgl. etwa BØRRESEN, Religion Confronting Women’s Human Rights: The Case of Roman Catholicism, in: Facilitating Freedom of Religion, hrsg. v. Lindholm u. a., Leiden 2004, 551 m. w. N.; vgl. insoweit auch die Position Kardinal OTTAVIANIS kurz vor Beginn des Zweiten Vatikanischen Konzils, wiedergegeben oben S. 63, Fn. 317.

sensfreiheit – soweit dies mit der Kirche als Glaubensgemeinschaft vereinbar ist – bestmöglich gesichert ist.

Aber nochmals sei hervorgehoben, dass es hierbei nicht um bloße Opportunitätserwägungen gehen soll. Es geht vielmehr um die Einsicht in die Begrenztheit des Rechts.¹⁰⁷⁰ Auch der kanonische Gesetzgeber ist aufgerufen, „sich der begrenzten Reichweite und Dienstfunktion des Rechts bewusst“ zu bleiben. Es ist daher ein Postulat gegenüber der rechtssetzenden Autorität, „potentielle Konflikte zwischen den rechtlichen Anforderungen und dem Gewissen der Normbetroffenen nach Möglichkeit zu vermeiden.“¹⁰⁷¹ Selbst wenn keine Streichung des Besserungsstrafzwecks gewollt wäre, so erwiese sich doch zumindest eine deklaratorische Anerkennung der gleichzeitigen Geltung der Gewissensfreiheit als der Sache sehr dienlich.¹⁰⁷² Dies würde helfen, dasjenige stärker im Bewusstsein kirchlicher Gerichte zu verankern, was schon jetzt gültiges Recht ist: Wenn sich im Einzelfall zeigt, dass kirchliche Strafverhängung als Zwang wirkt und keine anderen Strafzwecke die Verhängung rechtfertigen, so muss auf Strafe verzichtet werden: um des Gewissens willen, wie es die Kirche zu schützen berufen ist.¹⁰⁷³

¹⁰⁷⁰ Eine solche Überlegung gilt auch dann, wenn man grundsätzlich anerkennt, dass es kein prinzipielles Hindernis gibt, dass Kirche auch über das Bußrecht hinaus auf die Gesinnung einwirken darf, vgl. insoweit – trotz dessen nämlich auf die Begrenztheit hinweisend – PREE: „Die Anerkennung des *forum internum* als eines eigenen *Rechtsbereichs* entspricht der Tatsache, dass das kirchliche Recht nicht nur eine äußere Ordnungsfunktion zu erfüllen hat, sondern auch auf die Absicherung sittlicher Lebensorientierung in der Gemeinschaft (vgl. *bonum commune*) ausgerichtet ist. Dabei will kirchliches Recht auch das Gewissen des Einzelnen schützen und als Höchstwert anerkennen: vgl. can. 748 CIC. Man könnte sagen: Das Kirchenrecht versucht, seinen objektiven sittlichen Gestaltungsauftrag mit dem größtmöglichen Respekt vor dem Gewissen des Einzelnen zu harmonisieren. Dabei fallen Recht und Sittlichkeit keineswegs deckungsgleich ineinander, werden aber so in Beziehung gesetzt, dass sie *konvergieren*.“ Siehe (Fn. 369) AfkKR 168 (1999), 33–34, erste Hervorhebung nicht im Original.

¹⁰⁷¹ PREE (Fn. 369) AfkKR 168 (1999), 41.

¹⁰⁷² Überdies zeigt auch hier der Rechtsvergleich zu einer völkerrechtlichen Konstellation, dass die ausdrückliche Nennung sehr wohl wichtig sein kann. Die gesamte Lehre von den sog. „horizontal effects“ ist im Grunde genommen als „eigenständiger Prüfungspunkt“ eines „Prüfungsschemas“ überflüssig. Die präzise Auslegung ergibt schon, was das zutreffende Ergebnis ist (z. B. dass Menschenrechte nicht voraussetzungslos gegenüber Privaten anwendbar sind). Gleichwohl wird zu Recht dieser Prüfungspunkt verselbständigt, sodass eben die sachlichen Gehalte dieser Lehre nicht vernachlässigt werden können (siehe S. 197, bei Fn. 928, dort mit Blick darauf, diesen selbständigen Prüfungspunkt noch weiter auszudehnen, als dies gemeinhin schon akzeptiert wird). Gleiches sollte auch für die Beachtung des Gewissens im kirchlichen Strafrecht gelten, obschon man das Ergebnis auch rein einfachgesetzlich durch Auslegung dessen, was Besserung ist, schon erzielen könnte (vgl. soeben S. 223 bei Fn. 1054), oder aber zumindest durch die Anwendung der hier hergeleiteten Zweifelsregel.

¹⁰⁷³ Siehe auch hier PREE (Fn. 369) AfkKR 168 (1999), 42: „Kirchliches Recht darf und muss ein christlich geformtes Gewissen verlangen und bei seinen Anordnungen voraussetzen, darf aber nicht in Gewissenszwang ausarten (Zwang zum Handeln gegen die eigene Gewissensüberzeugung). [...] Hier stößt auch die rechtmäßige kirchliche Autorität an eine im Interesse der Wahrung der Würde der menschlichen Person unübersteigbare Grenze: Wer seinem Gewissen gehorchend die Befolgung kirchenrechtlicher Anordnungen verweigert, darf nicht mit mehr Sanktionen belegt werden, als dies für die Wahrung der Identität der Kirche, die Vermeidung von Verwirrung und Ärgernis unter den Gläubigen unabdingbar ist“.

C) To Reform the Offender as a Purpose of Penalty: Reconcilability with Freedom of Conscience? – A Summary

I. Introduction

The strong approval of freedom of conscience as it is enshrined in the documents of the Second Vatican Council has caused some unease among canonists. It is asked as to whether the Church has succeeded to codify a Penal Law, which soundly respects that principle to the necessary extent. If it is so that ‘man’s response to faith must be free’, so that ‘in religious matters every manner of coercion on the part of men should be excluded’ (DH 10), there might be consequences to be drawn from this. Is it acceptable then, if the church still wants to reform the offender as a purpose of its Penal Law?¹⁰⁷⁴

As an answer, GEROSA has developed a concept which understands Penal Law as a system of sanctions, which are either declaratory announcements in reaction to a ‘self-excommunication’ of Church members, or are mere disciplinary measures: He interprets the norms as if there is no Penal Law in a strict sense.¹⁰⁷⁵ Others strongly disapprove of such a concept as a means to reinterpret ecclesiastical Penal Law as a whole. Also, there are many authors who are of the opinion that an ecclesiastical punishment in order to reform the offender is not in opposition to the prohibition of coercion.¹⁰⁷⁶ An excommunication is seen merely as an invitation to rethink one’s position. It is the merit of that offered by LÜDICKE to present an opposing, but coherent concept, which respects the idea that an ecclesiastical punishment might be considered as coercion. He puts forward the argument that it is strictly necessary, due to this coercive effect, to abandon the purpose to reform the offender. Taking ecclesiastical Penal Law seriously means to him that the Church has a duty to protect the *communio fidei* as well as the *communio fidelium*, whatever it takes to do so.¹⁰⁷⁷ It is only the faith of the individual itself,

¹⁰⁷⁴ This purpose is to be drawn from can. 1341 CIC, which directly deals with measures before starting the penal process.

¹⁰⁷⁵ Most comprehensively laid down at GEROSA, *Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam*, Paderborn 1995, *passim.*, regarding conscience cf. for instance 298–299, regarding his interpretation of Penal Law cf. for example 330, for an overview cf. also the summary of his concept by DE PAOLIS, ‘Penal Sanctions, Penal Remedies and Penances in Canon Law’ in *Dugan* (ed.), *The Penal Process*, Montréal 2005, 156–157.

¹⁰⁷⁶ Cf. for evidence below n. 1095–1098.

¹⁰⁷⁷ However, he also draws on GEROSA – like many canonists dealing with this subject – to illustrate that excommunication as a measure to protect the *depositum fidei* is basically in line with freedom of conscience. It is said that, with an excommunication, the church is not actively engaged with a dissenting conscience. It merely takes note and draws passively the consequences of such a decision, which the dissident member has chosen to cling to.

Also these scholars which are more openly in opposition to GEROSAS concept cannot help but arguing similarly when pointing out why ecclesiastical punishment does not amount to coercion regarding freedom of conscience.

which can never be forced by coercive penal means, thus leading to the consequence of erasing this specific purpose of punishment („*emendatio rei*“).¹⁰⁷⁸

In order to find an answer to the question raised with respect to *emendatio rei*, firstly it is useful to pinpoint an example. Hereby, the practical ambit of the demand to obliterate this purpose of penal sanctions can be demonstrated. It sounds more radical to vote against such purpose at first sight than it actually affects the current penal system.

To create such an example, a community shall be viewed, one which shall be thought of as schismatic. For the sake of simplicity it shall be disregarded that schism is punished as a *poena latae sententiae*. It is to be looked at this example in such a way that the judge shall have the possibility at his disposal to decide upon the purposes of punishment (alternatively, it also could have been thought of a *poena ferendae sententiae*, namely can. 1371 No 2 CIC)¹⁰⁷⁹. Two other preconditions have to be assumed: The objective and subjective¹⁰⁸⁰ preconditions to punish (normal) adherents are fulfilled. Also, some adherents are already excommunicated, whereby it has been made clear already, what kind of behaviour is not tolerable for those who still want to stay a fully entitled member of the Church. Against this background, our example deals with another adherent of that schismatic group. Socially, he does not attract any particular attention among other adherents. He is a quiet man, without any quasi-evangelising impetus towards others. He might have firm beliefs as to why he prefers the schismatic community, yet being self-sufficient, he is not keen on social interaction based on his own inner beliefs. In no circumstances does he reveal his adherence to the community to those outside of this group.

This longwinded description exposes the first result of avoiding a merely abstract theoretical discussion by referring to an example: It is very hard to think of cases where there are not other pertinent purposes of punishment.¹⁰⁸¹ In most cases where the Church might think of using its Penal Law, there will be an option to rely on the protection of the *depositum fidei* or the ecclesiastical *communio*.¹⁰⁸² Thus, the stance against the purpose to reform the offender does not

¹⁰⁷⁸ LÜDICKE, in: *Lüdicke* (ed.) *Münsterischer Kommentar zum CIC* (loose-leaf edition, Essen January 2008) [= MK-CIC], Introduction before 1311, marg-no 11, 12, 16, 20, 23 (edited 1992); 1311, marg-no 8 (edited 1992); 1312, marg-no 16 (edited 1992); before 1331, marg-no 3 (edited 1993); Overview before 1341, marg-no 4 (edited 1993).

¹⁰⁷⁹ Regarding the relation between can. 1364 and can. 1371 No 2 CIC cf. LÜDICKE, in: MK-CIC, 1371, marg-no 5a (edited 2004).

¹⁰⁸⁰ Cf. regarding Archbishop LEFEBVRE the arguments by LÜDICKE, in: MK-CIC, 1364, marg-no 5 (edited 2001), who is of the opinion that it is sufficient to negate culpability, if only someone thinks subjectively that his behaviour is faithful towards the Catholic Church.

¹⁰⁸¹ At least, if we focus – according to can. 1314 CIC – on the *poena ferendae sententiae*. It could be thought of cases, dealing with a *poena latae sententiae*, where the purpose to reform the offender might be theoretically fitting.

¹⁰⁸² It goes beyond the scope of this paper firstly to explicate the other ecclesiastical penal purposes any further and secondly to demonstrate, that there are such purposes, which in principle do not have to step back against freedom of conscience. It shall be sufficient here to refer to International Law, which – despite being founded on secular presumptions – clearly allows a religious community to defend its own ethos against dissenting

lead to the consequence that the ecclesiastical *communio* is left vulnerable in any respect to the randomness of dissenting opinions. If it is necessary by its inherent mission to strictly defend certain positions against diverting ideas, the Church is not denied in doing so by the existing concept that seeks to abolish the *emendatio rei*. In opposition to the GEROSA concept, which implies a reinterpretation of Penal Law as a whole, to support LÜDICKE in his opposition against this particular penal purpose is by no means revolutionary with regard to the ambit of Penal Law. Indeed, it might even be necessary to actively implement his concept, namely in order to keep Penal Law ‘in harmony with the rest of the Church’s laws’¹⁰⁸³, more specifically here with the renewed estimation of freedom of conscience as it is enshrined in the documents of the Second Vatican Councils. The Holy Father reiterates that Canon Law ‘must be bound to the theological foundation that gives it reasonableness’. It might be ‘therefore necessary to abrogate norms that prove antiquated [and] to modify those in need of correction’. Above all, ‘Church law is first and foremost *lex libertatis*: a law that sets us free to adhere to Jesus.’¹⁰⁸⁴ In conclusion, the questions raised by some canonists regarding conflicts do need an answer, one which is accurate and thorough in reasoning.

II. *The Concept of LÜDICKE Against the Background of the Ecclesiastical Teaching Concerning Freedom of Conscience*

In order to substantiate his request to abolish the *emendatio rei*, LÜDICKE reiterates that the Church might end the *communio* with a dissenting follower – in opposition to a state which must not expel its citizens. Thereby, the excommunication shall not be harsh insofar as it only takes seriously the dissenting decision of those who are no longer sharing the very faith which gives identity to the *communio fidei*.¹⁰⁸⁵ Apart from that, there shall be no room to punish someone for his diverting beliefs. It is to be welcomed, if someone freely changes his inner beliefs due to ecclesiastical measures. Yet, it cannot even be attempted to reform someone by means of penal sanctions. There is no act of faith but a free one. Thus, the punishment of a diverting faith is a

members, as long as the latter will have the chance to opt-out. See for instance Eur Comm HR X v. *Denmark* (Admissibility decision, 8 March 1976, App no 7374/76) DR 5, p. 157–8.

¹⁰⁸³ Quotation taken from the address of BENEDICT XVI. to the Participants in the Study Congress Organized by the Pontifical Council for Legislative Texts on 25 January 2008, http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2008/january/documents/hf_ben-xvi_spe_20080125_testi-legislativi_en.html (visited on 7 April 2008).

¹⁰⁸⁴ All quotations *ibid*.

¹⁰⁸⁵ LÜDICKE, in: MK-CIC, Introduction before can. 1311, marg-no 14, 19 (edited 1992). He thus relies in so far on the arguments elaborated by GEROSA. Yet, he considers coercion in terms of ecclesiastical Penal Law as acceptable (if justified by other penal purposes), cf. for instance *ibid*. marg-no 19, where he explains the justification of an excommunication also under circumstances which differ from a situation where only the consequences are drawn from the difference between the faith of the *communio* and the faith of the dissenter (‘self-excommunication’).

contradiction in itself and fails to be consistent with freedom of conscience.¹⁰⁸⁶ The Church ‘does not have (any more) the mission to persuade someone by threat of detriments to cling to an attitude which is contrary to his conscience’¹⁰⁸⁷ The Church must never ‘coerce someone to change his mind by threatening him with measures’.¹⁰⁸⁸

In order to challenge this understanding of the prohibition of coercion, which is originally enshrined *e. g.* in DH 10 and to which LÜDICKE refers to, it would be of paramount importance to grasp a sound explanation of what is really meant by coercion. However, there is no definition to be found, which clearly pinpoints the indispensable elements of what is meant to be a *coercive* influence. The vast controversy concerning the understanding of conscience, which has been prompted by the Second Vatican Council, has not resulted in an elaboration of the precise meaning of coercion. The existence of such prohibition of coercion – and correspondingly the duty to follow one’s conscience even if it errs¹⁰⁸⁹ – has been and still is undisputed. Instead of delving into details about coercion, the discussion about conscience in general centres on questions like the relationship between *Magisterium* and its teaching of objective guidelines and truth on the one hand, and the autonomy of conscience on the other hand.

III. *Critical Appraisal: Does penal sanctions qualify as coercion?*

It will be crucial to gain more clarity about what could be meant by coercion in order to solve the questions raised above. There is no other criterion than coercion and there is no other question than that as to whether penal sanctions qualify as coercion. If penal sanctions do not *generally* amount to coercion, then LÜDICKE’S view lacks persuasiveness. If such coercive effects would occur only occasionally, then there is no need to abolish *in toto* the *emendatio rei*. The Church could react on a case-by-case basis to avoid coercion, yet at the same time using penal sanctions insofar as they are not in conflict with freedom of conscience. If a penal sanction leaves the conscience – the most secret core and sanctuary of a man – untouched, then it is hardly acceptable to deny the Church categorically such a means, with which she could try to influence the conscience of a person. For – as NEWMAN has phrased it – it is her ‘championship ... of conscience’ which is nothing less than her ‘raison d’être’.¹⁰⁹⁰ An attempt to break the conscience

¹⁰⁸⁶ Cf. LÜDICKE, in: MK-CIC, Introduction before can. 1311, marg-no 11 (edited 1992); 1312, marg-no 16 (edited 1992); Introduction before 1321, marg-no 5 (edited 1992); Introduction before 1331, marg-no 3 (edited 1993); Overview before 1341, marg-no 4 (edited 1993). Cf. also LUF, *Gewissen und Recht*, ÖAfKR 38 (1989), 30, 32.

¹⁰⁸⁷ LÜDICKE, in: MK-CIC, 1312, marg-no 16 (edited 1992): Die Kirche hat „nicht (mehr) den Auftrag, einen Menschen mit Androhung von Übeln zu einem Verhalten zu bewegen, das seinem Gewissen nicht entspricht.“

¹⁰⁸⁸ LÜDICKE, in: MK-CIC, Introduction before can. 1311, marg-no 14, 19 (edited 1992): Die Kirche darf niemand „durch Androhung von Maßnahmen zu einer Änderung seiner Gesinnung zwingen.“

¹⁰⁸⁹ Cf. only GS 16.

¹⁰⁹⁰ See – referring to the pope – NEWMAN, Letter to the Duke of Norfolk, in: *Difficulties Felt by Anglicans*, London 1900, 60. He goes on to say: ‘The fact of his mission is to answer to the complaints of those who feel the insufficiency of the natural light’, cf. also *An Essay on the Development of Christian Doctrine* (2nd edn,

by coercion would result in the committal of a ‘suicidal act’, yet influencing the conscience lies at the heart of the Church’s very mission.¹⁰⁹¹ Thus, it has to be proven that ecclesiastical penal measures have generally a coercive effect, if the *emendatio rei* should be abolished.

However, neither a reference to the normal linguistic usage of ‘coercion’ nor a comparison to punishment by the State offer a solution while trying to answer if ecclesiastical penal sanctions – particularly an excommunication – amounts to coercion. Although it can be deduced from the normal usage that ‘coercion’ also comprises non-physical forms of practices to compel a person to behave in an involuntary way, there are no undisputed criteria to define mere psychological coercion. The delineation to acceptable social pressure is blurred.¹⁰⁹² Furthermore, the use of the same legal terminology by the State does not bring any clarity. The State is dependent on using the penal system as a form of coercion, whereby its legitimacy is widely undisputed *inter alia* due to the fact that the State seeks to monopolise any violent physical forms of coercion within its territory.¹⁰⁹³ Accordingly, the State makes use of harsh measures like prison and fines. Evidently, such measures cannot be compared to ecclesiastical punishments, *e. g.* the deprivation of sacraments. The latter is an *aliud*, and its coercive effect has to be measured according to a specified canonistic analysis.¹⁰⁹⁴

Indeed, it is a widespread opinion that – due to the peculiarities of ecclesiastical penal sanctions – they shall not constitute coercion against one’s conscience. It is said that ‘after all, such punishment has to be understood as an appeal to conscience in order to reconsider one’s own decision’.¹⁰⁹⁵ It has to be seen as a ‘last call’ for the delinquent so that he may grasp the danger of his behaviour.¹⁰⁹⁶ The free will of a person is not questioned by penal sanctions, as the

Oxford 1878 (reprint Notre Dame 1989)) 86–7. The Church thus – while respecting the boundaries of conscience – wants to get through to a person’s *inner* sphere, cf. for instance AYMAN, *Kirchliche Grundrechte und Menschenrechte*, AfkKR 149 (1980), 397; PREE, *Forum externum und forum internum – Zur Relevanz des Gewissensurteils im Kanonischen Recht*, AfkKR 168 (1999), 27–28.

¹⁰⁹¹ Cf. also NEWMAN, Letter to the Duke of Norfolk, *ibid.*, 60.

¹⁰⁹² Cf. only the description of ‘Zwang’ at MEYERS großes Taschenlexikon (Mannheim 1990) and at VORGRIMLER „Neues theologisches Wörterbuch“ (Stuttgart 2000).

¹⁰⁹³ Cf. ANDERSON, ‘Coercion’ in Zalta (ed.) *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (<http://plato.stanford.edu/>), edited Feb. 2006, cf. also BIELEFELDT ‘The Practical Priority of the Secular Legal Order’ in Loenen (ed.), *Religious Pluralism and Human Rights in Europe: Where to Draw the Line?* (Intersentia, Antwerpen 2007), 98–99.

¹⁰⁹⁴ Cf. in general the warning against premature attempts to compare between State and Church DE PAOLIS, ‘Penal Sanctions, Penal Remedies and Penances’ in *The Penal Process* (n. 1075, 2005), *e. g.* 155, GEROSA, *Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam* (n. 1075, 1995), 95; EICHOLT, ‘Nullum crimen nulla poena sine lege’ im kanonischen Recht, Frankfurt a. M. 2006, 160–162; SAGMEISTER, *Das neue kirchliche Strafrecht*, in: Festgabe *Schwendenwein* (n. 26, 1986) 495.

¹⁰⁹⁵ KRÄMER ‘Menschenrechte – Christenrechte’, in *Gabriels and Reinhardt* (eds.), *Ministerium Iustitiae, Festschrift Heinemann* (Essen 1985), 172; cf. also HIEROLD, *Vom Sinn und Zweck kirchlicher Strafe*, *ibid.*, 338–339, yet not drawing on freedom of conscience.

¹⁰⁹⁶ DE PAOLIS, *PerRMCL* 75 (1986), 234–235; it shall be unfounded to even think that there might be a conflict with religious freedom, cf. DE PAOLIS, ‘Penal Sanctions, Penal Remedies and Penances’ in *The Penal Process* (n. 1075, 2005), 181. See also, regarding the pastoral meaning of punishment DE PAOLIS, ‘The Application of

delinquent still has a choice.¹⁰⁹⁷ ‘Such a reaction by the Church must not be understood as constraint or coercion which is directed against the freedom of the act of faith, but it is an insistent invitation for reconciliation, which is linked with tangible legal consequences.’¹⁰⁹⁸ With regard to different issues, LÜDICKE also states that the effect of ecclesiastical punishment remains ineffective, if the delinquent no longer values the sacraments.¹⁰⁹⁹ He even admits in this context that ‘the Church does not have the instruments to coerce a person against his will and against his conscience towards more proper conduct’.¹¹⁰⁰ Thus, at first sight it seems reasonable to deny coercive effects of an ecclesiastical punishment.

What causes concern though, is that this opinion simply declares that the punishment shall be an invitation. However, this statement is not proven. It is a circular argument to admit that no coercion regarding acts of faith is allowed, and to conclude that there is no coercive effect to be noticed. No one even tries to explicate what level of inducement should be transgressed by a measure in order to amount to coercion. If this would have been done, the reader could have estimated as to why this threshold shall not yet be accomplished. Instead of this, the lack of coercion is simply claimed without explication.

Moreover, there is also confusion caused by those who approve the severity of ecclesiastical law in general, which comprises coercive measures, yet at the same time deny coercion regarding freedom of conscience.¹¹⁰¹ In the first place, it is understandable to be cautious about denying coercion in general. The Church has accentuated many times her earnest

Penalties’, in *Marzoa* (ed.), *Exegetical Commentary on the Code of Canon Law*, Vol. IV/1 (Montréal 2004), marg-no 5 (p. 361).

¹⁰⁹⁷ REES, Glaubensschutz durch Strafmaßnahmen, in: *Aymans* (ed.), *FS Geringer*, Sankt Ottilien 2002, 374; SCHAAF, Der Kirchliche Strafanspruch – Die Begründung der kirchlichen Strafgewalt (Frankfurt a. M. 2007) 273–275, see also relying on BORRAS *ibid.*, 230, n. 30; DEMEL, Abtreibung zwischen Straffreiheit und Exkommunikation (Stuttgart 1995) 306–307; HAFNER, Kirchen im Kontext der Grund- und Menschenrechte (Freiburg (Schweiz) 1992) 233 (cf. also p. 214).

¹⁰⁹⁸ KRÄMER, Strafen in einer Kirche der Liebe, in *Müller* (ed.) „Strafrecht“ in einer Kirche der Liebe (Berlin 2006), 18. Cf. also KRÄMER, Religionsfreiheit und Absolutheitsanspruch der Religionen, in *Krämer* (ed.) *Recht auf Mission contra Religionsfreiheit?* (Berlin 2007), 48. See also MAY, Das Verhältnis von Gesetz und Gewissen angesichts der kanonischen Rechtsordnung, in *Lüdicke* (ed.) *Neue Positionen des Kirchenrechts* (Graz 1994) 58, 76–77.

¹⁰⁹⁹ LÜDICKE, in: MK-CIC, 1311, marg-no 5 (edited 1992).

¹¹⁰⁰ LÜDICKE, in: MK-CIC, Introduction before can. 1311, marg-no 3 (edited 1992).

¹¹⁰¹ Cf. SCHAAF, Der Kirchliche Strafanspruch (n. 1097, 2007), 284, 211–212.

Cf. furthermore DE PAOLIS, ‘Penal Sanctions, Penal Remedies and Penances’ in *The Penal Process* (n. 1075, 2005), for instance p. 147: ‘Coercive power ... must be seen as intrinsic to the very nature and mission of the Church’, cf. also p. 150, n. 3; 168–169; 178–179. However, with regard to freedom of conscience describing penal measures as a mere ‘alarm-call’ and invitation see p. 158–159.

Although his statement on p. 168, n. 19 is true that ecclesiastical penal measures do not amount to an infringement of freedom of conscience as it is enshrined in International Law (as members can opt-out), this does not answer the question as to whether these measures infringe freedom of conscience as it is understood by the Church. The same shortcoming is to be found, when MARZOA underlines the possibility to opt-out and then concludes: ‘Where, then, is the opposition between “the freedom of the act of faith” and penal law?’ (MARZOA, ‘Introduction cc. 1311–1399’, in *Exegetical Commentary* (n. 1096, 2004), 200).

Regarding the non-use of the term ‘freedom of conscience’ with respect to the ecclesiastical understanding of conscience cf. KNEIB, *Entwicklungen im Verständnis der Gewissensfreiheit*, Frankfurt a. M. 1996, 44–45, 339.

willingness to defend the *depositum fidei* entrusted by the Lord. Thus, to qualify penal measures solely as a mere appeal might be in contradiction with her own understanding.¹¹⁰² Yet, the authors who deny coercion regarding conscience fail to clarify to the necessary extent, as to whether there might be different notions of coercion involved or what other explanation might support their view that seems to be inconsistent. In opposition to that, another advantage of LÜDICKE'S concept is elucidated, namely the possibility to defend necessary coercion due to *other* penal purposes, yet without getting in conflict with freedom of conscience.

By pinpointing the omission to define what is meant by coercion another demur comes into focus. The argument that there is free will left despite the penal interference lacks persuasiveness without further elaboration. Christian history abundantly depicts that free will cannot be broken even by the harshest coercion which can be thought of. Martyrs of all centuries have demonstrated that a person can be 'afflicted in every way, but not constrained' (2 Cor 4,8). There is no doubt that a serious threat of execution in order to make someone renounce his belief is a form of coercion, which thereby viciously attacks freedom of conscience, yet even the cruellest measures do not have the power to break a person's freedom. In law, there is sometimes a differentiation between *vis compulsiva* and *vis absoluta*, whereby acts due to the latter are not even acknowledged as imputable.¹¹⁰³ Comparable with that, talking about coercion¹¹⁰⁴ figuratively does not intend to differentiate between *vis absoluta* and *vis compulsiva*, but between *vis compulsiva* (= coercion) and acceptable social pressure. Thus, the mere remaining choice – characteristic to all forms of *vis compulsiva* – is not a reliable indicator to deny a qualification as coercion.¹¹⁰⁵

Moreover, there are substantive arguments to be found that support a qualification as coercive. Sacraments signify a most vital reality for those who believe. Considering the background of the authority to bind and loose (Matthew 16: 18–19) further weight is added to a

¹¹⁰² Cf. the controversy surrounding MARSILIUS of Padua, particularly the ecclesiastical reaction, namely „Licet iuxta doctrinam“ by Pope JOHN XXII. (23 October 1327), reprinted at DENZINGER/HÜNERMANN, Kompendium der Glaubensbekenntnisse (40th edn., Freiburg 2005), no. 941–946, particularly no. 945.

Cf. furthermore regarding the necessity of coercive measures for instance MARZOA, *ibid.*, 200–201.

¹¹⁰³ Cf. for instance German Private Law (undisputed interpretation of § 123 Bürgerliches Gesetzbuch).

Cf. also the discussions about the scope of the *coactus volui*-rule (D 4.2, 21.5 (Paulus, libro undecimo ad edictum), here quoted according *Behrends et al.* (ed.) *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung*, Vol. II (Digesten 1–10) (Heidelberg 1995), 357). Law is aware of forms of coercion which do or do not invalidate legal acts (cf. regarding Roman Law HARTKAMP, *Der Zwang im Römischen Privatrecht* (Amsterdam 1971), 84–101).

Also Canon Law makes use of more sophisticated differentiations regarding the free will and legal consequences deriving from different types of influences, cf. only regarding Penal Law the differentiation between can. 1323 No 3 and No 4 CIC, and for instance LÜDICKE, in: MK-CIC, 1323, marg-no 6 (edited 1992), who says that it has not been *a priori* necessary to restrict No 3 on *vis physica*.

All this challenges any undifferentiated use of a concept like coercion.

¹¹⁰⁴ In the sense of the ecclesiastical understanding of conscience.

¹¹⁰⁵ Cf. once more the Digest: D 4.2, 21.5 (*ibid.* n. 1103) acknowledges a form of coercion which leaves untouched the free will (*voluntas*) of the one, who was merely compelled by fear to accept the inheritance.

punishment which consists *inter alia* of the denial of sacraments, which are the most prominent means to salvation.¹¹⁰⁶ While arguing about coercive effects, it cannot be forgotten that the Eucharist is ‘the source and summit of the Christian life’ (LG 11), the ‘sum and summary of our faith’ (Catechism of the Catholic Church No. 1327). Thus, is it not true to call excommunication ‘such a hard measure’ (PAUL VI.)¹¹⁰⁷? Is it truly convincing to deny *a priori* any coercive effect of such a measure?

However, it might be reminded that according to Canon Law the access to sacraments might be suspended beforehand. Thus, in a strict sense, the denial would not be causally determined by the sanction. As long as it is said that grave sin is a precondition for punishment¹¹⁰⁸, it is to take into consideration that ‘a person who is conscious of grave sin is not to ... receive the body of the Lord’ (see can. 916 CIC).¹¹⁰⁹ On the other hand, it has to be seen that it might be necessary to implement measures which include the legal consequences of an excommunication, but are not dependent on evidence of grave sin.¹¹¹⁰ However, most of all, it seems to be necessary to include not only the *legal* consequences before making a judgement on our issue. If a person represses the question of grave sin, it might be of utmost importance for that person to be confronted with a formal excommunication. Also, the feeling of being pilloried by the Church might add effects which could possibly amount to coercion.

IV. *Dilemma instead of Tangible Results?*

A closer analysis of the issue of coercion thus has not so far led to any tangible result. There are arguments for and against an understanding of penal sanctions as coercion. Finally, it might be of some value to come back to the example given above in order to gain more clarity.

¹¹⁰⁶ Cf. insofar also DE PAOLIS, ‘Penal Sanctions, Penal Remedies and Penances’ in *The Penal Process* (n. 1075, 2005), 156: ‘A person is deprived of a good which is necessary for his or her spiritual journey, for salvation. Without these goods, salvation becomes somehow more difficult to achieve’.

¹¹⁰⁷ Cf. his speech to the Tribunal of the Sacred Roman Rota (29 January 1970), AAS 62 (1970), 117, available at http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/speeches/1970/documents/hf_p-vi_spe_19700129_anno-giudiziario_it.html (visited on 9.4.2008).

¹¹⁰⁸ This is not undisputed, cf. on the one hand PREE, *Imputabilitas*, ÖAfKR 38 (1989), 226, 229, on the other hand MÜLLER, *Warum und wozu kirchliche Sanktionen?*, in: „Strafrecht“ in einer Kirche der Liebe (n. 1098, 2006) 199.

¹¹⁰⁹ Cf. GEROSA, *Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam* (n. 1075, 1995), for instance on 227 and 245.

¹¹¹⁰ Regarding a schism it might be particularly problematic to prove the subjective elements of this crime, if a person is subjectively convinced to be loyal to the Church, cf. SEBOTT, *Das kirchliche Strafrecht*, Frankfurt a. M. 1992, 159–160 (1364, marg-no 6); LÜDICKE, in: MK-CIC, 1364, marg-no 5 (edited 2001). With respect to such problems the need described above could arise.

As a reaction to that, either the penal norms could be interpreted accordingly (cf. PREE, n. 1108) or the legal concept of an *obex* could be reinvented, regarding the latter see MÖRSDORF, *CIC und die nichtkatholischen Christen*, AfkKR 130 (1961), 36 m. w. N.; Eichmann/MÖRSDORF, *Kirchenrecht III* (6th edn., Paderborn, 1950), 415–416, cf. also 10th edn. 1959 on p. 416; KAISER, *Der gute Glaube im CIC* (München 1965), 216–219; AY-MANS, *Kirchengliedschaft* (1973), in: *Ekklesiologie* (Berlin 1995), 72–73.

Let us assume that this adherent of the schismatic group is not only socially isolated, but also very scrupulous. On the one hand, he is nauseated by the way of celebration of the Holy Mass and of other practices in his catholic parish, which he considers as a severe drawback due to satanic influences. On the other hand, he is angst-ridden by thinking of an excommunication. Whereas he has managed to cope with his doubts raised by being a normal adherent of this schismatic group,¹¹¹¹ he is petrified by the thought of being singled-out and personally excommunicated by a formal act of the Catholic Church, particularly due to his understanding of the authority to bind and loose. Confronted with such an excommunication he chooses after a while to rejoin formally his catholic parish in order to receive a cessation of the penalty, although he still considers his participation at such rotten practices as a sin, which he is yet willing to accept as the lesser evil.

Given such an example it is difficult not to agree that the excommunication had a coercive effect on that man. However, it is not hard to imagine an opposite result, if the man is supposed to be a self-confident, autocratic person, who is so sure about the righteousness of his schismatic group that – as a first response – he is not deeply bothered by his excommunication. Regarding him, the penal sanction only prompted a process of rethinking his position, which may have taken some time. Due to this, he finally acknowledges the position of the Church and also finds a way to be loyal to the Church despite his ongoing disagreement of some practices in his local parish. Therefore, the penal sanction has proven to have had a pastoral character¹¹¹².

Both examples show the difficulty to find general answers regarding the coercive nature of penal sanctions.¹¹¹³ Due to the lack of substantiation of what the authors consider as the threshold of coercion, it remains to find a compelling answer. Three arguments shall be raised in order to solve this issue.

V. *Finding a Solution*

I. *Accurate Interpretation as an Argument against Abolishment of ‘Emendatio Rei’*

A closer look what is meant by reforming the offender could offer a solution. From a catholic viewpoint, it is undisputed that no one can morally improve as long as he is acting against the

¹¹¹¹ Even if other adherents are excommunicated already.

¹¹¹² Regarding that cf. also ERDÖ, Die Wirksamkeit des kanonischen Strafsystems, in: FS *Geringer* (n. 1097, 2002), 87. Thereby, to strive for obedience – as a reaction on sanctions – is a value, which is desirable despite the supremacy of conscience, cf. for instance relying on NEWMAN ERDÖ, The Theological Foundations of Canon Law According to the Works of John Henry Newman, in *Folia Theologica* 1 (1990), 128.

¹¹¹³ Another comparison should be kept in mind while contemplating this issue: The exercise of the *Magisterium*, for instance the use of encyclical letters, is undisputed. However, it might happen that scrupulous persons do follow its instruction without accepting them beforehand consciously. If such ‘coercive effects’ are to be accepted regarding encyclical letters, why should they not be accepted regarding penal measures?

finding of his conscience.¹¹¹⁴ Thus, the very scrupulous person we have talked about cannot be reformed by an excommunication. An accurate interpretation therefore leads to the result that the judge would abstain from a punishment, as there is no accepted purpose left.¹¹¹⁵ To come to terms with the preconditions as set by freedom of conscience is thus not dependent on an abolishment of *emendatio rei*. If there is no reform of the offender against his conscience there is no need to be afraid that this purpose of punishment leads to infringements with conscience.

2. *Subjective Nature of Coercion*

In conclusion, from the examples given above it is to acknowledge that any definition of coercion must rely on a subjective element. What could turn out as coercion for one person might be a helpful appeal to conscience for another person. As said above¹¹¹⁶, there is no need for an abolishment, as long as penal sanctions do not *generally* amount to coercion. Instead of abolishing this penal purpose, it is sufficient to react on each individual case where a clash between freedom of conscience of the person concerned and the aim of reforming that person occurs.¹¹¹⁷ The ecclesiastical judge must not punish based on the sole reason of reforming the offender as long as the punishment would amount to coercion.

3. *Dealing with Doubts: The Impact of Tradition in Canon Law*

However, there are also arguments which nevertheless support a view towards abolishment of that penal purpose. Firstly, it could be alleged that a penal sanction, which is solely based on the purpose to reform the offender, regularly amounts to coercion in the sense of freedom of conscience. In order to support such a stance reference could be made to those scholars who consider Penal Law in general as coercive.¹¹¹⁸ After all, it might not be compelling to suggest that there are two different concepts of coercion enshrined in ecclesiastical Penal Law. In conclusion, such regularity with regard to coercive effects might suffice to declare penal sanctions as generally coercive. This would be reason enough to abolish the *emendatio rei*.

Secondly, practical difficulties could be pointed to in assessing as to whether a punishment turns out to be coercive in an individual case, particular in an often heated atmosphere of an official penal process. The prominence given to freedom of conscience in the course of Second

¹¹¹⁴ Cf. only THOMAS, STh I–II q. 19, art. 5.

¹¹¹⁵ Such a result could be executed with reference to can. 1344 No 1 CIC. The ‘more opportune time’ would be connected with a loss of that scrupulous attitude of the offender.

¹¹¹⁶ See the argument starting at p. 231.

¹¹¹⁷ As just said, this result can be concluded also from the fact that there is no reform of the offender against his conscience.

¹¹¹⁸ See above n. 1101.

Vatican Council might lead to the maxim to consider penal sanctions as coercion – *in dubio pro conscientia*.

Thirdly, the existence of the concept of a *poena latae sententiae* might cause concern. Thereby, there is no judge involved who could decide as to whether it is appropriate to punish. As long as the purpose to reform the offender is mentioned explicitly, persons might feel bound even if it is against their conscience.¹¹¹⁹

Thus, it might be reasonable to have doubts about the result that *emendatio rei* is a concept in line with freedom of conscience. Yet, it is evident that those opposing the penal purpose to reform the offender were not able to present clear answers themselves. On their part, they could not verify that penal sanctions are to be equated with coercion. However, it is not necessary to demand a clear-cut answer, which would most of all imply further elaborations about what is meant by coercion in the sense of freedom of conscience within the Church. Law is able to be precise not only by providing decisive answers, but also by establishing rules of how to deal with doubts. Such a rule can be found by recognising the role of tradition for Canon Law. The doubts we have to deal with do not occur regarding the CIC¹¹²⁰, where there are particular rules demanding the observance of tradition,¹¹²¹ but contend with the meaning of coercion in the sense of the ecclesiastical doctrine of conscience¹¹²². Yet, the rules concerning the interpretation of the CIC are a first hint for a universal rule of how to deal with tradition in Canon Law. In the Digest, the following pertinent rule is found: ‘*Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt.*’¹¹²³ Thus, where there is an undisputed interpretation, differing from it shall be avoided. Particularly regarding Canon Law, the importance of tradition cannot be underestimated.¹¹²⁴ Although there might be renewal, which diverts even from venerable tradition in order to establish a more coherent system serving as a *lex libertatis*¹¹²⁵, BENEDICT

¹¹¹⁹ Particularly, as knowledge that there is an ecclesiastical punishment provided is a precondition for a penal sanction *latae sententiae* anyway, cf. can. 1324 § 3 CIC in conjunction with can. 1324 § 1 No 9 CIC.

¹¹²⁰ There are no relevant doubts of how to interpret the penal purpose to reform the offender.

¹¹²¹ See can. 27 and can. 6 § 2 CIC, cf. also can. 19 CIC. Cf. also JOHN PAUL II., speech to the Tribunal of the Sacred Roman Rota, 1993, reprinted for instance in AfkKR 162 (1993) 148.

¹¹²² Which is also to recognise as a legal principle of Canon Law, cf. in general regarding the juridical value of Church doctrine JOHN PAUL II. to members of the Tribunal of the Roman Rota (29 January 2005), see http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/2005/january/documents/hf_jp-ii_spe_20050129_roman-rot_a_en.html (visited on 10 April 2008), AAS 97 [2005] p. 166, No. 6, quoted also by BENEDICT XVI. (ORdt 38 (2008), No. 6, p. 10).

¹¹²³ D 1.3, 23 (Paulus, libro quarto ad Plautium), *supra* n. 1103, 114.

¹¹²⁴ JOHN PAUL II., reiterated by BENEDICT XVI., *ibid.* (n. 1122): ‘For a healthy juridical interpretation, it is indispensable to understand *the whole body of the Church’s teachings*, and to place every affirmation systematically in the flow of tradition. It will thus be possible to avoid selective and distorted interpretations and useless criticisms at every step.’

¹¹²⁵ Address of BENEDICT XVI. to the Participants in the Study Congress Organized by the Pontifical Council for Legislative Texts on 25 January 2008 (see quotations above at n. 1083 and n. 1084). Cf. also address of BENEDICT XVI. to the Members of the Tribunal of the Roman Rota (26 January 2008)

XVI. also states the following: Those norms ‘that are doubtful’ are ‘to interpret in light of the Church’s living *Magisterium*’.¹¹²⁶ What was practised by the *Magisterium* throughout history therefore is decisive, whenever there are doubts. If it is not possible to thoroughly substantiate an interpretation which differs from the traditional view, it is false to abandon the traditional interpretation. It is important though, that the Pope refers to the ‘Church’s *living Magisterium*’. This indicates that canonists might express their views, whenever this could contribute as an incitation for future developments. However, it is indefensible to allege that such a new way of interpretation is adequate enough to be practised already *de lege lata*.

It is very doubtful as to whether *emendatio rei* is not reconcilable with the ecclesiastical understanding of conscience. Yet, there are no doubts, that the *Magisterium* has used penal sanctions traditionally with the purpose to reform the offender.¹¹²⁷ Thus, there is a clear result of this canonistic analysis: De lege lata, there is no contradiction between Penal Law and freedom of conscience. Considering that at the same time the Church has a duty to strive for the formation of conscience,¹¹²⁸ it might not surprise that she reserves the right to make use of Penal Law in order to fulfil her mission.

VI. *Comparative Law Analysis: Freedom of Conscience and the Prohibition of Coercion in International Law*

The refusal to rely on a clear-cut answer by stating that Canon Law provides a rule of how to deal with remaining doubts may cause worries. The absence of a definite answer might still be seen as inappropriate. Yet, a comparative law analysis reveals that the lack of precise answers is also inherent to similar concepts.¹¹²⁹ International Law protects freedom of conscience (or: the

http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2008/january/documents/hf_ben-xvi_spe_20080126_roman-rot_a_en.html (visited on 10 April 2008), reprinted at ORdt 38 (2008), No. 7, p. 7,

¹¹²⁶ BENEDICT XVI., *ibid*: Canon Law ‘must be formulated clearly, without ambiguity, and must always be in harmony with the rest of the Church’s laws. It is therefore necessary to abrogate norms that prove antiquated; to modify those in need of correction; to interpret –in light of the Church’s living Magisterium – those that are doubtful, and lastly, to fill possible *lacunae legis*.’

¹¹²⁷ Regarding GRATIAN cf. KÉRY, *Canonica severitas und amor correctionis*, in Müller (ed.) „Strafrecht“ in einer Kirche der Liebe (Berlin 2006) 30–37, and also at *Gottesfurcht und irdische Strafe* (Köln 2006), 275–286, thereby also pointing to the adaption of the changing attitude of AUGUSTIN towards the questions at stake (regarding the latter cf. also KASPER, *Wahrheit und Freiheit*, *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse*, 1988, 9–10); see furthermore DE MORTANGES, *Zwischen Vergebung und Vergeltung* (Baden-Baden 1992) 35–36; GEROSA, *Exkommunikation und freier Glaubensgehorsam* (n. 1075, 1995), 101 regarding the Council of Trent und the following time; regarding the latter cf. also PLÖCHL, *Geschichte des Kirchenrechts*, Bd. V (Wien 1969) 33; regarding the New Testament see for instance the opinion of MÜLLER, *Warum und wozu kirchliche Sanktionen?*, in: „Strafrecht“ in einer Kirche der Liebe (n. 1098, 2006) 189–190. Cf. also in general REES, *Strafgewalt der Kirche* (Berlin 1993) 65–68.

¹¹²⁸ Cf. already above text at n. 1091.

¹¹²⁹ The similarity is mainly based upon a peculiarity of the protection mechanisms, which will now be described: Both in International Law and in Canon Law the protection which is granted is mainly seen as *absolute*. If there is an infringement, then it is not justifiable. In opposition to that, most protection mechanisms of human rights imply a *relative* protection based on an implementation of a test of proportionality. If there is an infringement,

protection of the *forum internum*) as an *absolute* right, against which coercive measures are not allowed.

To begin with, there seems to be no coherent interpretation of the explicit prohibition of coercion as enshrined in Article 18 § 2 ‘ICCPR’.¹¹³⁰ This norm appears to be doomed from the beginning. It came into being as a corrective measure against the right to change belief or religion.¹¹³¹ As such, the Egyptian proposal was a failure. The right to change religion remains unchallenged.¹¹³² But nonetheless, this peculiar drafting history makes it more difficult to extract the object and purpose¹¹³³ of what is meant by coercion. Hope remains that at very least – with the latest decision¹¹³⁴ from the Human Rights Committee¹¹³⁵ – the flawed general reference to

it still might be possible to justify it by interests, which are to be judged as more important. Yet, regarding the protection of the *forum internum* in International Law, *each* infringement (= coercion) leads to an unjustifiable breach. It might be possible however, to justify coercive effects in ecclesiastical law based on more important goods (like for instance the protection of the *depositum fidei*), which rightly reveals a mere relative protection. Yet, the discussion does not focus at all on that possibility. Instead of this, it is only examined if coercion can be established. Therefore, the question of interference is practically handled as a pass-fail choice. It remains of interest as to how it is tried to identify infringements like coercion in International Law, in order to compare that with ecclesiastical law.

¹¹³⁰ International Covenant on Civil and Political Rights, adopted 16 December 1966; entered into force 23 May 1976, GA Res 2200A (XXI), UN GAOR, 21st Sess., Supp No. 16, at 52, UN Doc A/6316 (1966), 999 UNTS 171.

It says: ‘No one shall be subject to coercion which would impair his freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice.’ This paragraph is closely interrelated with the first half sentence of the second sentence of § 1, which says that freedom of conscience and religion ‘shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice’. Thus, the wording reveals that § 2 exemplifies interferences into the unlimited protected core values of having and adopting beliefs. Coercion as an interference related to the *forum internum* is to be distinguished from conflicts with the mere right to manifest religion or belief.

¹¹³¹ At first sight, one could think that the prohibition of coercion is enshrined in the ICCPR in order to *safeguard* the right to change one’s religion. However, Egypt proposed the clause in order to have a counter-right against proselytising missionaries, who allegedly want to exert pressure to change one’s religion. Cf. for instance Draft International Covenant on Human Rights’ (1950) UN Doc E/CN.4/SR.161, and then again the new proposal UN Doc E/CN.4/L.187; see also the report documented at UN Doc A/4625, para. 46 (p. 16).

¹¹³² At least, in the – legally binding – context of the ICCPR. The members of the Commission abundantly reiterated the importance of the right to change one’s religion and feared that this fundamental right would be concealed too much in order to be able to support Egypt’s proposal, cf. Commission on Human Rights, ‘Draft International Covenant on Human Rights’ (1949) UN Doc E/CN.4/SR.116, p. 8 (Philippines); p. 10–1 (France); p. 11 (UK)); Commission on Human Rights, ‘Draft International Covenant on Human Rights’ (1949) UN Doc E/CN.4/SR.117 (p. 5 (Lebanon); see also *ibid.* p. 10 the vote against the Egypt proposal to delete the words ‘to change his religion [...]’. Furthermore, Commission on Human Rights, ‘Draft International Covenant on Human Rights’ (1950) UN Doc E/CN.4/SR.161 (Yugoslavia (p. 7, p. 10); USA (p. 7); Denmark (p. 8); China (p. 9); vote (right to change adopted 13 votes to none, with 1 abstention, p. 10 (cf. also final vote p. 16). The same goes for UNGA, Third Committee, ‘Draft International Covenants on Human Rights, Article 18 of the draft ICCPR’ (1960) UN Doc A/C.3/SR.1025 (explication by the delegate of Philippines (p. 213, para. 2); moreover UK, UN Doc A/C.3/SR.1027 (recapitularly statement (p. 225, para. 1); and particularly with respect to the amendment ‘or to adopt’, *ibid.* para. 2; approved and adopted by Philippines, *ibid.* para. 3; finally adopted by a vote 54 to none with 15 abstentions, see para. 36).

¹¹³³ Cf. Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969; entered into force on 27 January 1980) 1155 UNTS 331.

¹¹³⁴ *Sister Immaculate Joseph and others v Sri Lanka*, Communication No 1249/2004 (views adopted on 21 October 2005, at the 85th session), UN Doc CCPR/C/85/D/1249/2004; reprinted at UNHRC, ‘Issues considered by the Committee: Article 18’, UNGA ‘Report of the Human Rights Committee – Volume I’ UN GAOR 60th Session Supp No 40, UN Doc A/61/40 Vol I (2006), p. 99–100 (para. 192).

¹¹³⁵ Which is the competent UN-Organ to interpret and enforce the Covenant, cf. the ICCPR, starting at Article 28.

proselytism as an example of coercion will finally disappear from judicial discussion.¹¹³⁶ However, apart from this single aspect only the other extreme that exists as the categorical denial of non-physical forms of coercion, can be repudiated.¹¹³⁷ The Human Rights Committee failed to fill the gap. The Committee's General Comment dealing with coercion¹¹³⁸ fails to provide clarity. It claims the necessity of an *additional* intent for measures, which undoubtedly amount to coercion (for instance, threat of physical force). However, practices having the same effect – the denial of important goods is pinpointed to as an example – shall amount to coercion without such intent. In taking into account that the Committee was aware of the problem,¹¹³⁹ such inexplicable inconsistency is astonishing.¹¹⁴⁰ Thus, a workable definition of coercion in the sense of Article 18 § 2 ICCPR has not yet been developed.

Moreover, a significant conceptual difficulty as to how to interpret coercion remained unheeded. Although the most discussed example of coercion dealt with *non-state* actors, namely 'proselytising' missionaries, the so-called theories of horizontal effects were disregarded. Those approaches deal with the question as to why and how it is possible to bind private actors – including religious organisations – by the body of human rights law, which was originally only directed against the State as a possible perpetrator. Yet, the Committee kept quiet about the question of horizontal effects in its General Comment specifically concerning coercion. In addition, its general approach towards the concept of horizontal effects is not completely satisfactory.¹¹⁴¹ Although the Committee did not endorse the tendency among scholars¹¹⁴² to blur

¹¹³⁶ See also in general TAYLOR, *Freedom of Religion, UN and European Human Rights Law and Practice* (Cambridge 2005) 25; 55–61.

¹¹³⁷ UNGA, Third Committee, 'Draft International Covenants on Human Rights, Article 18 of the draft ICCPR' (1960) UN Doc A/C.3/SR.1025 (explication by the delegate of Phillipines (p. 213, para. 3). Most explicit is the statement of Israel, *ibid.* p. 217, para. 47.

¹¹³⁸ UNHCR 'General Comment No. 22 (Art. 18)' (27 September 1993) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (1993), para. 5; reprinted in 'Note by the Secretariat, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies' (2006), UN Doc HRI/GEN/1/Rev.8, para. 5 (p. 195).

¹¹³⁹ One member questioned why this sentence ('Policies or practices...') does not include an explicit reference to the intention Müllerson, UNHCR, 'Draft general comment on Article 18 of the Covenant', 45th Session, UN Doc CCPR/C/SR.1166 (1992), para. 88 (p. 13). Accordingly, the chairman proposed the following wording: 'Policies and practices intended for the same purposes', *see ibid.* para. 90 (p. 13).

¹¹⁴⁰ As a reply, it was said that any reference to intention would be 'ill-chosen, as no State would admit that its legislation was designed to achieve any unlawful purpose', see Sadi, UNHCR, 'Draft general comment on Article 18 of the Covenant', 45th Session, UN Doc CCPR/C/SR.1166 (1992), para. 93 (p. 14). However, this approach reveals a lack of judicial preciseness. It is true that law has to take factual circumstances into account. Accordingly, it is reasonable to combat attempts to sidestep judicial duties. However, such consideration can also be achieved by creating a burden of proof: If a government implements measures which have the effect of interfering with the *forum internum*, then it would be its own duty to prove the lawfulness.

¹¹⁴¹ Cf. UNHCR 'General Comment 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant' (26 May 2004) UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 8, reprinted in 'Note by the Secretariat, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies' (2006), UN Doc HRI/GEN/1/Rev.8, para. 8 (p. 235).

¹¹⁴² Which can be exemplified by reference particularly to the concept of Manfred NOWAK, *Introduction to the International Human Rights Regime* (Leiden 2003) 48–53.

the categorical difference between States and non-state actors, it failed to name criteria, which in practice, would help to decide whether or not there are horizontal effects for a certain case.¹¹⁴³

The interpretation of Article 9 ECHR, which guarantees the protection of the *forum internum* at the European regional level, shares many of the deficiencies noted with respect to the ICCPR. Also, the European judicial organs do not cope adequately with the problem of underlying conflicts among non-state actors. Their theoretical approach towards this problem is slightly more elaborated upon than its counterpart regarding the ICCPR, but also fails to explicitly name the relevant criteria in ascertaining when to accept an applicability of human rights as directed against private persons.¹¹⁴⁴ However, a cause for concern is another act of negligence concerning underlying disputes between non-state actors. Whenever the State is acting of its own accord, on behalf of individuals against other non-state actors, the ECtHR supports unconditionally the State to the detriment of the alleged perpetrator. The Court does not even pose the question, as to whether the principles that have evolved regarding non-state actors are applicable. It misunderstands – yet, in accordance with the commentaries of scholars – the clause naming ‘rights and freedoms of others’ (Article 9 § 2 ECHR) as a self-sufficient reason for limitations. However, such an approach conceals the striking similarities between both situations where disputes among individuals are at stake. Therefore, the protection mechanisms for alleged private perpetrators enshrined in the horizontal effects theories also have to be complied with in these situations, when a State relies on Article 9 § 2 ECHR.¹¹⁴⁵ Furthermore, the ECtHR’s interpretation of Article 9 § 2 ECHR is unpersuasive regarding the term ‘rights’. The Court embraces mere interests below the threshold of an actual right. Thus, it fails to interpret ‘rights’ attached to the *forum internum*, but refers vaguely and unjustifiably to mere concerns and feelings.¹¹⁴⁶ By implementing the possibility of relying on nebulous interests, it supports States which rigorously suppress certain unwanted manifestations of religious freedom.¹¹⁴⁷

¹¹⁴³ The vagueness of its approach was explicitly desired; see commenting on the decisive sentence Sir Nigel Rodley, who provided the overall draft for the General Comment No. 31, (2003) CCPR/C/SR.2161, para. 18 (p. 4): phrase, ‘qui a le mérite de laisser la porte ouverte à de nombreuses options’.

¹¹⁴⁴ See the explicit denial to develop an abstract theoretical concept by the ECtHR, *Vgt Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland* (28 June 2001, App no 24699/94) (2002) 34 EHRR 4, p. 171 (para. 46).

¹¹⁴⁵ At least, the underlying principles of horizontal effects should be taken into account at the test of proportionality. The ECtHR fails to do so.

¹¹⁴⁶ See for instance ECtHR, *Leyla Şahin v Turkey* (GC, 10.11.2005, App No 44774/98) (2007) 44 EHRR 5, p. 125 (para.106); *Otto-Preminger Institute v Austria* (20.9.1994, App No 13470/87) (1995) 19 EHRR 56–7 (para. 47)

¹¹⁴⁷ Cf. for instance ECtHR, *Kokkinakis v Greece* (25.5.1993, Nr. 14307/88) (1994) 17 EHRR 397, where a discriminatory system of state religion is approved, and *Leyla Şahin, ibid.*, where the Grand Chamber endorses (and partly adopts as its own) ‘secular fundamentalism’, as it is practiced in Turkey. For the quotation, see MARÍNEZ-TORRÓN/ NAVARRO-VALLS, ‘The Protection of Religious Freedom in the System of the Council of Europe’ in Lindholm (ed.) *Facilitating Freedom of Religion or Belief: A Deskbook* (Leiden 2004) 235, cf. also 237.

Apart from the problematic issues surrounding underlying disputes of non-state actors, the European organs fail to unfold a convincing concept of indoctrination. Within the case-law regarding Article 9 ECHR this prohibition of indoctrination has been developed, whereby its function is comparable to the prohibition of coercion as enshrined in the ecclesiastical understanding of conscience and as in Article 18 ICCPR.¹¹⁴⁸ Yet, the identifying characteristics of such an infringement with the *forum internum* are not convincingly named.¹¹⁴⁹ However, what is far worse, is that the jurisprudence established another line of reasoning, which is not only inconsistent with other parts of the case-law; it is in an unconvincing manner very restrictive towards the protection of the *forum internum*. With this part of its jurisprudence the ECtHR implicitly alleges that the protection of the *forum internum* does not at all embrace acts, which are noticeable by others.¹¹⁵⁰ In fact, only ‘the right to hold opinions silently’ would be absolutely protected.¹¹⁵¹ The Grand Chamber of the ECtHR had to decide for instance upon the question, as to whether someone could be forced by San Marino to take an oath requiring him to swear on the Holy Gospels, or otherwise face the forfeiture of his parliamentary seat (*Buscarini* case).¹¹⁵² Although the applicant did not try anything else than attempting to live according to his conscience (which did not include the acceptance of the Bible), the ECtHR has not granted him the absolute protection of the *forum internum*, but only the weak protection of mere religious manifestations.¹¹⁵³ This constitutes a significant inadequacy regarding the scope of the *forum internum*.¹¹⁵⁴ Such a notion seems due to an understanding of interference which is too narrow.¹¹⁵⁵ An interference does not necessarily have to embrace a change of the internal belief.¹¹⁵⁶

Regarding the unjustified expulsion of religious values from society in a common, but superficial secular thinking, cf. – from a non-religious point of view – compelling HABERMAS, ‘Vorphilosophische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates?’ in *Habermas/ Ratzinger*, *Dialektik der Säkularisierung, Über Vernunft und Religion* (Freiburg 2005) 33–6.

¹¹⁴⁸ Regarding such similarity cf. n. 1129.

¹¹⁴⁹ Cf. Eur Comm HR *Angeleni v. Sweden* (Admissibility decision, 3 December 1988, App no 10491/83) (1988) 10 EHRR CD 128 (para. 3); ECtHR *Valsamis v. Greece* (18.12.1996, App no 21787/93) (1997) 24 EHRR 294.

¹¹⁵⁰ Cf. *Valsamis*, *ibid.*

¹¹⁵¹ Quotation by C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention* (Oxford 2001) 68. Such a notion is explicitly endorsed by VERMEULEN, ‘Scope and Limits of Conscientious Objections’ in Council of Europe (ed.) *Freedom of Conscience* (Council of Europe Press, Strasbourg 1993) 82–3.

¹¹⁵² *Buscarini v San Marino* (Grand Chamber, 18 February 1999, App no 24645/95) (2000) 30 EHRR 208.

¹¹⁵³ Yet, in the end, he has succeeded, as a breach of Article 9 ECHR by San Marino has been established based on the protection of manifestations.

¹¹⁵⁴ Considering the seriousness and importance, which was attributed to the unrestricted protection of the *forum internum*, it is not conceivable that the contracting State parties wanted to erect a widely useless guarantee. Yet, the latter becomes true, if only the internal process of thinking is protected. Then, it is ‘almost impossible for the State to breach’ the right, EVANS (n. 1151) 68, cf. also LERNER, *Religion, Secular Beliefs and Human Rights, 25 Years After the 1981 Declaration* (Leiden 2006) 127.

¹¹⁵⁵ A false conclusion is drawn from the fact that governmental acts, which interfere with the *forum internum*, do not necessarily cause any change of the internal belief of the alleged victim. The common claim that almost ‘any intervention from outside is [...] impossible’ (Arcot KRISHNASWAMI, ‘Study of Discrimination in the

Thus, there are considerable failures to be observed which obstruct a better understanding of how the protection mechanisms of the *forum internum* (Article 18 ICCPR and Article 9 ECHR), which are constructed in a manner comparable to the ecclesiastical prohibition of coercion, could be interpreted coherently. If the international bodies dealing with these human rights instruments are not able to create a convincing system of interpretation, canonists are not discredited at all by referring to a specific handling of doubts instead of trying to elaborate a definite all-solving answer.

VII. *Outlook De Lege Ferenda*

With the result of our analysis, the compatibility of freedom of conscience and *emendatio rei*, it is still worthwhile considering changes *de lege ferenda*. Such efforts can be supported not only by the Pope's wish to on-going elaborations of Canon Law as a *lex libertatis*¹¹⁵⁷. Moreover, despite the question as to whether the Second Vatican Council has created genuinely new insights into the protection of conscience,¹¹⁵⁸ there is such an emphasis laid on the prohibition of coercion (cf. only DH 10) that it is right to claim that this principle shall be accomplished as much as possible by Canon Law.¹¹⁵⁹

De lege ferenda, it is to bring to mind that only difficult abstractly elaborated arguments have led to the conclusion that currently coercive effects cannot be assumed. It will be difficult to assess practically on a case-by-case basis if coercion might occur due to a penal punishment. Moreover, it seems obvious that it is a thorny task to communicate the appreciation of conscience by the Church while having a penal process solely¹¹⁶⁰ based on the purpose to reform the offender. This argument is to be contemplated all the more considering that canonists have tended to simply *allege* the compatibility with conscience, yet without defining what they instead consider to be qualified as coercion. To abstain from *emendatio rei* could prove to be a valuable signal of the importance which is to be given to conscience by the Church.

Matter of Religious Rights and Practices' (1960) UN Doc E/CN.4/Sub.2/200/Rev.1, p. 16), seems to be based on that train of thought, namely that the inner belief does not alter easily on account of State measures.

¹¹⁵⁶ Why should a change of the internal belief be a precondition in order to affirm that there is interference into freedom of conscience?

See also the 'Draft Principles on Freedom and Non-Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices' from the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities (reprinted as an annex to KRISHNASWAMI, *ibid.*): Coercion does not have to succeed, but must be *likely* to impair the freedom of religion and belief.

¹¹⁵⁷ See n. 1125.

¹¹⁵⁸ Regarding the correct interpretation of the Council in general see Christmas-address of Benedict XVI. to the Roman Curia, 22 December 2005, http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2005/december/documents/hf_ben_xvi_spe_20051222_roman-curia_en.html (visited on 15.4.2008).

¹¹⁵⁹ KRÄMER, *Religionsfreiheit in der Kirche* (Trier 1981), 12.

¹¹⁶⁰ As said before it is only to discuss here, if *emendatio rei* is acceptable as a stand-alone interest justifying an ecclesiastical penal process.

Such an approach could help to maintain – or regain – credibility when it comes to assessing the Church’s pastoral work and her dedication to fostering faith by love, but not by coercion. A Church which is struggling with a dissenter might be more powerfully able to convince him if *a priori* all possibilities of doubts about the Church’ commitment to respect conscience are excluded. Thus, that very peculiar example of a dissenter, which might find his way to faith by the help of penal punishment, yet without coercion, cannot be singled-out. The effects of a general rule within Canon Law are manifold. As just argued, encouraging a more powerful and visible commitment to conscience is also a means by which the Church can take care of *salus animarum*. It is easier to acknowledge the value of a free abdication of some methods – here penal processes solely based on *emendatio rei* – by pinpointing to inherent limitations of law in general. The ecclesiastical legislator has to be aware ‘of the limited scope and serving function of law’. Particularly against the background that law is overestimated if seen as a comprehensive means to solve all issues, it is rightly said that the legislator has to strive towards the aim ‘to prevent potential conflicts between legal requirements and the conscience of those addressed by law if possible’.¹¹⁶¹

In conclusion, it seems at least appropriate to implement an explicit (declaratory) mentioning that the use of *emendatio rei* is not meant to be used against one’s conscience. However, good arguments strive for a more radical step towards encouraging an effective support of conscience, namely the abolishment of the purpose to reform the offender – or at least to restrict its use solely to can. 1399 CIC, thereby clarifying its exceptional character.¹¹⁶² Such approach suits a Church which considers conscience as part of her *raison d’être*¹¹⁶³: Acting *in dubio pro conscientia*.

¹¹⁶¹ Both quotations from PREE (n. 1090) AfkKR 168 (1999), 41.

¹¹⁶² Regarding can. 1399 CIC see in general – supporting that norm – EICHOLT, „Nullum crimen nulla poena sine lege“ im kanonischen Recht (Frankfurt a. M. 2006) *passim*.

¹¹⁶³ See the reference to NEWMAN above n. 1090.

Nr. 1:

UNHCR „General Comment No. 22 (Art. 18)”

27. September 1993; UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (1993), § 5:

The Committee observes that the freedom to ‘have or to adopt’ a religion or belief necessarily entails the freedom to choose a religion or belief, including the right to replace one’s current religion or belief with another or to adopt atheistic views, as well as the right to retain one’s religion or belief. Article 18.2 bars coercion that would impair the right to have or adopt a religion or belief, including the use or threat of physical force or penal sanctions to compel believers or non-believers to adhere to their religious beliefs and congregations, to recant their religion or belief or to convert. Policies or practices having the same intention or effect, such as, for example, those restricting access to education, medical care, employment or the rights guaranteed by article 25 and other provisions of the Covenant, are similarly inconsistent with article 18.2. The same protection is enjoyed by holders of all beliefs of a non-religious nature.

Nr. 2:

UNHRC, *Hudoyberganova v Uzbekistan*

Communication Nr. 931/2000, 5. November 2004; wiedergegeben bei UNGA, Report of the Human Rights Committee – Volume II’ UN GAOR 60th Session Supp No 40, UN Doc A/60/40 Vol II (2005), § 6.2 (S. 48):

... The Committee considers that the freedom to manifest one’s religion encompasses the right to wear clothes or attire in public which is in conformity with the individual’s faith or religion. Furthermore, it considers that to prevent a person from wearing religious clothing in public or private may constitute a violation of article 18, paragraph 2, which prohibits any coercion that would impair the individual’s freedom to have or adopt a religion. As reflected in the Committee’s general comment No. 22 (para. 5), policies or practices that have the same intention or effect as direct coercion, such as those restricting access to education, are inconsistent with article 18, paragraph 2. It recalls, however, that the freedom to manifest one’s religion or beliefs is not absolute and may be subject to limitations, which are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals, or the fundamental rights and freedoms of others (article 18, paragraph 3, of the Covenant). ... The Committee notes that the State party has not invoked any specific ground for which the restriction imposed on the author would in its view be necessary in the meaning of article 18, paragraph 3. ... The Committee is led to conclude, in the absence of any justification provided by the State party, that there has been a violation of article 18, paragraph 2.

Nr. 3

UNHRC, *Sister Immaculate Joseph et al v Sri Lanka*

Communication Nr. 1249/2004, 21. Oktober 2005; wiedergeben bei UN Doc CCPR/C/85/D/1249/2004:

Regarding the underlying facts of the text above starting at p. 132. In addition, it is to note that the incorporation is achieved by introducing a bill to the Sri Lankan parliament. The above mentioned decision of the Supreme Court was decisive, as it stated the unconstitutionality of the Bill, which was introduced by one member of the parliament in order to accomplish the incorporation. The Human Rights Committee says on p. 10:

7.2 As to the claim under article 18, the Committee observes that, for numerous religions, including according to the authors, their own, it is a central tenet to spread knowledge, to propagate their beliefs to others and to provide assistance to others. These aspects are part of an individual's manifestation of religion and free expression, and are thus protected by article 18, paragraph 1, to the extent not appropriately restricted by measures consistent with paragraph 3 [Reference omitted]. The authors have advanced, and the State party has not refuted, that incorporation of the Order would better enable them to realize the objects of their Order, religious as well as secular, including for example the construction of places of worship. Indeed, this was the purpose of the Bill and is reflected in its objects clause. It follows that the Supreme Court's determination of the Bill's unconstitutionality restricted the authors' rights to freedom of religious practice and to freedom of expression, requiring limits to be justified, under paragraph 3 of the respective articles, by law and necessary for the protection of the rights and freedoms of others or for the protection of public safety, order, health or morals. While the Court's determination was undoubtedly a restriction imposed by law, it remains to be determined whether the restriction was necessary for one of the enumerated purposes. The Committee recalls that permissible restrictions on Covenant rights, being exceptions to the exercise of the right in question, must be interpreted narrowly and with careful scrutiny of the reasons advanced by way of justification.

7.3 In the present case, the State party has not sought to justify the infringement of rights other than by reliance on the reasons set out in the decision of the Supreme Court itself. The decision considered that the Order's activities would, through the provision of material and other benefits to vulnerable people, coercively or otherwise improperly propagate religion. The decision failed to provide any evidentiary or factual foundation for this assessment, or reconcile this assessment with the analogous benefits and services provided by other religious bodies that had been incorporated. Similarly, the decision provided no justification for the conclusion that the Bill, including through the spreading knowledge of a religion, would "impair the very existence of Buddhism or the *Buddha Sasana*". The Committee notes moreover that the international case law cited by the decision does not support its conclusions. In one case, criminal proceedings brought against a private party for proselytisation was found in breach of religious freedoms. In the other case, criminal proceedings were found permissible against military officers, as representatives of the State, who had proselytised certain subordinates, but not for proselytising private persons outside the military forces. In the Committee's view, the grounds advanced in the present case therefore were insufficient to demonstrate, from the perspective of the Covenant, that the restrictions in question were necessary for one or more of the enumerated purposes. It follows that there has been a breach of article 18, paragraph 1, of the Covenant.

Nr. 4:

Definition von Zwang („Coercion“) durch DE JONG

In *The Freedom of Thought, Conscience and Religion or Belief in the United Nations (1946–1992)*, Antwerpen 2000, S. 51:

Indeed, one should take into account that the exact wording of paragraph 2 of article 18 of the Covenant implies that it should be possible for everyone to really enjoy the right to have or to adopt a religion or belief of his or her choice. Whenever the manifestation of a religion or belief only supports the rights of others to define their own choice, it cannot be called ‘coercion’. Recantation of one’s religion or belief enforced by violent means, however, is certainly ‘coercion’ and therewith prohibited. Also indirect ways of forced recantation may amount to ‘coercion’: One could think in this respect of enforced violation of certain precepts of one’s religion or belief. Finally, some situations could exist where the difference in means and power between the various parties is such that the right to manifest one’s religion or belief should be employed with the necessary restraint by the more powerful party: only in this sense, could one think of improper material or moral inducement. But between equal parties it seems less likely that ‘coercion’ could occur, even if one of the parties would offer material or moral benefits after the adoption of his or her religion or belief.

Nr. 5:

EKMR, C v UK

Zlk.-Entsch., 15. Dezember 1983, Nr. 10358/83; DR 37, S. 147:

Article 9 primarily protects the sphere of personal beliefs and religious creeds, i.e. the area which is sometimes called the *forum internum*. In addition, it protects acts which are intimately linked to these attitudes, such as acts of worship or devotion which are aspects of the practice of a religion or belief in a generally recognised form. However, in protecting this personal sphere, Article 9 of the Convention does not always guarantee the right to behave in the public sphere in a way which is dictated by such a belief: for instance by refusing to pay certain taxes because part of the revenue so raised may be applied for military expenditure. The Commission [... in *Arrowsmith v UK* ... has] stated that ‘the term “practice” ... does not cover each act which is motivated or influenced by a religion or a belief.’

Nr. 6:

UNHCR „General Comment 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant“

26. Mai 2004; zuerst in UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.13; in korrigierter Fassung wiedergegeben bei „Note by the Secretariat, Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies“ (2006), UN Doc HRI/GEN/1/Rev.8, S. 235. Das Original ist englisch. Die französische Version ist leicht verändert. In § 8 heißt es:

The article 2, paragraph 1*, obligations are binding on States parties and do not, as such, have direct horizontal effect as a matter of international law. The Covenant cannot be viewed as a substitute for domestic criminal or civil

law. However the positive obligations on States parties to ensure Covenant rights will only be fully discharged if individuals are protected by the State, not just against violations of Covenant rights by its agents, but also against acts committed by private persons or entities that would impair the enjoyment of Covenant rights insofar as they are amenable to application between private persons or entities. There may be circumstances in which a failure to ensure Covenant rights as required by article 2 would give rise to violations by States parties of those rights, as a result of States parties' permitting or failing to take appropriate measures or to exercise due diligence to prevent, punish, investigate or redress the harm caused by such acts by private persons or entities. States are reminded of the interrelationship between the positive obligations imposed under article 2 and the need to provide effective remedies in the event of breach under article 2, paragraph 3. The Covenant itself envisages in some articles certain areas where there are positive obligations on States parties to address the activities of private persons or entities. For example, the privacy-related guarantees of article 17 must be protected by law. It is also implicit in article 7 that States parties have to take positive measures to ensure that private persons or entities do not inflict torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on others within their power. In fields affecting basic aspects of ordinary life such as work or housing, individuals are to be protected from discrimination within the meaning of article 26.

* [Dort heißt es]: Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

Nr. 7:

EKMR, *X v Denmark*

Zlk.-Entsch., 8. März 1976, Nr. 7374/76; DR 5, S. 157–158; die Auslassungen beziehen sich auf die Eigenschaften des Klerikers als Mitglied einer Staatskirche.

A church is an organised religious community based on identical or at least substantially similar views. Through the rights granted to its members under Art. 9, the church itself is protected in its right to manifest its religion, to organise and carry out worship, teaching practice and observance, and it is free to act out and enforce uniformity in these matters. ... Its servants are employed for the purpose of applying and teaching a specific religion. Their individual freedom of thought, conscience or religion is exercised at the moment they accept or refuse employment as clergymen, and their right to leave the church guarantees their freedom of religion in case they oppose its teachings. In other words, the church is not obliged to provide religious freedom to its servants and members, as is the State as such for everyone within its jurisdiction.

The Commission therefore holds that freedom of religion within the meaning of Article 9 § 1 of the Convention does not include the right of a clergyman ... to set up conditions for baptising, which are contrary to the directives of the highest administrative authority within that church ... It follows that the applicant's above complaint does not fall within the scope of Article 9 of the Convention.

Nr. 8:

EGMR, *Kokkinakis v Greece*

25. Mai 1993, Nr. 14307/88; (1994) 17 EHRR 422 (§ 48):

First of all, a distinction has to be made between bearing Christian witness and improper proselytism. The former corresponds to true evangelism, which a report drawn up in 1956 under the auspices of the World Council of Churches describes as an essential mission and a responsibility of every Christian and every Church. The latter represents a corruption or deformation of it. It may, according to the same report, take the form of activities offering material or social advantages with a view to gaining new members for a Church or exerting improper pressure on people in distress or in need; it may even entail the use of violence or brainwashing; more generally, it is not compatible with respect for the freedom of thought, conscience and religion of others. Scrutiny of [the Greek law (siehe dazu die Wiedergabe auf S. 203, Fn. 952)] shows that the relevant criteria adopted ... are reconcilable with the foregoing if and in so far as they are designed only to punish improper proselytism, which the Court does not have to define in the abstract in the present case.