

1. Aufsätze

Das Grundrecht auf Befreiung von der Wehrpflicht und die Zivildienstleistung in Österreich

von Christian Brünner, Klaus Krottmayr, Franz Merli und Wolfgang Stock, Graz *

I.	Rechtsquellen	485
II.	Historische Entwicklung	485
III.	Charakteristika des Grundrechts.....	486
	1. Abhängigkeit von der Grundpflicht der allge- meinen Wehrpflicht	486
	2. Zwei Schutzbereiche	487
	3. Verfahrensabhängigkeit	487
	4. Inhaltliche Beschränkung.....	487
	5. Konnex mit der Grundpflicht zum Zivildienst.....	487
IV.	Literaturhinweise.....	487
V.	Die Anerkennung als Wehrdienstverweigerer.....	487
	1. Das Antragsrecht auf Befreiung von der Wehr- pflicht	487
	2. Die inhaltlichen Voraussetzungen für die Anerken- nung.....	488
	a) Vorbehaltlose Ablehnung von Waffengewalt.....	488
	b) Schwerwiegende Gewissensgründe.....	489
	c) Schwere Gewissensnot	489
	d) Zivildienstwilligkeit?	490
	3. Das Anerkennungsverfahren aus grundrechtlicher Sicht	491
	a) Glaubhaftmachung der Gewissensgründe.....	491
	b) Das Ermittlungsverfahren	492
	c) Die „Beweis“würdigung	493
VI.	Der Widerruf der Befreiung von der Wehrpflicht	495
VII.	Die grundrechtlichen Ansprüche anerkannter Zivil- dienstpflichtiger als Vorgabe für die Ausgestaltung des Zivildienstes	495
	1. Gewaltverbot	495
	2. Zivildienst und umfassende Landesverteidigung.....	496
	3. Ausgewählte Probleme der Ausgestaltung des Zivil- dienstes	496
	a) Ordentlicher Zivildienst	497
	b) Grundlehrgang gemäß § 18 a ZDG	498
	c) Außerordentlicher Zivildienst	498
	d) Exkurs: Die Anerkennung geeigneter Einrich- tungen als Trägerorganisationen für den Zivil- dienst	498
	e) Exkurs: Möglichkeiten der Grundrechtsbe- schränkungen bei Ausübung des Zivildienstes ...	499
VIII.	Rechtspolitische Erwägungen	499
	1. Das Anerkennungsverfahren.....	499
	2. Die Ausgestaltung des Zivildienstes	501

I. RECHTSQUELLEN

Die Norm, die das Grundrecht auf Befreiung von der Wehrpflicht in Österreich gewährleistet, ist die Verfassungsbestimmung des § 2 Abs. 1 des *Zivildienstgesetzes* 1974 (ZDG).¹ Es heißt dort:

„Wehrpflichtige im Sinne des Wehrgesetzes 1978, BGBl. Nr. 150, sind auf ihren Antrag nach Maßgabe des § 5 Abs. 1 und 3 von der Wehrpflicht zu befreien und zivildienstpflichtig, wenn sie es – von den Fällen der persönlichen Notwehr und Nothilfe abgesehen – aus schwerwiegenden, glaubhaften Gewissensgründen ablehnen, Waffengewalt gegen andere Menschen anzuwenden und daher bei Leistung des Wehrdienstes in schwere Gewissensnot geraten würden.“

Zudem wird auf die Möglichkeit der Befreiung von der Wehrpflicht auch im Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) selbst hingewiesen.² Im Rahmen des Bekenntnisses zur umfassenden Landesverteidigung bestimmt Art. 9 a Abs. 3:

„Jeder männliche österreichische Staatsbürger ist wehrpflichtig. Wer aus Gewissensgründen die Erfüllung der Wehrpflicht verweigert und hievon befreit wird, hat einen Ersatzdienst zu leisten. Das Nähere bestimmen die Gesetze.“^{3,4}

Die einfachgesetzlichen Teile des ZDG fungieren als Ausführungsbestimmungen zu der Verfassungsbestimmung, die das Grundrecht auf Befreiung von der Wehrpflicht regelt (§ 2 Abs. 1 ZDG) und zu den Verfassungsbestimmungen, die die Grundpflicht zur Leistung des Zivildienstes (Ersatzdienstes) regeln (Art. 9 a Abs. 3 2. Satz B-VG und § 2 Abs. 1 ZDG).

II. HISTORISCHE ENTWICKLUNG

Das Vorhandensein einer allgemeinen Wehrpflicht läßt sich für das Gebiet des heutigen Österreich mit vielen Unterbrechungen bis in die römische Zeit zurückverfolgen. Eine (Wieder-)Einführung der allgemeinen Wehrpflicht erfolgte mit Errichtung der konstitutionellen Monarchie (1867). Die Regelungen über die allgemeine Wehrpflicht, die auf die körperliche Tauglichkeit abstellte, waren in den Wehrgesetzen vom 5. 12. 1868, 11. 4. 1889 und 5. 7. 1912⁵ enthalten; eine Verweigerungsmöglichkeit bestand nicht. Nach Ende des Ersten Weltkrieges schrieb das Gesetz der Republik Deutschösterreich vom 6. 2. 1919 über „Vorläufige Bestimmungen über die bewaffnete Macht“⁶ erneut die allgemeine Wehrpflicht vor. Die Republik Österreich von 1920 konnte wegen eines diesbezüglichen Verbotes seitens der Siegermächte keine allgemeine Wehrpflicht; es gab nur ein kleines Bundesheer, zu dem man sich freiwillig melden konnte. Erst das Bundesdienstpflichtgesetz vom 1. 4. 1936⁷ führte wiederum die allgemeine Wehrpflicht in der Form einer Dienstpflicht ein. Gesetzliche Verweigerungsmöglichkeiten gab es nicht.

Die Entwicklung des Kriegs- bzw. Waffendienstverweigerungsrechtes steht politisch-ideologisch in engem Zusammenhang mit der Geschichte der österreichischen Pazifismusbewegung seit der Gründung der „Österreichischen Friedensgesellschaft“ durch Berta von Suttner im Jahr 1891, juristisch mit dem seit 1867 gewährleisteten Grundrecht auf Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 14 StGG).⁸

* Der 28. Beitrag im Rahmen der EuGRZ-Aufsatzserie „Die Praxis der Grundrechte in Österreich“ (cf. EuGRZ Heft 9–12/1982) im Anschluß an EuGRZ 1984, 357 ff.

o. Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Brünner, Vertragsassistent Dr. iur. Klaus Krottmayr, Universitätsassistent Dr. iur. Franz Merli, Vertragsassistent Dr. iur. Wolfgang Stock, alle: Institut für öffentliches Recht, Politikwissenschaft und Verwaltungslehre an der Universität Graz. Verantwortlich für I.–IV.: Wolfgang Stock, für V.–VII.2.: Franz Merli, für VII.3.–VIII.: Klaus Krottmayr; Gesamtedaktion: Christian Brünner.

¹ ZDG, BGBl. 1974/187 i. d. F. 1977/235, 1977/599, 1980/46, 1980/322, 1980/496, 1981/344, 1982/315 und 1983/575.

² Dies seit der B-VG-Novelle 1975, BGBl. 1975/368.

³ Dazu die Erläuternden Bemerkungen (EB) zur Regierungsvorlage (RV), 1461 BlgNR 13. GP, 6: „Die Möglichkeit der Befreiung vom Wehrdienst im Hinblick auf eine Weigerung aus Gewissensgründen soll in der Bundesverfassung institutionalisiert, gleichzeitig soll aber angeordnet werden, daß diesfalls ein Ersatzdienst zu leisten ist (vgl. die Verfassungsbestimmung im § 2 Abs. 1 des Zivildienstgesetzes, BGBl. Nr. 187/1974, das am 1. Jänner 1975 in Kraft getreten ist).“

⁴ Unklar war, ob dem § 2 (1) ZDG mit der Einführung des Art. 9 a Abs. 3 B-VG derogiert worden ist. Der VfGH verneinte dies in VfSlg. 8171/1977.

⁵ RGBl. 1868/151, 1889/41 und 1912/128.

⁶ StGBI. 1919/91.

⁷ BVG über eine allgemeine Dienstpflicht für öffentliche Zwecke, BGBl. 1936/102.

⁸ Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (i. V. m. Art. 149 B-VG); vgl. dazu Klecatsky, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit und die Rechtsstellung der gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften in Österreich, EuGRZ 1982, 441.

Gestützt auf Art. 14 Abs. 2, 2. Halbsatz StGG hat der VfGH⁹ jedoch erkannt, daß sich niemand einer rechtlichen Pflicht durch Berufung auf entgegenstehende religiöse Anschauungen entziehen könne, da sonst jedermann die Möglichkeit geboten wäre, sich nach Belieben außerhalb des Gesetzes zu stellen. Der Anerkennung der Waffendienstverweigerung aus Bekenntnis- oder Gewissensgründen durch einfaches Gesetz steht freilich nach Ansicht der Lehre¹⁰ Art. 14 Abs. 2 StGG nicht entgegen; die genannte Bestimmung gebietet die Anerkennung nicht, sie verbietet sie aber auch nicht.

Ab 1955 sah die einfachgesetzliche Bestimmung des § 25 des Wehrgesetzes (WehrG)¹¹ – welches in der Zweiten Republik erneut die allgemeine Wehrpflicht einführt – für wehrpflichtige Personen die Möglichkeit vor, auf Antrag vom Wehrdienst mit der Waffe freigestellt zu werden, wenn sie unter Berufung auf ihr ernsthaftes religiöses Bekenntnis oder aus Gewissensgründen unter allen Umständen die Anwendung von Waffengewalt ablehnten, sich gegen jede persönliche Anwendung von Waffengewalt erklärten und vermochten, dies glaubhaft zu machen. Der Gesetzgeber hatte sich bei der Normierung dieser Regelung auch vom Grundsatz der Glaubens- und Gewissensfreiheit leiten lassen.¹²

Gemäß § 27 Abs. 2 WehrG hatte der Waffendienstverweigerer im Falle der Stattgebung seines Antrages der *Wehrdienstpflicht ohne Waffe* nachzukommen. § 28 Abs. 4 WehrG bestimmte, daß der ordentliche Präsenzdienst ohne Waffe für als Waffendienstverweigerer anerkannte Personen zwölf Monate dauern sollte (gegenüber neun Monaten ordentlichem Präsenzdienst mit Waffe). Gegen diese Vorschrift wurden des öfteren verfassungsrechtliche Bedenken unter dem Blickwinkel des Gleichheitssatzes vorgebracht.¹³ In einer Novelle zum WehrG wurde sodann 1971¹⁴ normiert, daß der Waffendienstverweigerer der Dienstpflicht ohne Waffe in der Dauer des ordentlichen Präsenzdienstes nachzukommen hat; somit war in der Dauer eine Gleichstellung der Dienste mit und ohne Waffe gegeben. Nicht vorgesehen war jedoch eine Ersatzdienstleistung außerhalb des Heeres. So war der Waffendienstverweigerer gezwungen, den waffentragenden Teil des Bundesheeres durch Hilfsdienste zu unterstützen. Dadurch wurde das formal respektierte Recht auf Gewissensfreiheit faktisch wieder eingeschränkt.¹⁵ Ebensovienig gab es eine der Bedeutung der Gewissensentscheidung angemessene Ausgestaltung des Rechts als ein *verfassungsgesetzlich* gewährleistetes subjektives Recht auf Wehrdienstverweigerung.

Auch durch Art. 9 EMRK¹⁶ trat nach Ansicht der österreichischen Lehre und Judikatur sowie der EKMR keine Änderung der Rechtslage ein, weil sich die Wehrpflicht in den inhaltlich determinierten Gesetzesvorbehalt des Art. 9 Abs. 2 EMRK einfügen lasse.¹⁷

Erst das ZDG schuf 1974 ein *Grundrecht auf Befreiung von der Wehrpflicht* für Wehrpflichtige, die es – von den Fällen der persönlichen Notwehr und Nothilfe abgesehen – aus schwerwiegenden, glaubhaften Gewissensgründen ablehnen, Waffengewalt gegen andere Menschen anzuwenden und daher bei Leistung des Wehrdienstes in schwere Gewissensnot geraten würden. Auf einfachgesetzlicher Stufe wurde normiert, daß der *Zivildienst außerhalb des Bundesheeres* zu leisten ist (§ 2 Abs. 2 ZDG) und der ordentliche Zivildienst acht Monate dauert (§ 7 Abs. 2 ZDG), er ist somit in derselben Dauer wie der ordentliche Präsenzdienst im Bundesheer (§ 28 WehrG) zu leisten.

Als *Gründe* für diese Neuregelung nannten die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage¹⁸ die zuvor erwähnte Tatsache der faktischen Einschränkung des formal respektierten Rechts auf Gewissensfreiheit durch die funktionelle und organisatorische Eingliederung des Waffendienstverweigerers in den Apparat des Bundesheeres, sodann die Tatsache, daß Waffendienstverweigerer innerhalb des Bundesheeres eine Minderheit darstellten, die von der überwiegenden Mehrheit der Waffentragenden als Außenseiter betrachtet würden und die vom Standpunkt des Bundesheeres einen Fremdkörper darstellten, der im praktischen Dienstvollzug mehr Schwierigkeiten bereite als er dem Bundesheer nützlich sei, und schließlich die Problematik, die sich für die Nichtwaffentragenden im Verteidigungsfall ergäbe. Zudem wurde auch auf den internationalen Trend verwiesen, dem eine derartige Regelung entspreche; angeführt wurden die Entschliessung 337 und die Empfehlung 478 der Beratenden Versammlung des Europarates. Anzumerken ist, daß durch die Neuregelung auch ein jahrelang mit Vehemenz geäußelter Wunsch von Jugendlichen aus verschiedensten politischen Lagern erfüllt worden ist.¹⁹

Das ZDG ist seit 1. 1. 1975 in Kraft und wurde seither mehrfach novelliert.¹

III. CHARAKTERISTIKA DES GRUNDRECHTES

Die österreichische Bundesverfassung verwendet für subjektive Rechte, die im Verfassungsrang stehen, den Ausdruck „*verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte*“.²⁰ Um ein solches Recht handelt es sich beim Recht auf Befreiung von der Wehrpflicht.²¹

Das Grundrecht weist folgende Charakteristika auf:

1. Abhängigkeit von der Grundpflicht der allgemeinen Wehrpflicht

Grundrechtsträger können nur „*Wehrpflichtige im Sinne des Wehrgesetzes 1978, BGBl. Nr. 150*“ (§ 2 Abs. 1 ZDG) sein, d.h. österreichische Staatsbürger männlichen Geschlechts, die das 17. Lebensjahr vollendet haben und die volle geistige und körperliche Eignung zum Dienst im Bundesheer besitzen (§ 1 i. V. m. § 15 und § 16 WehrG; Art. 9 a B-VG). Das Grundrecht knüpft also unmittelbar an eine verfassungsgesetzlich² festgelegte *Grundpflicht*, nämlich die allgemeine Wehrpflicht, an. Es besteht somit ein *Abhängigkeitsverhältnis des Grundrechts von der allgemeinen Wehrpflicht* (und nicht etwa umgekehrt, daß diejenigen Grundrechtsträger, die von ihrem Grundrecht Gebrauch machen, [unter bestimmten Voraussetzungen] Zivildienst zu leisten, gar nicht unter die allgemeine Wehrpflicht fallen würden).

Dieses Abhängigkeitsverhältnis hat folgende Konsequenzen:

a) Ohne allgemeine Wehrpflicht hätte das Grundrecht nur in Ausnahmefällen eine Bedeutung.²²

b) Das Grundrecht ist nicht als ein allgemein eingeräumtes „*Menschenrecht*“, sondern als „*Staatsbürgerrecht*“ für alle Staatsbürger, die von der „*verfassungsgesetzlich* verankerten Bürgerpflicht“²³ zur Leistung des Wehrdienstes erfaßt werden, anzusehen. Da nur österreichische Staatsbürger dieser Bürgerpflicht unterliegen²⁴ und „*Wehrpflichtige im*

⁹ VfSlg. 802/1927.

¹⁰ Z. B. *Schantl*, Waffendienstverweigerung und Gleichheitssatz, JBl. 1968, 360, *Mock*, Gewissensfreiheit – Recht – Kriegsdienst, JBl. 1971, 18.

¹¹ BGBl. 1955/181 i. d. F. BGBl. 1960/310, 1962/221, 1966/185, 1969/96, 1969/272, 1970/184, 1970/344, 1971/272 und 1974/89. Wiederverlautbart BGBl. 1978/150.

¹² EB zu §§ 25 bis 27 der RV zum WehrG, 604 BlgNR 7. GP, 15: „Glaubens- und Gewissensfreiheit sollen dem einzelnen Wehrpflichtigen dann nicht geschmälert werden, wenn ein Wehrpflichtiger sich aus Glaubens- und Gewissensgründen unter allen Umständen einer Gewaltanwendung widersetzt oder gegen jede persönliche Anwendung der Waffengewalt erklärt.“

¹³ Vgl. *Ermacora*, Handbuch der Grundfreiheiten und Menschenrechte (1963), 372, *Mock*, (FN 10), 19, *Schantl* (FN 10), 361.

¹⁴ BGBl. 1971/272.

¹⁵ So *Fessler-Stumpf*, Das Zivildienstgesetz und seine praktische Anwendung² (1976), 7 und die EB zur RV zum ZDG, 603 BlgNR 13. GP, 13.

¹⁶ BGBl. 1958/210.

¹⁷ Z. B. *Schantl*, (FN 10), 360, FN 16; VfSlg. 8033/1977, 8811/1980, 8856/1980; EKMR 5591/1972 vom 2. 4. 1973.

¹⁸ 603 BlgNR 13. GP, 13.

¹⁹ So auch *Fessler-Stumpf*, Zivildienstgesetz (FN 15), 8.

²⁰ Vgl. dazu *Öhlinger*, Die Grundrechte in Österreich, EuGRZ 1982, 216 ff.

²¹ VfSlg. 8033/1977.

²² Etwa zur Lösung der Frage, ob ein freiwillig im Bundesheer Dienender seinen Dienstvertrag vorzeitig aufkündigen kann.

²³ VfSlg. 7817/1976.

²⁴ Die Heranziehung von Ausländern zum Wehrdienst verstieße gegen Art. 9 a Abs. 3 B-VG und wäre zudem völkerrechtswidrig.

Sinne des Wehrgesetzes“ sein können, können Ausländer oder Staatenlose nicht Träger des Grundrechtes auf Befreiung von der Wehrpflicht sein. Daraus folgt, daß sich ein Ausländer, dessen Heimatstaat von Österreich eine Auslieferung zur Bestrafung wegen Wehrdienstverweigerung begehrt oder der in Österreich als in seinem Heimatstaat wegen Wehrdienstverweigerung Verfolgter um politisches Asyl, d. h. um die Anerkennung als Flüchtling im Sinne der Konvention über die Rechtsstellung von Flüchtlingen ansucht, nicht auf § 2 Abs. 1 ZDG berufen kann.²⁵

c) Staatsbürger weiblichen Geschlechts und Staatsbürger, die nicht die volle geistige und körperliche Eignung zum Dienst im Bundesheer besitzen, sind nicht Grundrechtsträger (und sind daher auch nicht zivildienstpflichtig).²⁶

d) Das Grundrecht steht dem Einzelnen erst mit Vollendung des 17. Lebensjahres zu,²⁷ d. h. er hat keine Möglichkeit, sich die Befreiung von der Wehrpflicht bereits vorher zu sichern.

2. Zwei Schutzbereiche

Vom Schutzzumfang des Grundrechts sind umfaßt

a) das Recht auf ein grundrechtsgemäßes Verfahren zur Befreiung von der Wehrpflicht (einschließlich dem Recht auf eine behördliche Entscheidung) sowie

b) das Recht, unter der Voraussetzung der Befreiung von der Wehrpflicht und der Anerkennung als Zivildienstpflichtiger keinen Wehrdienst bzw. grundrechtsverletzenden Zivildienst²⁸ leisten zu müssen.

3. Verfahrensabhängigkeit

Das Grundrecht ist – soweit es nicht in einem Recht auf ein Verfahren selbst besteht – von einem *Verfahren* abhängig und setzt ein solches für seine Verwirklichung voraus. Einen expliziten Gesetzesvorbehalt enthält das Grundrecht nicht.²⁹ Allerdings könnte man die Verfahrensabhängigkeit als impliziten Ausgestaltungsvorbehalt verstehen. Das würde bedeuten, daß – analog zur Rechtsprechung des VfGH zur Vereins- und Versammlungsfreiheit – auch Verletzungen von einfachgesetzlichen Verfahrensvorschriften zugleich Grundrechtsverstöße wären. In der Tat kommt die Rechtsprechung des VfGH zum Recht auf Befreiung von der Wehrpflicht zu ähnlichen Ergebnissen, wenn auch ohne Berufung auf eine solche Argumentation.³⁰

4. Inhaltliche Beschränkung

Das Grundrecht knüpft nicht nur an die Erfüllung verfahrensrechtlicher, sondern auch materiellrechtlicher Voraussetzungen an.³¹ Es ist also *nicht absolut gewährleistet*. Erst bei kumulativem Vorliegen der Voraussetzungen besteht ein Rechtsanspruch auf Befreiung von der Wehrpflicht.³² Die Befreiung von der Wehrpflicht aus Gewissensgründen ist aber nicht auf militärische Erfordernisse abgestellt. Als *subjektives Recht* läßt das Grundrecht keinen Raum für eine Kontingentierung von Zivildienstleistenden.

5. Konnex mit der Grundpflicht der Zivildienstpflicht

Das Grundrecht steht in einem unmittelbaren Konnex mit einer Grundpflicht, nämlich der der *Zivildienstpflicht*. Die Pflicht zur Leistung des Zivildienstes ist als Bürgerpflicht der Wehrpflicht juristisch gleichwertig.³³ Dennoch ist der Zivildienst keine frei wählbare Alternative, da er an die Erfüllung von Voraussetzungen geknüpft ist.

IV. LITERATURHINWEISE

Fessler - Stumpf, Das Zivildienstgesetz und seine praktische Anwendung² (1976); Fessler - Wieseneder - Stumpf, Ergänzungsband 1982 (Kommentar); Merli, Die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes

zum Recht auf Zivildienst (§ 2 Abs. 1 Zivildienstgesetz), ZfV 1982, 599 (*Kritische Übersicht*); Raschauer, Verfassungsfragen des Zivildienstes, Publikationen der Österreichischen Gesellschaft zur Förderung der Landesverteidigung, Wissenschaftliche Reihe Nr. 4 (1980), (*setzt sich insbesondere mit dem Verhältnis des Zivildienstes zur umfassenden Landesverteidigung auseinander*); Sozialwissenschaftliche Arbeitsgemeinschaft, Allgemeine Wehrpflicht und Zivildienst in Österreich (o. J., 1980?) (*behandelt vor allem weltanschauliche und rechtspolitische Fragen*); Wörister, Zivildienst in Österreich, 1979, hrsg. von der Arbeitsgemeinschaft für Zivildienst, Soziale Verteidigung und Gewaltfreiheit. (*Mit empirischem Material zu Hintergründen und Motiven von Wehrdienstverweigerern*); Jahresberichte der Zivildienstkommission (ZDK) gemäß § 54 Abs. 2 und des Bundesministers für Inneres (BMI) gemäß § 57 Abs. 3 ZDG (jeweils a. F.): 1975 (III-18 BlgNR 14. GP), 1976 (III-59 BlgNR 14. GP); 1977 (III-108 BlgNR 14. GP), 1978 (III-145 BlgNR 14. GP); 1979 (III-34 BlgNR 15. GP), 1980 (III-82 BlgNR 15. GP). Bericht der ZDK gemäß § 54 Abs. 2 ZDG, der Zivildienstoberkommission (ZDOK) gemäß § 54 Abs. 3 ZDG und des BMI gemäß § 57 Abs. 2 ZDG für die Periode 1981 und 1982 (III-32 BlgNR 16. GP); Zusammenfassender Bericht der Bundesregierung gemäß § 76 ZDG (a. F.) (III-41 BlgNR 15. GP); Zusammenfassender Bericht der Bundesregierung gemäß Art. III der ZDG-Novelle 1980, BGBl. 1980/496 (III-33 BlgNR 16. GP).

Informationen zum Zivildienst enthalten regelmäßig die Zeitschriften: „Öffentliche Sicherheit“, hrsg. vom BMI; „Gewaltfreier Widerstand“, hrsg. von der Arbeitsgemeinschaft für Zivildienst, Soziale Verteidigung und Gewaltfreiheit.

V. DIE ANERKENNUNG ALS WEHRDIENSTVERWEIGERER

1. Das Antragsrecht auf Befreiung von der Wehrpflicht

Wer, um nicht in schwere Gewissensnot zu geraten, von der Wehrpflicht befreit werden möchte, muß ein *Anerkennungsverfahren* auf sich nehmen; nur wer ein Antragsrecht hat, kann ein solches Verfahren in Gang setzen – insofern ist das Antragsrecht die erste Ausformung (und gleichzeitig auch Beschränkung) des Grundrechts auf Wehrdienstverweigerung.

Andererseits entfaltet ein gestellter Antrag Rechtswirkungen auch dann, wenn er in der Folge abgewiesen wird: Gemäß § 6 Abs. 5 ZDG wird eine Einberufung zu Grundwehrdienst und Truppenübungen bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Verfahrens aufgeschoben – mit anderen Worten: Der Einberufungsbefehl (ein Bescheid) tritt *ex lege* außer Kraft.³⁴

²⁵ Nach § 15 Z 1 des Auslieferungs- und Rechtshilfegesetzes, BGBl. 1979/529 ist jedoch eine Auslieferung wegen strafbarer Handlungen, die nach österreichischem Recht ausschließlich militärischer Art sind, unzulässig. Vgl. dazu Linke-Epp-Dokupil-Felsenstein, Internationales Strafrecht (1981), 32 und Linke, Grundriß des Auslieferungsrechts (1983), 51. Stellungs- oder Militärflüchtlinge werden überdies unter gewissen Voraussetzungen als Flüchtlinge nach dem Asylgesetz, BGBl. 1955/55 i. d. G. F. anerkannt; vgl. dazu Hermann-Hackauf, Paß-, Fremdenpolizei- und Asylrecht² (1979), 109 f.

²⁶ VfSlg. 9424/1982.

²⁷ Es handelt sich demnach um keinen Fall der Grundrechtsmündigkeit (wie etwa beim Grundrecht auf Glaubens- und Gewissensfreiheit, bei dem der VfGH [VfSlg. 800/1927] – obwohl das Grundrecht an sich ohne Altersbeschränkung gewährleistet ist – zur Ausübung des Grundrechts ein Alter mit entsprechender Urteilsfähigkeit voraussetzt), weil vor Vollendung des 17. Lebensjahres das Grundrecht eben überhaupt nicht gewährleistet ist.

²⁸ Näheres unter VII.

²⁹ Vgl. VfSlg. 8033/1977.

³⁰ Näheres unter V. 3. a) bb).

³¹ Näheres unter V. 2.

³² Vgl. auch Fessler-Stumpf, Zivildienstgesetz (FN 15), 17.

³³ So die EB zur RV des ZDG, 603 BlgNR 13. GP, 15 und Ermacora-Kopf-Neisser, Das österreichische Wehrrecht, I (1980), 29.

³⁴ VfGH 82/11/0390, 0391 v. 18. 1. 1983.

Das Antragsrecht war durch § 74 Abs. 1 der ursprünglichen Fassung des ZDG in zweifacher Weise beschränkt: Nur jene Wehrpflichtigen, die zwischen dem 1. 8. 1971³⁵ und dem Inkrafttreten des ZDG zum ordentlichen Präsenzdienst einberufen worden waren, durften einen Antrag stellen; und auch sie nur bis zum 31. 12. 1975.

Beide Beschränkungen hat der VfGH unter Berufung auf § 2 Abs. 1 ZDG aufgehoben, weil diese Bestimmung nicht zwischen verschiedenen Gruppen von Wehrpflichtigen unterscheidet und daher die einfachgesetzliche Ungleichbehandlung verfassungswidrig sei.³⁶ Zur Befristung des Antragsrechts führte der VfGH außerdem aus:

„Verwehrt ist dem Bundesgesetzgeber . . . eine Gestaltung der Rechtslage dahin, daß nur die Gewissensentscheidung des Wehrpflichtigen innerhalb eines bestimmten kürzeren Zeitraumes zur Leistung des Ersatzdienstes führen kann, nicht aber eine später gebildete glaubhafte Überzeugung.“³⁷

Und auch eine dritte – allgemeine – Beschränkung wurde wegen Widerspruchs zu § 2 Abs. 1 ZDG als verfassungswidrig aufgehoben, nämlich die Bestimmung des § 5 Abs. 1 Satz 3 ZDG, nach der

„. . . das Antragsrecht jedenfalls nach Ablauf von zehn Tagen nach Zustellung des Einberufungsbefehls oder nach allgemeiner Bekanntmachung der Einberufung zum Grundwehrdienst“

erlischt. Der VfGH argumentierte, der Bundesgesetzgeber müsse davon ausgehen,

„. . . daß die Bildung der subjektiven Überzeugung, die Anwendung von Waffengewalt gegen Menschen sei schlechthin abzulehnen, und auch die Änderung der persönlichen Einstellung in Richtung einer solchen Gewissensentscheidung bei der gebotenen Durchschnittsbetrachtung nicht das Ergebnis eines kurzfristigen, sondern eines längerwährenden psychischen Vorgangs ist.“³⁸

Befristete man das Antragsrecht, nehme man dem Antragsteller die Möglichkeit, eine später gebildete Überzeugung oder einen Gewissenswandel geltend zu machen.

Der Gesetzgeber reagierte auf diese Aufhebungen im Rahmen der ZDG-Novelle 1980, indem er den § 74 ZDG einfach strich und den § 5 ZDG so umformulierte, daß nun *Wehrpflichtige, die bereits Wehrdienst geleistet haben, wie alle anderen unbefristet antragsberechtigt sind*. Gleichzeitig wurde – was die Wehrpflichtigen betrifft, die noch nicht „gedient“ haben – ein „Ruhens“ des Antragsrechts vom zehnten Tag nach Zustellung des ersten Einberufungsbefehls bis zum Ende des Grundwehrdienstes eingeführt;³⁹ danach lebt es wieder auf.

Die ZDK verstand unter dem „ersten Einberufungsbefehl“ den ersten unabhängig davon, ob er wirksam oder (z. B. durch Aufschub) wieder außer Kraft gesetzt wurde, und wies Anträge von Wehrpflichtigen auf Zivildienst zurück, die schon einmal einen Einberufungsbefehl erhalten hatten, aber noch nicht eingerückt waren. Der VfGH korrigierte diese Auslegung, indem er klarstellte, der Begriff „erster Einberufungsbefehl“ meine

„nicht etwa den zeitlich ersten Einberufungsbefehl schlechthin, sondern jenen ersten Einberufungsbefehl, der dem tatsächlichen Antritt des bis zur Entlassung abzuleistenden Grundwehrdienstes zugrunde liegt.“⁴⁰

Aber nicht nur die Auslegung des Begriffs „erster Einberufungsbefehl“ bereitete Schwierigkeiten, sondern die ganze Neufassung des § 5 ZDG wäre im Hinblick auf § 2 Abs. 1 ZDG zweifelhaft, weil sie ja wieder eine von der Verfassungsbestimmung nicht vorgesehene Beschränkung des Antragsrechts einführt. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber auch die Grundrechtsbestimmung selbst, den § 2 Abs. 1 ZDG umformuliert und unter den Vorbehalt des § 5 Abs. 1 (und 3) ZDG gestellt:

„Wehrpflichtige im Sinne des Wehrgesetzes 1978, BGBl. Nr. 150, sind auf ihren Antrag nach Maßgabe des § 5 Abs. 1 und 3 von der Wehrpflicht zu befreien und zivildienst-

pflichtig, wenn sie es – von den Fällen der persönlichen Notwehr oder Nothilfe abgesehen – aus schwerwiegenden, glaubhaften Gewissensgründen ablehnen, Waffengewalt gegen andere Menschen anzuwenden und daher bei Leistung des Wehrdienstes in schwere Gewissensnot geraten würden.“

Dadurch ist der § 5 Abs. 1 (und 3) ZDG zum *mittelbaren Grundrechtsinhalt*⁴¹ und damit trotz seiner inhaltlichen Fragwürdigkeit aus formalen Gründen unangreifbar geworden – eine Wirkung, die der Gesetzgeber ausdrücklich wollte.⁴²

2. Die inhaltlichen Voraussetzungen für die Anerkennung

„Das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Befreiung von der Wehrpflicht zwecks Leistung von Zivildienst hat zunächst die in § 2 Abs. 1 ZDG ohne Gesetzesvorbehalt umschriebenen materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Wehrpflichtbefreiung zum Inhalt. Eine Verletzung dieses Grundrechts liegt daher (jedenfalls) dann vor, wenn die Behörde diese materiell-rechtlichen Voraussetzungen unrichtig beurteilt hat.“

Diese Ausgangsposition legte der VfGH bereits in seinem ersten Erkenntnis zum ZDG⁴³ fest. In der Folge betrafen die Auseinandersetzungen zur richtigen Beurteilung der inhaltlichen Voraussetzungen für die Wehrpflichtbefreiung vor allem drei Fragen:

– Was heißt „Ablehnung der Anwendung von Waffengewalt gegen andere Menschen“?

– Was sind „schwerwiegende Gewissensgründe“?

– Was ist „schwere Gewissensnot“?

Neben diesen drei Punkten läßt sich auch die *Zivildienstwilligkeit* als materiell-rechtliche Voraussetzung für die Anerkennung verstehen.

a) Vorbehaltlose Ablehnung von Waffengewalt

Nach dem Gesetz muß ein Zivildienstwerber, um anerkannt zu werden, nicht den Wehrdienst, das Bundesheer oder ganz allgemein das Militär, sondern die *Anwendung von Waffengewalt* gegen andere Menschen ablehnen. Der Gesetzgeber respektiert somit nicht jede Gewissensentscheidung, die bei der Ableistung des Wehrdienstes zu Gewissensnot führt, sondern nur eine bestimmte: die Weigerung, gegen andere Menschen Gewalt anzuwenden. Davon ausdrücklich ausgenommen sind die „Fälle von Notwehr oder

³⁵ Am 1. 8. 1971 trat die WehrG-Novelle 1971, BGBl. 272, in Kraft.

³⁶ VfSlg. 8027/1977 = Kundmachung BGBl. 1977/235; VfSlg. 8171/1977 = Kdm. BGBl. 1977/599.

³⁷ VfSlg. 8171/1977.

³⁸ VfSlg. 8710/1980 = Kdm. BGBl. 1980/46.

³⁹ Daneben gibt es noch zwei weitere Fälle des „Ruhens“ des Antragsrechts: ab Einberufung zu einem weiteren ordentlichen oder außerordentlichen Präsenzdienst bis zur Entlassung daraus (§ 5 Abs. 1 Z 2 ZDG); und während eines Jahres ab Rechtskraft der abweisenden Entscheidung der ZDK oder der ZDOK (§ 5 Abs. 1 Z 3 ZDG).

⁴⁰ VfSlg. 9304/1981, B 336/81 und B 503/81, beide v. 12. 3. 1982.

⁴¹ „Die Bezugnahme auf § 5 Abs. 1 und 3 bedeutet nicht, daß der einfache Bundesgesetzgeber diese Bestimmungen ändern kann. Vielmehr ist die Wendung ‚nach Maßgabe des § 5 Abs. 1 und 3‘ im Sinne einer sogenannten ‚statischen Verweisung‘ zu verstehen“ (AB 485 BlgNR 15. GP, 3). Vgl. auch *Raschauer*, Verfassungsfragen des Zivildienstes, Publikationen der Österreichischen Gesellschaft zur Förderung der Landesverteidigung, Wissenschaftliche Reihe Nr. 4 (1980) 42.

⁴² Vgl. EB zur RV 275 BlgNR 15. GP, 12: „Da nun die Bestimmungen der Abs. 1 und 3 des § 5 noch immer eine gewisse Einschränkung des Antragsrechts beinhalten, sind zur Sanierung vor allem dieser Bestimmungen die Worte ‚nach Maßgabe des § 5 Abs. 1 und 3‘ eingefügt worden.“

⁴³ VfSlg. 8033/1977.

Nothilfe“. Dabei muß es sich um *persönliche* Notwehr oder Nothilfe handeln, denn kollektive Notwehr (mit Waffengewalt) wäre wohl kaum mehr von militärischer Landesverteidigung abzugrenzen.

Der VfGH versteht die Bestimmung des § 2 Abs. 1 ZDG so, daß – abgesehen von Notwehr und Nothilfe – die Ablehnung von Waffengewalt überhaupt *vorbehaltlos* sein muß. Diese Auslegung ergibt sich, wenn man die „Fälle der persönlichen Notwehr und Nothilfe“ als abschließend aufgezählte Ausnahmen vom Grundsatz der Gewaltablehnung versteht. Dafür sprechen auch die Materialien:

„Die Gewissensentscheidung des Antragstellers muß sich gegen die Anwendung von Waffengewalt gegen Menschen richten, aus welchen Gründen die Gewaltanwendung auch erfolgen mag. Wenn dennoch die Anwendung individueller Waffengewalt im Falle der Notwehr oder der Nothilfe bejaht wird, schließt dies die Befreiung von der Wehrpflicht nicht aus.“⁴⁴

Aus diesem Grund erfüllen Wehrdienstverweigerer, die unter bestimmten Voraussetzungen – z. B. daß sich die Verteidigung gegen eine ungerechtfertigte Aggression wende⁴⁵ oder daß sie überhaupt sinnvoll sei⁴⁵ – bereit wären, doch an einer militärischen Verteidigung teilzunehmen, nicht den Tatbestand des § 2 Abs. 1 ZDG. Das wird aber auch dann zutreffen, wenn der Antragsteller seine Ablehnung der Waffengewalt mit der Aussage begründet, das österreichische Bundesheer sei nicht demokratisch organisiert oder unsere Staatsform sei nicht verteidigungswert, weil solche Aussagen⁴⁶ den Umkehrschluß zulassen, daß die Antragsteller die Anwendung von Waffengewalt in einem „demokratischen“ Heer oder zur Verteidigung einer „guten“ Staatsform nicht ablehnen würden.

b) Schwerwiegende Gewissensgründe

Man kann die Anwendung von Waffengewalt aus verschiedenen Gründen (auch vorbehaltlos) ablehnen: z. B. weil sie grundsätzlich ein ineffizientes Mittel sei, um Konflikte zu lösen, oder weil sie in dem, der sie ausübt, Unlustgefühle auslöse. Das Gesetz fordert aber das Vorliegen von *Gewissensgründen*, d. h. eine Motivation, die im Ethischen – also in Vorstellungen von „Gut“ und „Böse“ –, nicht aber etwa nur in Effizienz- oder Lustabwägungen wurzelt. Als solchen Gewissensgrund nennt der VfGH ausdrücklich die „aus einer ethisch-humanitären oder religiösen Einstellung erfließende gefestigte Überzeugung, daß das menschliche Leben schlechthin unantastbar ist“.⁴⁷

Die Gewissensgründe müssen „*schwerwiegend*“ sein: Sie dürfen also nicht einer oberflächlichen Beschäftigung mit der Gewaltfrage oder einer leichtfertigen ad-hoc-Entscheidung entspringen.

Schließlich muß sich die Ablehnung der Waffengewalt aus den Gewissensgründen schlüssig ergeben: Nur solche Gewissensgründe sind beachtlich, aus denen die Ablehnung folgt.

c) Schwere Gewissensnot

„*Schwere Gewissensnot*“ definiert der VfGH als

„... schwerwiegenden Konflikt zwischen der Pflicht zur Wehrdienstleistung und der damit notwendig verbundenen Verpflichtung zu einem allenfalls erforderlichen militärischen Waffengebrauch einerseits, und der Gewissensüberzeugung andererseits, daß der Waffengebrauch gegen Menschen unzulässig ist“.⁴⁸

Sie liegt nicht erst dann vor – wie die ZDK immer wieder gemeint hatte – wenn dem Wehrpflichtigen die Anwendung von Waffengewalt „gleichsam aus innerem Zwang unmöglich wäre“⁴⁸ – Zwangsneurotiker muß man also nicht sein –⁴⁹ sondern es genügt „die gefestigte Überzeugung, Waffengewalt gegen Menschen nicht anzuwenden“,⁴⁸ genauer: Die genannte,

„aus einer religiösen oder ethisch-humanitären Einstellung erfließende gefestigte Überzeugung, daß das menschliche Leben schlechthin unantastbar sei, ... ist schon von der Ausgangsposition als Ursache schwerer Gewissensnot im Falle der Wehrdienstleistung zu erkennen“.⁴⁷

Das bedeutet: Wer die Anwendung von Waffengewalt aus Gewissensgründen ablehnt, *muß* beim Wehrdienst in Gewissensnot geraten, denn die Gewissensnot als Konflikt zwischen der Überzeugung und der Pflicht, gegen die Überzeugung handeln zu müssen, tritt dabei schon aus logischen Gründen zwangsläufig ein. Es gibt somit keine vorbehaltlose Ablehnung von Waffengewalt aus Gewissensgründen, die nicht zu Gewissensnot führt. Wenn das aber so ist, dann kann die schwere Gewissensnot – obwohl ihre Vermeidung Zweck des Grundrechts ist – kein eigenes Tatbestandsmerkmal für die Anerkennung als Zivildienstler sein.

Diese Auslegung des § 2 Abs. 1 ZDG scheint auch immer wieder in den – an den Gesetzestext angelehnten – Formulierungen des VfGH durch, wenn es etwa heißt, daß der Beschwerdeführer „seine Gewissensgründe nicht glaubhaft gemacht hatte und *dementsprechend* Gewissensnot im Falle der Wehrdienstleistung nicht erwiesen ist“⁵⁰ oder „daß er nach seinen Behauptungen *infolge* seiner – allgemeinen, vorbehaltlosen – Ablehnung der Anwendung von Waffengewalt in schwere Gewissensnot geriete, wenn er Wehrdienst leisten müßte“.⁵¹

Wie sich die Gewissensnot aus der Überzeugung aus Gewissensgründen ergibt, so folgt auch die „*schwere* Gewissensnot“ aus den „*schwerwiegenden* Gewissensgründen“ – die Wehrpflicht als der eine Pol des Widerspruchs zwischen Pflicht und Überzeugung bleibt ja immer gleich; daher kann nur die Verstärkung des anderen Pols (der Gewissensgründe) den Widerspruch vergrößern und damit zu einer *schweren* Gewissensnot machen.

Trotzdem weist der VfGH immer wieder Beschwerden mit der Begründung ab, daß der Zivildienstwerber zwar die Ablehnung von Waffengewalt, nicht aber die schwere Gewissensnot klagemacht habe. Die Standardformel dafür lautet:

„Das Vorbringen des Beschwerdeführers beinhaltet nur Darlegungen darüber, daß er aus näher dargestellten Erwägungen die militärische Anwendung von Waffengewalt gegen Menschen ablehnt; er hat aber für seine Person nicht dargetan, weshalb er

⁴⁴ EB zur RV 603 BlgNR 13. GP, 20 (Hervorhebung der Autoren).

⁴⁵ VfSlg. 8391/1978.

⁴⁶ In der Terminologie der ZDK heißen solche Gründe „politische Gründe“, die den „ethisch-humanitären“ und religiösen Gründen entgegengesetzt werden (vgl. z. B. den Jahresbericht 1975 der ZDK, 15).

⁴⁷ VfSlg. 9362/1982; ähnlich schon VfSlg. 8268/1978 und 9243/1981.

⁴⁸ VfSlg. 8456/1978, 8721/1979, 9243/1981, 9362/1982, B 239/78 v. 16. 10. 1982, B 414/78 v. 16. 10. 1982, B 21/78 v. 13. 12. 1982, B 308/78 v. 10. 3. 1983.

⁴⁹ Vgl. jedoch zur Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland *Tiedemann*, Der Gewissensbegriff in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, DÖV 1984, 61.

⁵⁰ VfSlg. 8811/1980 (Hervorhebung der Autoren).

⁵¹ B 231/77 v. 5. 3. 1982, B 501/81 und B 585/81 v. 16. 10. 1982, B 376/82 v. 1. 12. 1982, B 501/78 v. 23. 6. 1983; ähnlich auch die EB zur RV 603 BlgNR 13. GP, 20: „Nur *wer seiner gewaltablehnenden Einstellung halber* bei Erfüllung der Wehrpflicht in schwere Gewissensnot geraten würde, soll Anspruch auf Befreiung von der Wehrpflicht haben. Wer also aus anderen Gründen die Institution des Bundesheeres ablehnt, soll nicht als Zivildienstpflichtiger anerkannt werden.“ (Hervorhebung der Autoren).

im Falle der Anwendung von Waffengewalt tatsächlich in eine schwere Gewissensnot geraten würde.“⁵²

Sie findet regelmäßig Anwendung auf „Vorbringen“ wie das dieses Beschwerdeführers, der ausführte, daß er

„grundsätzlich aus Gewissensgründen jede Gewaltanwendung gegen andere Menschen und jede Anwendung von Waffengewalt ablehne, da er der Auffassung sei, daß jede Gewaltanwendung bzw. Anwendung von Waffengewalt naturgemäß wieder eine solche nach sich ziehen würde. Die Anwendung von Waffengewalt zur Lösung internationaler Konflikte sei abzulehnen und es seien solche vielmehr im Verhandlungsweg zu lösen. Er lehne daher auch jede Dienstleistung in einer militärischen Organisation ab, und zwar auch eine solche Dienstleistung, die indirekt der Unterstützung einer militärischen Gruppe dienen würde.“⁵³

Man kann darüber streiten, ob eine solche Begründung ethisch (moralisch, religiös) motiviert ist und ob sie daher eine Überzeugung aus „Gewissensgründen“ im Sinne des § 2 Abs. 1 ZDG darstellt. Wenn man sie aber als solche akzeptiert, kann man nicht leugnen, daß sie im Falle der Wehrpflichtleistung zu schwerer Gewissensnot führen muß. Insofern setzt die Kritik des VfGH an der völlig falschen Stelle an, nämlich an einer Voraussetzung, die auch in der Auslegung des VfGH selbst kein eigenes rechtliches Gewicht besitzt. Vollends willkürlich wird die Rechtsprechung zur „schweren Gewissensnot“ aber, wenn man die folgenden beiden Fälle vergleicht:

Fall 1: Der Beschwerdeführer führte aus, er sei der Überzeugung, daß niemand berechtigt sei, den Tod eines anderen herbeizuführen, da jeder Mensch das grundsätzliche Recht auf Leben habe. Auch keine Konfliktsituation gestattet es einem einzelnen oder einer Organisation, dieses Recht zu verletzen. Auch als Angehöriger eines Heeres, d. h. als Soldat, müßte er die volle Verantwortung tragen für den Fall, daß er das Leben eines Mitmenschen angreife. Wenn er also einem anderen gegenüberstünde, auf ihn zielte und schösse, müßte er auf jeden Fall bereit sein, ihn zu töten. Das aber sei ihm unmöglich, würde er doch das Recht des anderen auf Leben verletzen, was seiner Überzeugung widerspreche.⁵⁴

Fall 2: Der Beschwerdeführer brachte vor, daß es keine Idee gebe, für die man Menschen töten sollte. Die absichtliche Tötung von Menschen sei auf jeden Fall Mord, wenn auch die Idee, welcher der Mensch „geopfert“ werde, noch so erstrebenswert sei. Die höchsten Werte seien das unantastbare menschliche Leben, die menschliche Persönlichkeit und die Menschenrechte; diese Werte könne man aber nicht mit der Waffe in der Hand verteidigen, weil das ein Widerspruch in sich wäre.⁵⁵

Dem VfGH gelang es, einen Unterschied zwischen den Begründungen der beiden Antragsteller auszumachen: Im *ersten Fall* wies er die Beschwerde mit der Begründung ab, das Vorbringen des Beschwerdeführers beinhalte „nur Darlegungen darüber, daß er es wegen des von ihm geachteten Rechtes jedes Menschen auf Leben ablehne, als Soldat Waffengewalt gegen Menschen anzuwenden“; er habe „jedoch für seine Person nichts dargetan, aus dem abgeleitet werden könnte, daß er im Falle der Anwendung von Waffengewalt tatsächlich in eine schwere Gewissensnot geriete“.⁵⁴

Dagegen hatte die *zweite Beschwerde* Erfolg, denn die gefestigte Überzeugung des Beschwerdeführers von der Unantastbarkeit des menschlichen Lebens war laut VfGH „schon von der Ausgangsposition her als Ursache schwerer Gewissensnot im Falle der Wehrdienstleistung zu erkennen“, die Motivation für diese Einstellung habe der Beschwerdeführer aber durch die Berufung „auf die ‚Menschenrechte‘, darunter das seiner Ansicht nach unantastbare (Recht auf) menschliche(s) Leben“ „durchaus tauglich“ offengelegt.⁵⁵

Es fällt auf, daß der VfGH die Formel von der fehlenden schweren Gewissensnot praktisch immer in jenen Fällen anwendet, in denen die ZDK meinte, der Antragsteller habe zwar Gewissensgründe und Gewissensnot dargelegt, sein Vorbringen sei aber nicht glaubhaft.⁵⁶ Der VfGH behauptet

dagegen regelmäßig, daß das Vorbringen des Zivildienstwerbers, gleichgültig ob es glaubhaft sei oder nicht, schon die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 ZDG nicht erfülle. Damit geht er einer Auseinandersetzung mit dem Problem der *Glaubhaftigkeit* – das ja die eigentliche Schwierigkeit des ganzen Anerkennungsverfahrens bildet – aus dem Weg: Wegen mangelnder Gewissensnot sei es unerheblich, ob der ZDK – „wie der Beschwerdeführer meint – im Zusammenhang mit der Frage, ob seine Behauptungen glaubhaft sind, irgendwelche Verfahrensfehler unterlaufen sind“.⁵² Wir befassen uns mit der Frage der Glaubhaftigkeit ausführlich im Teil V. 3.

Schließlich muß die Gewissensnot nicht erst im Kriegsfall, sondern bereits bei der *Ableistung des Wehrdienstes* auftreten. Diese Unterscheidung ist aber nur eine scheinbare: Die Wehrdienstleistung ist mit der „Verpflichtung zu einem allenfalls erforderlichen militärischen Waffengebrauch“ „notwendig verbunden“⁴⁸ – Wehrdienst und Waffengewalt sind nicht trennbar. Dazu kommt, daß auch die Ausbildung und Übung in Handlungen, die der Gewissensüberzeugung widersprechen, zu Gewissensnot führen muß.⁵⁷

d) Zivildienstwilligkeit?

Während die vorhin erörterten Voraussetzungen für die Anerkennung als Zivildienstler in der Grundrechtsbestimmung des § 2 Abs. 1 ZDG ausdrücklich enthalten sind, findet sich die *Zivildienstwilligkeit* als Voraussetzung darin nur indirekt in der Formulierung, daß die Befreiung von der Wehrpflicht „nach Maßgabe des § 5 Abs. . . . 3“ in Anspruch genommen werden kann. § 5 Abs. 3 ZDG verpflichtet den Wehrdienstverweigerer, sich ausdrücklich zur Ableistung des Zivildienstes bereitzuerklären.

Diese Bestimmung wurde als „Element der Freiwilligkeit“⁵⁸ ins ZDG aufgenommen, um mögliche Widersprüche zum Übereinkommen über Zwangs- und Pflichtarbeit⁵⁹ zu vermeiden – was wohl eine Fleißaufgabe war, weil einerseits der Zivildienst durch eine Erklärung im Sinne des § 5 Abs. 3 nicht freiwilliger wird und weil andererseits der Zivildienst wohl kaum als Zwangs- oder Pflichtarbeit im Sinne des Übereinkommens verstanden werden kann, wofür die EB zur RV selbst die Argumente anführen.⁶⁰

Raschauer meint, daß es sich bei der Zivildienstwilligkeit nicht um eine inhaltliche Voraussetzung, sondern „ausschließlich um eine verfahrensrechtliche Verpflichtung handelt, die durchaus einer gesetzlichen Bindung des Antrages an die Verwendung eines *bestimmten Formulars* vergleichbar ist“.⁶¹ Die ZDK selbst hat diese Frage nicht einheitlich

⁵² VfSlg. 8787/1980; sinngemäß gleich VfSlg. 8033/1977, 8390/1978, 8745/1980, 8788/1980, 8856/1980, 9171/1981, 9257/1981, B 443/77 v. 2. 3. 1982, B 561/81 v. 12. 3. 1982, B 346/81 v. 11. 6. 1982, B 426/82 v. 26. 11. 1982, B 308/78 v. 10. 3. 1983.

⁵³ VfSlg. 8033/1977.

⁵⁴ VfSlg. 8856/1980.

⁵⁵ VfSlg. 8268/1978.

⁵⁶ Von allen in FN 52 angeführten Erkenntnissen bildet nur VfSlg. 9390/1982 eine Ausnahme; in dem Verfahren, das beim VfGH zum Erk. v. 26. 11. 1982, B 426/82 führte, hatte die ZDK die höchstgerichtliche Standardformel zur Ablehnung mangels Gewissensgründen übrigens bereits wörtlich übernommen.

⁵⁷ Daher ist der *Raschauer'sche* Schluß (Verfassungsfragen [FN 41] 40), die Gewissensnot *bei der Wehrdienstleistung* setze eine größere Intensität der Gewissensüberzeugung voraus, nicht zutreffend: es fehlt dafür die Voraussetzung der Trennbarkeit von Wehrdienst und Gewaltanwendung.

⁵⁸ EB zur RV 603 BlgNR 13. GP, 17.

⁵⁹ Vom 28. 6. 1930, BGBl. 1961/86 („ILO-Übereinkommen Nr. 29“).

⁶⁰ 603 BlgNR 13. GP, 17.

⁶¹ Verfassungsfragen (FN 41) 36.

beantwortet: Die Mehrheit ihrer Senate wies Anträge ohne die Verpflichtungserklärung ab und gab damit zu verstehen, daß sie sie für eine materiell-rechtliche Voraussetzung hielt; ein Senat wies solche Anträge⁶² zurück. Das Bundesministerium für Inneres vermied eine Festlegung, indem es in diesen Fällen von einer „Ablehnung“ des Antrags sprach.⁶³

Eine Rolle spielt die Entscheidung dieser Frage nur beim Ruhen des Antragsrechts gemäß § 5 Abs. 1 Z 3 ZDG, der diese Rechtsfolge nur an *abweisende*, nicht aber an *zurückweisende* Entscheidungen der ZDG knüpft.

3. Das Anerkennungsverfahren aus grundrechtlicher Sicht

a) Glaubhaftmachung der Gewissensgründe

aa) Gewissensentscheidungen kann man nicht beweisen. Daher fordert § 6 Abs. 2 ZDG vom Antragsteller, daß er seine Gewissensgründe *glaubhaft* macht. Als Indiz für die Glaubhaftigkeit bezeichnet der Gesetzgeber die Argumente, die zur Gewissensentscheidung geführt haben,⁶⁴ und das Verhalten des Antragstellers in der Vergangenheit.⁶⁵ Zu welchem Ergebnis die ZDK kommt, ist eine Frage des Ermittlungsverfahrens und der „Beweis“würdigung, also ein verfahrensrechtliches Problem. Weil es aber entscheidend für die Anerkennung ist, wird jener Teil des Verfahrens, der die Glaubhaftmachung betrifft, vom Schutzzumfang der Grundrechtsbestimmung des § 2 Abs. 1 ZDG mitumfaßt. Der *Pflicht* zur Glaubhaftmachung steht somit ein verfassungsgesetzliches *Recht* auf Glaubhaftmachung gegenüber:

„Wie sich aus der Wendung *aus glaubhaften Gewissensgründen* ergibt, hat sich der Verfassungsgesetzgeber nicht auf die Gewährleistung der materiell-rechtlichen Voraussetzungen beschränkt, sondern hat in die Regelung – und damit auch in den Schutzzumfang des Grundrechtes – die für den Nachweis der erwähnten Voraussetzungen maßgebliche Vorgangsweise der Glaubhaftmachung (Bescheinigung) einbezogen. Dies bedeutet, daß eine Verletzung des durch § 2 Abs. 1 ZDG verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes weiters dann vorliegt, wenn der Behörde wesentliche Verstöße in diesem verfahrensrechtlichen Bereich unterlaufen sind oder wenn sie dem Antragsteller überhaupt die Möglichkeit genommen hat, das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen glaubhaft zu machen.“⁶⁶

Das Grundrecht schützt also nicht das gesamte Verfahren zur Anerkennung als Zivildienstler, sondern nur jenen Bereich, der für die Glaubhaftmachung der Gewissensgründe entscheidend ist. Andere *Verfahrensfehler* – z. B. die unrichtige Zusammensetzung der Kommission oder Willkür – können vor dem VfGH allenfalls als Verstöße gegen andere Grundrechte – wie gegen das *Recht auf den gesetzlichen Richter* oder das *Gleichheitsgebot* –, nicht aber unter Berufung auf § 2 Abs. 1 ZDG geltend gemacht werden.⁶⁷

Eine *Verletzung des Rechts auf Glaubhaftmachung* liegt laut VfGH „insbesondere“ dann vor,

„wenn der Behörde ein wesentlicher Fehler im Bereich der Beweiswürdigung – einschließlich der Würdigung der Parteiaussage des Antragstellers als Bescheinigungsmittel – unterläuft oder wenn das Ermittlungsverfahren infolge des Außerachtlassens bedeutsamer Bescheinigungsmittel – einschließlich der Parteiaussage des Antragstellers – völlig unzulänglich geblieben ist“.⁶⁸

Die Betonung liegt auf „*wesentlichen Fehlern*“ und „*völligen Unzulänglichkeiten*“. Auch in dem vom Grundrecht geschützten Bereich des Verfahrens ist somit nicht jeder Verstoß eine Grundrechtsverletzung. Verfahrensfehler, die nicht grob genug sind, um Grundrechte zu verletzen, bleiben ohne Folgen, weil die Bescheide der ZDK und ZDOK, die Kollegialbehörden „mit richterlichem Einschlag“ sind,⁶⁹ gemäß Art. 133 Z 4 B-VG vor dem VwGH nicht angefochten werden können. Beispiele für Verstöße der beiden Kategorien finden sich unter Punkt V. 3. b. und V. 3. c.

bb) Die Rechtsprechung des VfGH zur Glaubhaftmachung erinnert im Ergebnis an seine Judikatur zum Vereins- und Versammlungsrecht.⁷⁰ Hier wie dort sieht er in Verstößen gegen einfachgesetzliche Vorschriften – hier des ZDG und des AVG,⁷¹ dort des Vereinsgesetzes und Versammlungsgesetzes und des AVG – zugleich Verletzungen des jeweiligen Grundrechtes. Beim Vereins- und Versammlungsrecht stützt der VfGH seine Argumentation auf den Ausgestaltungsvorbehalt der Grundrechtsnorm (Art. 12 StGG): Da der Umfang des jeweiligen Grundrechtes erst durch die Ausführungsgesetze bestimmt werde, sei ein Verstoß gegen sie auch eine Grundrechtsverletzung.

§ 2 Abs. 1 ZDG enthält allerdings keinen Gesetzesvorbehalt, und auch inhaltlich unterscheidet sich das Recht auf Befreiung von der Wehrpflicht vom Recht auf Vereins- und Versammlungsfreiheit: Im Gegensatz zu diesem ist es im wesentlichen ein *negatives* Grundrecht: das Recht, die Wehrpflicht *nicht* zu erfüllen. Das trifft jedoch nicht für den gesamten Schutzbereich des Grundrechtes zu: Als Recht auf *Befreiung* von der Wehrpflicht besteht es zunächst im Recht auf eine staatliche *Leistung* – auf ein *Befreiungsverfahren* und auf einen *Befreiungsakt*. Als Leistungsrecht – nicht aber, weil es in Inhalt und Umfang unbestimmt wäre – ist das Recht auf Befreiung von der Wehrpflicht auf Ausgestaltung angewiesen. Diese Art der Ausgestaltungsbedürftigkeit teilt es mit anderen Grundrechten: Auch etwa das Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums bliebe ohne Ausführungsgesetze leer. Es ergibt sich somit keine Notwendigkeit, in der Ausgestaltungsbedürftigkeit des Rechts auf Befreiung von der Wehrpflicht einen impliziten Ausgestaltungsvorbehalt zu sehen und *deswegen* Verletzungen der Ausgestaltungsgesetze als Grundrechtsverstöße zu behandeln.

Der VfGH hat in diesem Fall auch einen anderen Weg gewählt: Er leitet seine Befugnis zur Prüfung des Anerkennungsverfahrens aus der Wendung „aus glaubhaften Gewissensgründen“ des § 2 Abs. 1 ZDG ab. Um zu überprüfen, ob die Behörde die Glaubhaftigkeit der Gewissensgründe des Antragstellers zu Recht bestritten hat, muß sich der VfGH davon überzeugen, daß ZDK oder ZDOK sich ausreichende Entscheidungsgrundlagen geschaffen und keine falschen Schlüsse aus ihnen gezogen haben, also Ermittlungsverfahren und Beweiswürdigung auf Fehler überprüfen.

Diese Argumentation ist einleuchtend – und auf *alle* Verfahrensfehler im Zusammenhang mit der Glaubhaftmachung anwendbar. Genau aus diesem Grund kann sie aber keinen Maßstab für die höchstgerichtliche Unterscheidung zwischen groben Verfahrensfehlern, die zugleich Grundrechtsverletzungen sind, und nicht „in die Verfassungssphäre reichenden“ Verstößen liefern. Diese Unterscheidung stammt aus der Judikatur des VfGH zu anderen Grundrechten, und

⁶² Vgl. Jahresbericht 1975 der ZDK, 15; *Raschauer* – unbelegte – Darstellung spricht dagegen nur von „Zurückweisungen“ durch die ZDK (Verfassungsfragen (FN 41) 36).

⁶³ Jahresbericht 1976 des BMI, 18.

⁶⁴ EB zur RV 603 BlgNR 13. GP, 22.

⁶⁵ So ausdrücklich § 6 Abs. 2, 2. Satz ZDG.

⁶⁶ VfSlg. 8033/1977 u. v. a.

⁶⁷ VfSlg. 8033/1977, 8268/1978, 8811/1980, 8856/1980, 8865/1980, 9171/1981, 9339/1982, B 561/81 v. 12. 3. 1982.

⁶⁸ VfSlg. 9965/1980 unter Berufung auf 8391/1978 u. 8268/1978.

⁶⁹ VfGH B 248/75 v. 26. 3. 1977 und VwGH 613/77 v. 20. 4. 1977; daran hat sich auch durch die Neufassung des § 43 ZDG durch die Novelle 1980 nichts geändert: VfSlg. 9339/1982.

⁷⁰ *Tichy*, Die Vereinsfreiheit in Österreich, EuGRZ 1984, 57 m. w. N.; *Koja*, Zur Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes in Vereins- und Versammlungssachen, JBl. 1961, 396.

⁷¹ Gemäß § 53 Abs. 1 ZDG haben die ZDK und die ZDOK das AVG anzuwenden, soweit das ZDG nichts anderes bestimmt.

auch die damit verbundenen Schwierigkeiten sind kein Spezifikum des Rechts auf Befreiung von der Wehrpflicht, sondern sie treten regelmäßig bei der Abgrenzung der Zuständigkeiten von VfGH und VwGH auf.⁷² Doch in unserem Fall wiegen sie besonders schwer, weil abgewiesene Zivildienstwerber *nicht* die Möglichkeit haben, den VwGH anzurufen oder im VfGH-Verfahren einen Eventualantrag auf Abtretung der Beschwerde an den VwGH zu stellen. Durch die Beschränkung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle auf grobe Fehler einerseits und den Ausschluß der Zuständigkeit des VwGH andererseits entsteht also ein *Rechtsschutzdefizit*.

cc) Was muß nun eigentlich glaubhaft gemacht werden? Wenn man der Diktion des VfGH folgt, so ist es „das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen“ – also der Ablehnung der Waffengewalt, der schwerwiegenden Gewissensgründe und der schweren Gewissensnot. Die Zivildienstwilligkeit spielt in dieser Auseinandersetzung keine Rolle. Nimmt man jedoch das Gesetz (§§ 2 Abs. 1 und 6 Abs. 2 ZDG) beim Wort, sind es nur die „schwerwiegenden Gewissensgründe“, die glaubhaft sein müssen. Das hat auch seinen guten Sinn.

Wie gezeigt, folgt die Gewissensnot logisch zwingend aus der Gewissensüberzeugung und der der Überzeugung widersprechenden Pflicht zur Wehrdienstleistung. Damit ist aber auch die *Glaubhaftigkeit* der schweren Gewissensgründe von der der schwerwiegenden Gewissensgründe abhängig, und es ist unsinnig, gesondert nach ihr zu fragen. Dasselbe gilt für die Glaubhaftigkeit der vorbehaltlosen Ablehnung von Waffengewalt: Wenn ohnehin nur solche Gewissensgründe beachtlich sind, aus denen sich diese schlüssig ergibt, und wenn diese Gewissensgründe glaubhaft sind, dann muß auch die Ablehnung der Waffengewalt aus logischen Gründen glaubhaft sein.

Damit reduziert sich die Prüfung der *Glaubhaftigkeit* auf die der *schwerwiegenden Gewissensgründe*. Diese vom Gesetz vorgesehene Lösung hätte den Vorteil, daß die ohnehin problematische Erörterung der Glaubhaftigkeit auf einen Punkt beschränkt bliebe und nicht mehr die Prüfung der anderen Kriterien für die Anerkennung als Zivildienstler behindern würde. ZDK und VfGH könnten sich auf diese Weise einiges in den Begründungen ihrer Entscheidungen ersparen, und ihre restliche Argumentation würde dadurch an Klarheit gewinnen.

b) Das Ermittlungsverfahren

Als Grundlage für die Entscheidung dienen der ZDK zunächst der schriftliche *Antrag* des Zivildienstwerbers, sonstige „Bescheinigungsmittel“, die dieser beilegt, unter Umständen Zeugenaussagen und außerdem eine Reihe von weiteren Unterlagen über das „Verhalten“ des Antragstellers, die die ZDK regelmäßig unter Berufung auf § 6 Abs. 7 ZDG im Amtshilfeweg einholt: Eine Strafregisterauskunft, eine Auskunft der Bundespolizei- bzw. Bezirksverwaltungsbehörden über nicht im Strafregister aufscheinende Verurteilungen und über Verwaltungsstrafen, ein Leumundszeugnis und eine Information über Eintragungen in die Suchtgiftkartei.⁷³

Die Zulässigkeit dieser Erhebungen und der Verwertung ihrer Ergebnisse versteht sich nicht in jedem Fall von selbst. So ist z. B. schwierig einzusehen, warum eine Eintragung in die Suchtgiftkartei für die Entscheidung der ZDK im Sinn des § 6 Abs. 7 ZDG „erforderlich“ ist; auch kann man sich fragen, ob die Berücksichtigung bereits getilgter Vorstrafen mit § 1 Abs. 4 TilgungsG 1972⁷⁴ vereinbar ist – falls nicht, wäre auch die *Erhebung* nicht „erforderlich“ und daher unzulässig. Der VfGH sieht darin jedenfalls keine Verletzung eines Grundrechts – dies auch dann, wenn die ZDK die Bestimmungen des Tilgungsgesetzes falsch ausgelegt haben sollte.⁷⁵

Neben den schriftlichen Unterlagen sind natürlich die Aussagen des Antragstellers in der *mündlichen Verhandlung* entscheidend. Die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung liegt zwar grundsätzlich gemäß § 39 Abs. 2 AVG im Ermessen der Behörde, doch bleibt ihr unseres Erachtens im Anerkennungsverfahren kein Ermessensspielraum, weil eine Glaubwürdigkeitsprüfung – wenn überhaupt – ohne einen unmittelbaren persönlichen Eindruck vom Antragsteller nicht möglich ist. Eine (negative) Entscheidung der ZDK ohne mündliche Verhandlung würde daher unter einem grundrechtsverletzenden Fehler leiden, weil dem Antragsteller die Möglichkeit zur Glaubhaftmachung in entscheidendem Umfang vorenthalten worden wäre. Eine ablehnende Erledigung ist aber dann ohne mündliche Verhandlung zulässig, wenn der Antrag unabhängig von der Frage der Glaubhaftigkeit – z. B. aus formellen Gründen (Fristversäumnis etc.) – an Mängeln leidet, die nicht verbessert werden können.⁷⁶

Aus der Pflicht zur Glaubhaftmachung des § 6 Abs. 2 ZDG leiten ZDK und VfGH eine „Beweis“lastregel für den Antragsteller ab. Dieser habe seine Gründe darzulegen – tut er das nicht oder nur unzureichend, so sei der Antrag abzulehnen. Ein Grundrechtsverstoß liege nur dann vor, wenn der Antragsteller „gehindert“ wurde, das Wesentliche zu sagen.⁷⁷

Diese Interpretation läßt freilich außer Acht, daß eine Mitwirkungspflicht der Partei im Verwaltungsverfahren, wie sie § 6 Abs. 2 ZDG schafft, nicht den Grundsatz der amtswegigen, materiellen Wahrheitsfindung und der daraus abgeleiteten Manuduktionspflicht der Behörde beseitigt. Die ZDK und ZDOK haben die entsprechende Bestimmung des § 39 Abs. 2 AVG gemäß § 53 Abs. 1 ZDG genauso anzuwenden wie andere Verwaltungsbehörden, die Verfahren mit ausdrücklich normierten Mitwirkungspflichten der Parteien abwickeln.⁷⁸ Allerdings ist ein Verstoß gegen die Verpflichtung, den wesentlichen Sachverhalt amtswegig festzustellen, im allgemeinen vor dem VfGH als „nicht in die Verfassungssphäre reichend“ unbeachtlich.⁷⁹ Ferner kann das Versäumte nicht mehr nachgeholt werden.⁸⁰ Der VfGH zieht sich im

⁷² Bernard, Verfassungsgerichtshof oder Verwaltungsgerichtshofbeschwerde? ZfV 1981, 7; Azizi, Das Verhältnis der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit des Verwaltungsgerichtshofes zur Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit des Verfassungsgerichtshofes, in: RILL u. a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979) 567.

⁷³ Vgl. z. B. VfSlg. 8033/1977, 8407/1978, B 501/78 v. 23. 6. 1983 u. v. a., sowie den Jahresbericht 1975 der ZDK, 16.

⁷⁴ BGBl. 68.

⁷⁵ VfSlg. 8407/1978; der VfGH gibt in diesem Erkenntnis keine eigene Interpretation des Tilgungsgesetzes, unterscheidet aber zwischen der „Berücksichtigung einer gerichtlichen Verurteilung als solche(r)“ und der „Bedachtnahme auf das der Verurteilung zugrundeliegende Verhalten“. ZDK und Bundesregierung jedenfalls möchten die Beschränkungen des Tilgungsgesetzes 1972 gegenüber der ZDK ausdrücklich aufgehoben haben, um eine Liste sämtlicher – also auch der bereits getilgten – Verurteilungen des Antragstellers bereits mit der Strafregisterauskunft zu erlangen (Bericht d. BReg. gem. Art. III ZDG-Novelle 1980, 12 f.; Jahresbericht 1977 der ZDK, 18).

⁷⁶ Vgl. dazu die Ab- und Zurückweisungen von Anträgen ohne Erklärung der Zivildienstwilligkeit (siehe oben Teil V.2.d.) (Jahresbericht 1975 der ZDK, 15).

⁷⁷ B 561/81 v. 12. 3. 1982, B 308/78 v. 10. 3. 1983.

⁷⁸ Dazu z. B. Walter-Mayer, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts³ (1984) 93, 107 ff. und zuletzt Wielinger-Gruber, Zur Frage der Mitwirkungspflicht der Parteien im Verwaltungsverfahren, ZfV 1983, 365; vgl. auch den durch die AVG-Novelle 1982, BGBl. 199, neu eingeführten § 13 a.

⁷⁹ Das ergibt sich e contrario aus B 493/78 v. 11. 3. 1983; siehe dazu unten bei FN 81.

⁸⁰ VfSlg. 9171/1981, 9339/1982; dies obwohl der VfGH nicht an die Sachverhaltsfeststellung der Behörde gebunden ist und insofern kein Neuerungsverbot besteht.

Fall solcher Versäumnisse meist auf die Position zurück, es sei unerheblich, ob der ZDK im Ermittlungsverfahren irgendwelche Fehler unterlaufen seien, denn das Vorbringen des Beschwerdeführers sei inhaltlich unzureichend.⁵² Diese Begründung geht aber am Problem vorbei, weil ja die inhaltlichen Mängel der Begründung gerade die Folge der unzureichenden Befragung durch die ZDK sein können. Ein Musterbeispiel dafür ist das Erk. VfSlg. 8856/1980, in dem der VfGH dem Beschwerdeführer vorwirft, er habe „nichts dargelegt“, was für die schwere Gewissensnot spreche, der Antrag sei daher abzulehnen gewesen, die „Beschwerdevorwürfe, daß die belangte Behörde sich mit dem Vorbringen des Beschwerdeführers nicht weitergehend auseinandergesetzt und ihm nicht ermöglicht habe, sein Anliegen mündlich weiter zu ergänzen“, weil „die Verhandlung nur wenige Minuten gedauert habe“, seien aber „unerheblich“.

Eine Relativierung dieser unbefriedigenden Lage brachte erst ein jüngstes Erkenntnis des VfGH; darin stellte er fest, „nach Maßgabe der besonderen Lage dieses Falles“ (einer „unklaren, unsystematischen und sprachlich äußerst mangelhaften Formulierung des Antrages“)

„wäre es der belangten ZDK in der Verhandlung oblegen, durch eine geeignete, gezielte Befragung des Beschwerdeführers zumindest den Versuch zu unternehmen, die Begründung seines Anliegens klarzustellen, um die sachverhaltsmäßigen Voraussetzungen für die nach § 2 Abs. 1 ZDG vorzunehmende rechtliche Beurteilung zu schaffen“.⁵¹

Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung sei ein schwerwiegender, also vom Grundrechtsschutz erfaßter Verfahrensmangel.

Dieses Erkenntnis ist ein wesentlicher Fortschritt, weil es nicht jedwede Passivität der ZDK im Ermittlungsverfahren als unbeachtlich ansieht und dadurch auch jenen Antragstellern eine Chance gibt, die aus Unkenntnis der Gesetzeslage und ihrer Interpretation und aus Mängeln im Ausdrucksvermögen nicht alle wesentlichen Punkte von selbst erwähnen.

c) Die „Beweis“würdigung

Die Beweiswürdigung ist das Kernstück der Glaubhaftigkeitsprüfung und damit des gesamten Anerkennungsverfahrens. Wie im Ermittlungsverfahren, so gilt auch bei der Beweiswürdigung, daß eine wesentliche Rechtswidrigkeit in diesem Bereich eine Grundrechtsverletzung bedeutet, Fehler unter dieser Intensitätsgrenze aber vor dem VfGH unbeachtlich bleiben und daher hingenommen werden müssen.⁵² Solche grundrechtlich unerheblichen Mängel sind z. B. falsche Schlußfolgerungen der ZDK, solange nicht „ihr Gedankengang . . . evident der Lebenserfahrung oder logischen Denkgesetzen widerspricht“⁵³ oder die Mißdeutung von Aussagen des Antragstellers.⁵⁴

Eine wesentliche Rechtswidrigkeit liegt dagegen jedenfalls dann vor, wenn die ZDK eingeholte Beweismittel nicht würdigt, die Erklärung des Antragstellers aber trotzdem als „Lippenbekenntnis“ abtut.⁵⁵ Darüber hinaus haben sich in der Praxis der ZDK einige „Beweis“regeln herausgebildet. Der VfGH hat sie zum Teil übernommen, zum Teil hat er ihre Anwendung aber für unzulässig erklärt, weil sie eine Grundrechtsverletzung bedeute:

So ist der Zeitpunkt der Antragstellung zwar nicht völlig unbeachtlich, aber die ZDK kann nicht die mangelnde Glaubhaftigkeit der Gewissensgründe ohne weitere Erörterung damit begründen, daß der betreffende Wehrpflichtige erst nach jahrelangem Aufschub des Wehrdienstes und unter Umständen erst nach Erhalt eines Einberufungsbefehls seinen Antrag gestellt hat. Diese Tatsache kann genauso gut für die langfristige Herausbildung der Gewissensüberzeugung sprechen.⁵⁶

Auch fehlende (private oder organisierte) Aktivitäten des Antragstellers auf sozialem, pazifistischem oder caritativem Gebiet sind kein Grund, seine Gewissensgründe von vornherein für unglaubwürdig zu halten, weil

„eine den materiellen Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 ZDG entsprechende Einstellung auch bei Personen vorliegen kann, die keine Neigung besitzen, ihre Auffassungen im Rahmen einer gleichgesinnten Personengemeinschaft oder öffentlichkeitsbezogen zu bekunden“.⁵⁷

„Ebensowenig . . . wie daraus, daß etwa jemand bisher nicht in Raufhandel verwickelt war, auf die allgemeine und vorbehaltlose Ablehnung von (Waffen-)Gewalt geschlossen werden kann, kann daraus, daß sich jemand bisher . . . auf sozialem Gebiet aktiv nicht betätigt hat, ein zuverlässiges Indiz dafür gewonnen werden, die von ihm behauptete Ablehnung von (Waffen-)Gewalt sei unglaubwürdig.“⁵⁸

Umgekehrt spricht auch nicht jede Betätigung auf diesem Gebiet oder Zugehörigkeit zu religiösen Gruppen für die Glaubwürdigkeit.⁵⁹ Die Mitgliedschaft in Vereinigungen und Gruppen, die sich für die militärische Landesverteidigung einsetzen, ist ein Indiz gegen die Glaubwürdigkeit.⁶⁰

Nicht so eindeutig ist die rechtliche Beurteilung der Auseinandersetzung des Antragstellers mit Verteidigungsmethoden und ihren Problemen. Der VfGH meinte noch 1980, daß „die Auseinandersetzung mit der Möglichkeit der Vermeidung von Kriegen . . . überhaupt nichts mit einer eventuell anzunehmenden Gewissensnot des Beschwerdeführers hinsichtlich der Leistung des Wehrdienstes zu tun“⁶¹ habe und der „Umstand, daß der Beschwerdeführer . . . über keine über durchschnittliche Vorstellungen hinausreichende Kenntnisse der (nichtmilitärischen) Landesverteidigung verfügt“, nicht zur Begründung der fehlenden Glaubhaftigkeit taue.⁶² Dagegen hält die höchstgerichtliche Rechtsprechung ab 1982 einen solchen Mangel für beachtlich – zumindest im Zusammenhang mit anderen Momenten, die gegen die Glaubwürdigkeit des Antragstellers sprechen.⁶³

Das bedeutet nun nicht unbedingt einen Widerspruch, aber doch eine merkbare Akzentverschiebung. Dabei übernimmt der VfGH die Argumentation der ZDK auch in jenem Punkt, wo diese den Antragstellern nicht nur mangelnde Auseinandersetzung mit dem Thema Landesverteidigung und Konfliktlösungen, sondern „unrealistische Wunschvorstellungen“ vorgeworfen hatte. Dahinter scheint der Gedanke zu stecken, nur „realistische“, d. h. „richtige“ Vorstellungen könnten eine Gewissensentscheidung tragen.

Ein eigenes Kapitel bildet die Würdigung von gerichtlichen Verurteilungen und Verwaltungsstrafen des Antragstellers. Die Palette reicht hier von Verkehrsdelikten⁶⁴ über Schwarzfahren,⁶⁵ Sachbeschädigung,⁶⁵ Diebstahl,⁶⁶ Hehle-

⁵¹ B 493/78 v. 11. 3. 1983.

⁵² Siehe oben Teil V.3.a.

⁵³ B 501/78 v. 23. 6. 1983; das erinnert an die Figur der „Denk-unmöglichkeit“, die der VfGH in seiner Rechtsprechung zu anderen Grundrechten entwickelt hat.

⁵⁴ VfSlg. 8391/1978.

⁵⁵ VfSlg. 8268/1978.

⁵⁶ VfSlg. 8865/1980, 9243/1981, 9356/1982, B 13/82 v. 25. 11. 1982, B 648/82 v. 26. 2. 1983.

⁵⁷ VfSlg. 9965/1980, 9243/1981, 9356/1982, B 501/81 v. 16. 10. 1982, B 585/81 v. 16. 10. 1982, B 648/82 v. 26. 2. 1983, B 501/78 v. 23. 6. 1983.

⁵⁸ B 501/81 u. B 585/81, beide v. 16. 10. 1982.

⁵⁹ VfSlg. 8811/1980, B 376/82 v. 1. 12. 1982.

⁶⁰ So z. B. beim „Österreichischen Cartellverband“ – VfSlg. 8787/1980.

⁶¹ VfSlg. 8811/1980.

⁶² VfSlg. 8865/1980.

⁶³ B 13/82 v. 25. 11. 1982, B 648/82 v. 26. 2. 1983.

⁶⁴ VfSlg. 8407/1978, 8865/1980, B 308/78 v. 10. 3. 1983, B 501/78 v. 23. 6. 1983.

⁶⁵ B 667/81 v. 26. 11. 1982.

⁶⁶ Eines Apfelstrudels: VfSlg. 8407/1978; 8749/1980, 9362/1982.

rei,⁹⁷ Suchtgiftschmuggel⁹⁸ bis zu Rauferei⁹⁹ und Vorschubleistung für Räuber.¹⁰⁰ Die Rechtsprechung des VfGH sieht in praktisch allen diesen Delikten Argumente, die gegen die Glaubhaftigkeit der Gewissensgründe sprechen. Die Verschiedenartigkeit der Straftaten erfordert aber eine differenzierte Beurteilung.

Dazu muß man zunächst die Fälle in zwei Gruppen teilen: Die *Gewaltdelikte* stehen offensichtlich in einem engeren Zusammenhang mit der behaupteten Ablehnung von Waffengewalt als die übrigen Delikte. Deshalb sind es auch nicht sie, die Schwierigkeiten bereiten: Es ist ja ohne weiteres einzusehen, daß jemand, der wegen Gewaltdelikten (etwa Raufhandel, Raub) verurteilt wurde, nur schwer Gewissensgründe für eine gegenteilige Überzeugung glaubhaft machen kann.¹⁰¹

Bei den übrigen Delikten finden sich zwei Typen der Begründung ihres Zusammenhangs mit der Glaubhaftigkeit der Gewissensgründe. Die eine Argumentation sieht zwischen der *Übertretung von Normen zum Schutz des menschlichen Lebens* durch den Antragsteller und seiner behaupteten Überzeugung, daß das Leben durch Gewalt nicht antastbar sei, einen Widerspruch, der ihn unglaubwürdig macht – z. B. bei Verkehrsdelikten oder Suchtgiftschmuggel.¹⁰² Dieser Begründungstypus gipfelt – und überschlägt sich zugleich – in der Feststellung der ZDK, ein Antragsteller, der durch dreimaliges Schnellfahren menschliches Leben (abstrakt) gefährdet habe, könne sich nicht glaubhaft auf dessen Unantastbarkeit berufen. Der VfGH hat diesen Schluß als „zumindest nicht völlig verfehlt“ bezeichnet.¹⁰³

Aber nicht alle von den Antragstellern verletzten Normen dienen dem Schutz des Lebens – daher versucht der zweite Argumentationstypus auch erst gar nicht, einen solchen Zusammenhang herzustellen, sondern begnügt sich mit der Behauptung, dem Antragsteller müßten Verurteilungen, „ohne diesen besondere Bedeutung im negativen Sinn beizumessen, entgegengehalten werden“,⁹⁷ weil sie „auf seine Einstellung zu ihm nicht genehmen Anordnungen des Gesetzgebers schließen“¹⁰⁴ ließen oder darauf, der Antragsteller „neige dazu, die Wertordnung innerhalb einer menschlichen Gemeinschaft gering zu achten“.¹⁰⁵

Die Verbindung mit der Glaubwürdigkeit der Gewissensgründe läßt sich in diesen Fällen – wenn überhaupt – nur sehr indirekt herstellen, nämlich indem man behauptet, daß, wer solche Delikte begeht, keine „ethische Grundhaltung“,¹⁰⁵ – kurz: überhaupt kein Gewissen habe. Das könnte man sich vielleicht noch bei einer langen und qualifizierten Vorstrafenliste vorstellen, bei der Geringfügigkeit der in Frage stehenden Gesetzesverletzungen erscheint dieser Schluß aber jenseits aller Verhältnismäßigkeit: Durch das „Verzehren eines bekanntermaßen gestohlenen gebratenen Huhns“⁹⁷ oder durch zweimaliges Schwarzfahren und eine 7 Jahre vor Bescheiderlassung in jugendlichem Alter begangene Sachbeschädigung⁹⁵ wird man nicht zum ehrlosen Schurken, dem nichts mehr zu glauben ist.

Neben den genannten Kriterien spielt immer auch der „*persönliche Eindruck*“, den die ZDK in der mündlichen Verhandlung vom Antragsteller gewinnt, eine entscheidende Rolle. Ja in manchen Fällen bleibt überhaupt nur mehr der persönliche Eindruck als Grundlage für die Entscheidung über die Glaubhaftigkeit der Gewissensgründe: Wenn der Antragsteller keine Vorstrafen aufzuweisen hat, sich auf sozialem oder pazifistischem Gebiet nicht hervorgetan hat, sich zumindest ausreichend mit der Problematik der Landesverteidigung auseinandergesetzt hat, um eine Gewissensentscheidung fällen zu können – ist er dann glaubwürdig oder nicht?

Die höchstgerichtliche Rechtsprechung hat zu diesem Problem der fehlenden Entscheidungsgrundlagen noch keine klare Linie gefunden. In vielen Fällen vermeidet es der VfGH, überhaupt darauf einzugehen, indem er schon das Vorliegen der inhaltlichen Anerkennungsvoraussetzungen (der „schweren Gewissensnot“) bestreitet und die Beschwerden damit abweist.¹⁰⁶ Aber auch dort, wo er die Frage der Glaubhaftigkeit und ihrer Begründung aufgreift, bleibt die Auseinandersetzung recht dürftig: Zwar akzeptierte der VfGH den „formelhafte(n) Hinweis ... auf den persönlich gewonnenen Eindruck“ nicht als „tragendes Element“ der Begründung, warum der Antragsteller unglaubwürdig sei,¹⁰⁷ aber andererseits stellte er in mehreren

Erkenntnissen unter Berufung auf Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes fest, daß „keine Verpflichtung besteht, (näher) zu begründen, weshalb auf Grund des gewonnenen persönlichen Eindruckes die Angaben einer Person glaubwürdig oder unglaubwürdig sind“ und begnügte sich zur Abweisung der Beschwerde regelmäßig mit der Formel:

„In Wahrheit erschöpft sich das Beschwerdevorbringen nach Inhalt und Zielsetzung bloß in einer subjektiven Kritik der freien Beweiswürdigung der ZDOK und einzelner Begründungselemente des angefochtenen Bescheides, ohne der belangten Behörde unterlaufene entscheidungswichtige, vom Verfassungsgerichtshof wahrzunehmende Verfahrensfehler aufzuzeigen.“¹⁰⁸

Damit ist der – in vielen Fällen durchaus „entscheidungs-wichtige“ – persönliche Eindruck weder begründungspflichtig noch kritisierbar. Das mag nun in einem nachprüfenden Verfahren, in dem der Antragsteller selbst nicht mehr befragt wird, nicht anders möglich sein, zeigt aber deutlich die Grenzen der Rechtsstaatlichkeit und damit die Problematik des Anerkennungsverfahrens.

Letztlich bleibt in vielen Fällen als einzige Anerkennungsvoraussetzung, daß der Antragsteller vor der ZDK eine Haltung einnimmt, die der Interpretation des ZDG¹⁰⁹ durch die ZDK entspricht; daß es dann für diese Haltung Anleitungen von Zivildienstberatungsstellen gibt,¹¹⁰ ist weiter nicht verwunderlich. Das Verfahren begünstigt auch Zivildienstwerber, die in einer entsprechenden (z. B. studentischen) Umgebung leben und dadurch leichter Zugang zu akzeptierten Argumentationsmustern haben, während unvorbereitete Antragsteller mit schlechtem Ausdrucksvermögen eindeutig im Nachteil sind.¹¹¹ Mit der Beachtung des Gewissens hat ein solcher Sachverhalt allerdings nur mehr wenig zu tun.

Dieses Problem ist auch allen Beteiligten bewußt. Typisch für die Beurteilung der Situation ist die folgende Äußerung

⁹⁷ Mit einem gebratenen Huhn: B 309/78 v. 13. 6. 1983.

⁹⁸ VfSlg. 9257/1981.

⁹⁹ VfSlg. 8407/1978.

¹⁰⁰ VfSlg. 9362/1982.

¹⁰¹ So auch ausdrücklich die EB zur RV 603 BlgNR 13. GP, 22; doch auch hier muß man die Möglichkeit eines Gewissenswandels (vgl. Teil V.1.) berücksichtigen.

¹⁰² VfSlg. 9257/1981.

¹⁰³ B 501/78 v. 23. 6. 1983.

¹⁰⁴ B 308/78 v. 10. 3. 1983.

¹⁰⁵ VfSlg. 8749/1980.

¹⁰⁶ Siehe oben Punkt V.2.c.

¹⁰⁷ B 501/81 v. 16. 10. 1982, B 585/81 v. 16. 10. 1982.

¹⁰⁸ B 13/82 v. 25. 11. 1982, B 667/81 v. 26. 11. 1982, B 376/82 v. 1. 12. 1982, B 648/82 v. 26. 2. 1983.

¹⁰⁹ Daß es dabei nicht unerhebliche Unterschiede gibt, zeigt die verschiedene Sprechpraxis der Senate der ZDK, die sich in divergierenden Anerkennungsquoten ausdrückt (vgl. den Jahresbericht 1980 der ZDK, Anl. 1, 4 und den Bericht der ZDK über 1981 und 1982, 11 f. sowie die Äußerung von BM *Lanc*, StenProtNR 14. GP, 9587).

¹¹⁰ So z. B. der Jahresbericht 1978 der ZDK, 5; ähnlich der Tätigkeitsbericht der ZDOK über die Jahre 1981 und 1982, 12 f.

¹¹¹ Das betrifft vor allem Angehörige der Unterschicht, die i. d. R. vor Behörden weniger redigewandt sind; vgl. dazu *Wörter*, Zivildienst in Österreich (1979) 8 f., 12 mit empirischem Material; überhaupt zeigt die soziale und geographische Streuung der Antragsteller (hauptsächlich Studenten aus Ballungsgebieten), daß der Zivildienst nicht allen Wehrpflichtigen gleich zugänglich ist. (Angaben dazu finden sich in allen Berichten der ZDK und ZDOK; eine „Gliederung der Zivildienstwerber im Zeitraum 1975 bis 1982 nach Berufszugehörigkeit bzw. Berufsvorbereitung“ enthält die Anlage 4 des Berichts der Bundesregierung gem. Art. III d. ZDG-Novelle 1980). Diese Situation besteht trotz der Feststellung der ZDOK (Zl. 125941/3 – ZDOK/1/82 F; referiert im Bericht der ZDOK über 1981 und 1982, 7) und ansatzweise des VfGH (VfSlg. 9391/1982), daß die ZDK bei der Beurteilung der Begründung von Antragstellern ihr Bildungsniveau in Rechnung zu stellen hat.

des – für die Vollziehung des ZDG verantwortlichen – seinerzeitigen BM für Inneres *Lanc*:

„Ich halte allerdings ein Argument derjenigen Jugendorganisationen für stichhaltig, die da bezweifeln, daß irgend jemand, eine Einzelperson oder eine Kommission, dazu in der Lage ist, zu entscheiden, ob jemand aus Gewissensgründen Militärdienst leisten will oder nicht.

Ich glaube, hier ist jede Art von vollziehendem Organ eines Bundesgesetzes überfordert. Das ist die Schwäche. Das kann aber auch durch die Abschaffung oder durch den Vorschlag auf Abschaffung der Zivildienstkommission nicht beseitigt werden, und daher stehe ich auf dem Standpunkt, solange man nichts Besseres hat als das, was existiert, daran festzuhalten.“¹¹²

Grund für dieses Festhalten am Bestehenden – wie auch für die verfahrensabhängige Ausgestaltung des Grundrechts von allem Anfang an –¹¹³ ist die Befürchtung, Österreich könnte sich nicht mehr verteidigen, wenn es zu viele Zivildienstler gäbe. Aus dieser Sicht hat das Anerkennungsverfahren, mag es auch rechtsstaatlich fragwürdig sein,¹¹⁴ den Vorteil, daß es die Zahl der Zivildienstler gering hält.

VI. DER WIDERRUF DER BEFREIUNG VON DER WEHRPFLICHT

Bis zum Inkrafttreten der ZDG-Novelle 1980 (am 1. 12. 1980) enthielt das ZDG keine Bestimmungen über einen Widerruf der Befreiung von der Wehrpflicht. Auf Erklärungen von anerkannten Zivildienstpflichtigen, sie wollten auf die Befreiung von der Wehrpflicht verzichten, reagierte die ZDK mit einer Aufhebung des Anerkennungsbescheides gemäß § 68 Abs. 2 AVG 1950. Dieses Vorgehen brachte aber einige rechtliche Schwierigkeiten mit sich: § 68 Abs. 2 AVG regelt ja nur die Aufhebung von Bescheiden, „aus denen niemand ein Recht erwachsen ist“; um solche handelt es sich bei den Anerkennungsbescheiden aber offensichtlich nicht, denn sie gewähren ja ausdrücklich ein Recht auf Befreiung von der Wehrpflicht. Die Berufung auf § 68 Abs. 2 AVG war also nur möglich, wenn man diese Bestimmung so auslegte, daß sie auch im Falle eines ausdrücklichen Verzichts auf das durch den Bescheid gewährte Recht Anwendung fand. Außerdem hatte der Zivildienstpflichtige keinen Rechtsanspruch auf die Aufhebung des Anerkennungsbescheides gemäß § 68 Abs. 2 AVG.¹¹⁵

Aus diesen Gründen normierte die *ZDG-Novelle 1980* den Widerruf der Befreiung von der Wehrpflicht in einem eigenen § 5 a. Nach dieser Bestimmung kann der Zivildienstpflichtige vor der ZDK eine Erklärung abgeben, „daß er den Wehrdienst mit der Waffe nicht mehr aus den im § 2 Abs. 1 genannten Gewissensgründen verweigere“ (Abs. 1). Die ZDK hat dann mit Bescheid die Rechtsgültigkeit dieser Erklärung festzustellen (Abs. 2), wodurch der Zivildienstpflichtige wieder wehrpflichtig wird (Abs. 4).

Neben dem Widerruf der Befreiung von der Wehrpflicht auf Antrag des Zivildienstpflichtigen gebietet der neue § 5 a ZDG (Abs. 3) auch den *amtswegigen* Widerruf durch Bescheid der ZDK, „wenn der Zivildienstpflichtige durch sein Verhalten eindeutig erkennen läßt, daß er die Anwendung von Waffengewalt gegen andere Menschen aus den im § 2 Abs. 1 genannten Gewissensgründen nicht mehr ablehnt und daher auch bei Leistung des Wehrdienstes nicht mehr in schwere Gewissensnot geraten würde“.

Die Voraussetzungen für den Widerruf sind somit etwas strenger als jene für die Anerkennung. Während der Zivildienstwerber seine Gewissensgründe nur *glaubhaft* machen muß, trifft die ZDK im Widerrufsverfahren die Beweislast dafür, daß das Verhalten des Zivildienstpflichtigen „*eindeutig*“ gegen die behauptete Gewissensüberzeugung spricht. In der Praxis ist das vor allem bei Verurteilungen wegen Ge-

waltdelikten nach der Anerkennung als Zivildienstpflichtiger der Fall.¹¹⁶

Natürlich wäre ein *rechtswärtiger Widerruf* der Befreiung von der Wehrpflicht ein *Verstoß gegen das Grundrecht auf Wehrdienstverweigerung* und daher vor dem VfGH anfechtbar. Doch ist es bis jetzt noch nicht dazu gekommen.

VII. DIE GRUNDRECHTLICHEN ANSPRÜCHE ANERKANNTER ZIVILDienstPFLICHTIGER ALS VORGABE FÜR DIE AUSGESTALTUNG DES ZIVILDienstES

Das Grundrecht auf Befreiung von der Wehrpflicht erschöpft sich nicht im Anspruch auf einen behördlichen Befreiungsakt bei Erfüllung der von § 2 Abs. 1 ZDG normierten Anerkennungs Voraussetzungen, sondern es gewährt natürlich auch ein Recht auf Achtung dieser Befreiung durch den Staat. In diesem Sinn ist es entscheidende *Richtlinie für die Ausgestaltung des Zivildienstes*.

Art. 9 a Abs. 3 B-VG verpflichtet den Gesetzgeber verfassungsrechtlich, Ausführungsbestimmungen zur Einrichtung eines Zivildienstes als „Ersatzdienst“ zu erlassen. Dem anerkannten Wehrdienstverweigerer gewährt er allerdings kein subjektives Recht darauf: ob neben der Befreiung von der Wehrpflicht auch die Möglichkeit zur Erfüllung der Zivildienstpflicht gesetzlich geschaffen wird, berührt die grundrechtlichen Ansprüche des Wehrdienstverweigerers nicht; diese gehen eben über die Befreiung von der Wehrpflicht nicht hinaus.

Sobald der Gesetzgeber jedoch das verfassungsrechtliche Gebot zur Einrichtung eines Zivildienstes erfüllt, muß sich die entsprechende rechtliche Regelung – also das ZDG – an den von den Grundrechtsbestimmungen normierten Vorgaben messen lassen.

1. Gewaltverbot

Bei isolierter Interpretation des § 2 Abs. 1 ZDG ergibt sich zunächst nur das Verbot, anerkannte Wehrdienstverweigerer zur Erfüllung der Wehrpflicht heranzuziehen. Die Wehrpflicht besteht gemäß § 17 Abs. 1 Wehrgesetz 1978¹¹⁷ aus der Pflicht zur Leistung des Präsenzdienstes und einigen Nebenpflichten; sie dienen zur Ausbildung und zum Einsatz des Bundesheeres für die von § 2 Abs. 1 WehrgG festgelegten Zwecke. Diese umfassen neben der militärischen Landesverteidigung (lit. a) auch den „Schutz der verfassungsmäßigen Einrichtungen und ihrer Handlungsfähigkeit sowie der demokratischen Freiheiten der Einwohner“ und die „Aufrechterhaltung der Ordnung und Sicherheit im Inneren überhaupt“ (lit. b), ferner Katastrophenhilfe (lit. c) und Hilfeleistung im Ausland auf Ersuchen internationaler Organisationen (lit. d).

Daraus könnte man nun (kurz-)schließen, daß ein anerkannter Wehrdienstverweigerer für keine der genannten

¹¹² StenProtNR 14. GP, 9587.

¹¹³ EB zur RV 603 BlgNR 13. GP, 13; „Durch eine zivile Ersatzdienstleistung ausschließlich nach freier Wahl des Wehrpflichtigen würde nicht nur die allgemeine Wehrpflicht ausgehöhlt, sondern auch die Funktionsfähigkeit des Bundesheeres in Frage gestellt werden.“

¹¹⁴ Das dürfte auch der Grund sein, warum die ZDKen nach eigener Einschätzung „in Beachtung rechtsstaatlicher Grundsätze keine übertriebenen Anforderungen an die darzulegenden Gewissensgründe stellen“ (Bericht der ZDK über 1981 und 1982, 15).

¹¹⁵ Eine ausführliche Darstellung dieser Probleme findet sich in den EB zur RV 275 BlgNR 15. GP, 14 f.

¹¹⁶ Zur Anwendung des § 5 a ZDG vgl. den Bericht der BRegem. Art. III ZDG-Novelle 1980, 11 f.

¹¹⁷ BGBl. 150.

Aufgaben ausgebildet oder eingesetzt werden dürfte, egal, ob es sich dabei um die Anwendung von Waffengewalt gegen Menschen handeln kann (wie bei der militärischen Landesverteidigung) oder ob dies ausgeschlossen erscheint (wie bei der Bekämpfung von Naturkatastrophen). Außerdem wäre die Ableistung des Zivildienstes bei einer Einrichtung, deren Tätigkeit (auch) in der Anwendung von Waffengewalt besteht (etwa bei einer paramilitärischen Organisation oder der Polizei), aus verfassungsrechtlicher Sicht durchaus möglich. Einer Änderung der gegenteiligen einfachgesetzlichen Bestimmung des § 3 ZDG (die die Anwendung von Waffengewalt als Inhalt des Zivildienstes ausdrücklich verbietet) mit einfacher Mehrheit stünden die Grundrechtsbestimmungen dann jedenfalls nicht im Wege.¹¹⁸

Dieses Ergebnis hält jedoch einer systematischen Interpretation der Grundrechtsbestimmungen nicht stand und widerspricht außerdem der Absicht des Gesetzgebers. Das Recht auf Wehrdienstverweigerung ist ein Ausfluß der Gewissensfreiheit: Sein ausdrücklicher Zweck ist die Vermeidung von „schwerer Gewissensnot“; es schützt also die Gewissensüberzeugung in der Gewaltfrage. Würde man diesen Schutz auf den Wehrdienst beschränken, die Gewaltanwendung im Ersatzdienst aber zulassen, wäre die Gewissensfreiheit dort nicht einmal mehr „formal respektiert“ – wie das nach Ansicht des Gesetzgebers bis zum Inkrafttreten des ZDG immerhin der Fall war¹¹⁹, – sondern völlig beseitigt. Daß es aber in der Absicht des Gesetzgebers gelegen sei, zum Schutz der Gewissensfreiheit einen Ersatzdienst einzurichten, der die Gewissensfreiheit ignoriert, ist absurd zu behaupten. Aus § 2 Abs. 1 ZDG i. V. m. Art. 14 StGG ergibt sich also: *Niemand soll wider sein Gewissen Gewalt gegen andere anwenden müssen.*

Diese ratio des Grundrechts auf Befreiung von der Wehrpflicht ist zugleich auch seine *einzigste Vorgabe für die Ausgestaltung des Zivildienstes*: Er darf nicht in der Anwendung von Waffengewalt oder der Ausbildung dazu bestehen. § 3 ZDG, der dies ausdrücklich normiert, erweist sich somit nur als zusätzliche Klarstellung und Wiederholung dessen, was ohnehin schon in der Grundrechtsbestimmung enthalten war.

Ähnlich steht es mit § 2 Abs. 2 ZDG, der die Ableistung des Zivildienstes außerhalb des Bundesheeres vorsieht. Zwar ist ein Zivildienst beim Bundesheer, der ausschließlich in der garantiert gewaltfreien Bekämpfung von Naturkatastrophen und der Ausbildung dazu besteht, theoretisch denkbar. Unter den derzeitigen Bedingungen beim Heer wäre eine solche Regelung aber verfassungswidrig, weil die gewaltfreien Aufgaben des Bundesheeres von Ausbildung und Einsatz zu militärischen Zwecken nicht zu trennen sind, letztere aber zwangsläufig mit der – zumindest mittelbaren – Anwendung von Waffengewalt verbunden sind.¹²⁰

2. Zivildienst und umfassende Landesverteidigung (ULV)

Eine verfassungsrechtliche Vorgabe für die Ausgestaltung des Zivildienstes läßt sich vor allem *nicht* aus dem Grundsatz der ULV (Art. 9 a B-VG) ableiten. Dies tut jedoch *Raschauer* mit der Begründung, jeden männlichen Staatsbürger treffe die Pflicht zu einem Beitrag zur ULV. Wenn dieser Beitrag nicht in der Ableistung der Wehrpflicht bestehe, so sei dafür der Zivildienst als Ersatzdienst im „größeren Rahmen der umfassenden Landesverteidigung“ zu erbringen.¹²¹

Dieser Gedankengang verwechselt zunächst eine *Staatszielbestimmung* mit der Normierung von Pflichten für den einzelnen Staatsbürger. Das Bekenntnis zur ULV bindet nicht unmittelbar den einzelnen; es verpflichtet nur den Gesetzgeber zur Erlassung geeigneter Vorschriften zur Erreichung des Zieles. Bei der Beurteilung, welche von mehreren grundsätzlich geeigneten Vorschriften er erlassen soll, ist der Gesetzgeber verfassungsrechtlich nicht gebunden. Natürlich

können solche Vorschriften Pflichten für den einzelnen Staatsbürger vorsehen; diese haben ihre Grundlage dann aber in dem jeweiligen Ausführungsgesetz und nicht im Verfassungsgrundsatz.

Dies wird am Beispiel der allgemeinen Wehrpflicht deutlich: Sie folgt nicht zwangsläufig aus dem Prinzip der ULV, denn der Gesetzgeber hätte auch zu einem anderen Mittel zur Erreichung des verfassungsrechtlich geregelten Zieles greifen können. Daß die Österreicher wehrpflichtig sind, geht also nicht aus der Zielbestimmung des Art. 9 a Abs. 1 B-VG, sondern aus der ausdrücklichen Regelung des Art. 9 a Abs. 3 B-VG und des § 16 Wehrg hervor. Wäre die allgemeine Wehrpflicht nicht durch diese Bestimmungen normiert, bestünde sie – trotz des Grundsatzes der ULV – für den einzelnen nicht.

Einen Hinweis auf eine über die allgemeine Wehrpflicht hinausgehende Pflicht des einzelnen und damit des Zivildienstpflichtigen zur Teilnahme an der ULV enthält der Art. 9 a B-VG nicht. Auch das Wort „Ersatzdienst“ im Abs. 3 ist – entgegen *Raschauer* –¹²¹ kein Indiz dafür: Die EB der RV zur B-VG-Novelle, mit der Art. 9 a ins B-VG eingefügt wurde,¹²² verweisen auf § 2 Abs. 1 ZDG. In den Materialien zum ZDG wiederum heißt es ausdrücklich: „Der Wert der beiden Dienste für die Republik Österreich und ihre Bevölkerung“ (also nicht: für die ULV) „soll der gleiche sein, auch wenn die Dienste auf verschiedenen Gebieten geleistet werden.“¹²³ Wenn schließlich der Gesetzgeber den Zivildienst als Ersatzdienst im Rahmen der ULV verstanden hätte, hätte er im § 3 ZDG wohl schwerlich hauptsächlich Tätigkeiten außerhalb der ULV als Inhalt des Zivildienstes angeordnet.

Alles das zwingt zu dem Schluß, daß weder der einzelne Zivildienstpflichtige zu einem Beitrag zur ULV verfassungsrechtlich verpflichtet ist, noch auch das in der Verfassung verankerte Staatsziel „umfassende Landesverteidigung“ dem Gesetzgeber die Normierung einer derartigen Pflicht gebietet. Solche Pflichten kann man sich wünschen, aber die Verfassung schreibt sie genausowenig vor, wie sie sie verbietet. Dem einfachen Gesetzgeber steht es also grundsätzlich frei, den Zivildienst in die ULV (auch teilweise) einzubeziehen oder nicht.¹²⁴

Wenn sich der Gesetzgeber aber dazu entschließt, den Zivildienst innerhalb der ULV anzusiedeln, sind ihm auch dabei die dem Grundrecht auf Wehrdienstverweigerung entspringenden Schranken gesetzt: Auch ein Zivildienst innerhalb der ULV darf nicht die Anwendung von Waffengewalt vorsehen.

3. Ausgewählte Probleme der Ausgestaltung des Zivildienstes

Als Frage stellt sich uns nun, wie darf, bzw. muß der Zivildienst *inhaltlich* ausgestaltet sein, um grundrechtsgemäß

¹¹⁸ Wohl aber sprechen kompetenzrechtliche Bedenken dagegen; vgl. *Fessler-Stumpf*, Zivildienstgesetz (FN 15) 15 f.

¹¹⁹ EB zur RV 603 BlgNR 13. GP, 3.

¹²⁰ Insofern verfehlt *Raschauer*, Verfassungsfragen (FN 41) 12; siehe auch unten Teil VI.3. zum „Wesensgehalt“ des Grundrechts in bezug auf planmäßige Vorbereitung und Unterstützung von Waffengewalt.

¹²¹ *Raschauer*, Verfassungsfragen (FN 41) 12 f.

¹²² 1461 BlgNR 13. GP, 6.

¹²³ 603 BlgNR 13. GP, 18 (Hervorhebung der Autoren).

¹²⁴ Es sind allerdings Situationen denkbar, in denen die Einbeziehung der Zivildienstverpflichtigen verfassungsrechtlich geboten erscheint: Wenn nämlich der Nachweis erbracht wird, daß sie das *einzigste Mittel* zur Erreichung des Staatszieles „umfassende Landesverteidigung“ darstellt; daß also 1. die ULV ohne den Beitrag der Zivildienstverpflichtigen nicht effektiv wäre und 2. ihre Einbeziehung sie effektiv machen würde.

zu sein? Anders gesagt, wie schaut der Inhalt des zweiten Teiles des Grundrechtes auf Befreiung von der Wehrpflicht, nämlich das Recht auf eine ganz bestimmte Art von Zivildienst, aus?

§ 2 (1) ZDG setzt als konstitutives Merkmal für den Zivildienst die *Nichtanwendung von Waffengewalt gegen andere Menschen*, das heißt, der Zivildienst darf in seiner konkreten inhaltlichen Ausgestaltung den Gewissensgründen, die zur Befreiung von der Wehrpflicht führen, nicht widersprechen.¹²⁵

Was ist nun der Bedeutungsgehalt des Merkmales „Nichtanwendung von Waffengewalt gegen andere Menschen“? Vorauszuschicken ist, daß es keine Entscheidung des VfGH zur Frage der Ausgestaltung des Zivildienstes gibt. Eng interpretiert müßte es sich um einen Dienst handeln, der keinerlei Tätigkeiten mit Waffen im „technischen“ Sinn umfaßt.¹²⁶ Diese Sichtweise wäre allerdings nicht über die einschränkende Rechtslage vor dem ZDG hinausgehend. Denn die Neuregelung der Wehrdienstverweigerung, mündend im ZDG, bezweckte ja gerade – wie schon oben erwähnt¹²⁷ – die faktische Einschränkung der Gewissensentscheidung, die für den Diener ohne Waffe nach § 27 (2) WehrG durch die funktionelle und organisatorische Nähe zum Bundesheer gegeben war, zu beseitigen.¹⁸

An die *organisatorische* und vor allem an die *funktionelle Nähe* zum Bundesheer bzw. zur militärischen Landesverteidigung (MLV), die ja gem. Art. 79 (1) B-VG dem Bundesheer obliegt, ist bei der Interpretation des Merkmales „Nichtanwendung von Waffengewalt gegen andere Menschen“ anzuknüpfen. § 3 ZDG geht sogar noch weiter. In seiner Definition der Dienstleistungen, die der Zivildienstpflichtige zu erbringen hat, stellt er auf die Nichtanwendung von *Gewalt*¹²⁸ gegen andere Menschen ab. Hier mit Erklärungsmodellen wie dem Begriff der strukturellen Gewalt zu operieren, erscheint zu weit hergeholt.

Wir halten es für sinnvoll, eine Erklärungsfigur heranzuziehen, die dem Rechtssystem immanent ist. Als brauchbar erweist sich da einmal die Übernahme des Einheitstäterbegriffes nach § 12 Strafrechtsgesetzbuch (StGB); dies deshalb, weil die Art der Ausgestaltung des Zivildienstes, charakterisiert durch die Nichtanwendung von Waffengewalt gegen andere Menschen, in seiner begrifflichen Konstruktion Strafrechtstatbeständen sehr ähnlich ist.

Nach § 12 StGB begeht nicht nur der unmittelbare Täter die strafbare Handlung, sondern auch jeder, „... der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt“. Übertragen auf den Grundrechtsbereich des Zivildienstes bedeutet das, daß nicht nur „unmittelbare“ Anwendung von Waffengewalt verfassungsmäßig als Inhalt des Zivildienstes ausgeschlossen ist, sondern auch jede Tätigkeit, die „sonst“ dazu beiträgt, daß Waffengewalt gegen andere Menschen angewendet wird. Es geht also um Formen der Beteiligung, die ebenso erfaßt werden sollen; es sollen auch Tätigkeiten miteingeschlossen werden, die in irgendeiner erheblichen und zurechenbaren Weise dazu beitragen, daß es zur Anwendung von Waffengewalt kommt. Insbesondere fällt darunter *jede Förderung der Ausführung der „Tat“*, sprich Anwendung von Waffengewalt.

Als nächster Schritt müssen nun Kriterien gefunden werden, die die Beteiligungsformen sinnvoll eingrenzen und Endloskausalitäten verhindern. Als brauchbar erweist sich die Lehre von der *Adäquanz*, wie wir sie aus dem Schadenersatzrecht zur Begrenzung von Endloskausalitätsketten kennen. Adäquanz liegt demnach vor, wenn das Schadensereignis die objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art des eingetretenen Erfolges generell in nicht unerheblicher Weise erhöht.¹²⁹

Übertragen auf die Frage nach dem grundrechtlich gebotenen Inhalt des Zivildienstes heißt das, daß Beteiligung an

der Anwendung von Waffengewalt gegen Menschen dann vorliegt, wenn der konkrete Zivildienst die objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art des eingetretenen – sprich die Anwendung von Waffengewalt – generell in nicht unerheblicher Weise erhöht. Zivildienstleistungen, die die MLV stützen oder deren Möglichkeit erhöhen, sind auch noch als „Anwendung von Waffengewalt gegen andere Menschen“ zu sehen. Wir kommen somit zum Schluß, daß ein *Zivildienst*, wenn er *objektiv vorhersehbar als Funktion der MLV auftritt*, *verfassungswidrig* ist. Dienstleistungen, die objektiv vorhersehbar für eine wirksame militärische Verteidigung eingeplant sind, kommen aus verfassungsmäßigen Gründen nicht als Inhalt des Zivildienstes in Frage, auch wenn sie weder im Bundesheer zu leisten sind, noch in einer unmittelbaren Anwendung von Waffengewalt bestehen.

Es müssen zwei Arten von Fällen der Verletzung des Grundrechtes auf Befreiung von der Wehrpflicht unterschieden werden. Erstens Leistungen, die in den Bereich der Planung von MLV fallen, also in Friedenszeiten Bestandteile des Aufbaus einer wirksamen MLV sind, und zweitens Leistungen, die im Kriegsfall stützende Funktionen der MLV übernehmen. Für den ersten Bereich kommen Tätigkeiten im Rahmen des ordentlichen Zivildienstes und die Ausgestaltung des Grundlehrganges in Frage, für den zweiten Bereich der außerordentliche Zivildienst.

a) Ordentlicher Zivildienst (oZD)

Der erste Bereich, der auf die Kriterien einer funktionellen und organisatorischen Nähe zur MLV zu untersuchen ist, ist der *oZD*. Als Beispiel wären Versorgungsvorkehrungen als Vorbereitungsmaßnahmen im Frieden, die für eine unverzügliche und wirksame militärische Reaktion beim Eintritt eines der in der Entschließung des NR über die Verteidigungsdoktrin (1975) genannten Bedrohungsfälle,¹³⁰ zu nennen. Solche *Versorgungsvorkehrungen*, die eine militärische Verteidigung stützen, sind als Inhalt eines ordentlichen Zivildienstes grundrechtlich ausgeschlossen, da sie eben in funktioneller Nähe zur MLV und so zur „Anwendung von Waffengewalt gegen andere Menschen“ stehen.

Weiters wäre der Einsatz von Zivildienern beim *Bau von militärischen Befestigungsanlagen* (z. B. Bau von Kasernen und Militärflughäfen) zu nennen. Es handelt sich auch hier um eine nicht direkte Anwendung von Waffengewalt gegen Menschen. Im Sinne unserer Interpretation aber ist die Errichtung von militärischen Befestigungsanlagen eine Form der Beteiligung an der Anwendung von Waffengewalt anderer, die auf Grund ihrer funktionellen Nähe und planmäßigen Ausgestaltung zur MLV deren Möglichkeiten objektiv vorhersehbar erhöht.

Auch der Einsatz im Rahmen des ordentlichen Zivildienstes bei *Post* und *Bahn* erscheint dann fragwürdig, wenn Bahn und Post im Konfliktfall als Hilfseinrichtungen für die MLV eingesetzt werden, weil das Bundesheer über zu wenig eigene Einrichtungen verfügt.¹³¹

¹²⁵ Fessler-Stumpf, Zivildienstgesetz (FN 15) 22 bzw. EB zur RV 603 BlgNR 13. GP, 20.

¹²⁶ So Raschauer, Verfassungsfragen (FN 41) 9.

¹²⁷ Vgl. Teil II.

¹²⁸ Unter Gewalt wird im StGB folgendes verstanden: „Gewalt ist die Anwendung körperlicher Kraft, technischer Mittel oder chemischer Mittel gegen einen Menschen.“ Foregger-Serini, Strafrechtsgesetzbuch² (1978), 191.

¹²⁹ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht (1980) I 144.

¹³⁰ In Ermacora-Kopf-Neisser, Wehrrecht (FN 33) I 5.

¹³¹ In diesem Zusammenhang muß auch das Problem der Stellvertreterfunktion von Zivildienern erwähnt werden. Es erscheint zumindest fragwürdig, wie weit nicht auch eine „Anwendung von Waffengewalt gegen andere Menschen“ gegeben ist, wenn Zivildienner als planmäßig vorgesehener Ersatz für die im Kriegsfall zum Wehrdienst und damit zur Anwendung von Waffengewalt herange-

Zwei *Rechtsmittel* kommen gegen derartige Grundrechtsverletzungen in Betracht:

Der Zivildienstpflichtige kann den *Zuweisungsbescheid* des BMI nach § 8 ZDG beim VfGH wegen Verletzung des Grundrechts auf Befreiung von der Wehrpflicht nach § 2 (1) ZDG bekämpfen, wenn der Zivildienstpflichtige im Zuweisungsbescheid zu Leistungen verpflichtet wird, die im Sinne unserer Auslegung dem verfassungsrechtlichen Gebot der „Nichtanwendung von Waffengewalt gegen andere Menschen“ bei der konkreten Zivildienstleistung widersprechen, bzw. es verletzen.¹³²

Weiters besteht für den Zivildienstler nach Antritt des oZD und bei Weisung seines jeweiligen Vorgesetzten, eine nicht dem Wesen des Zivildienstes entsprechende Dienstleistung zu erbringen, die Möglichkeit, sich straflos (§ 64 Abs. 2 Ziff. 5 ZDG) der Weisung zu widersetzen. Eine unter Umständen darauffolgende Verwaltungsstrafe nach § 64 (1) ZDG durch die Bezirksverwaltungsbehörde kann nach Erschöpfung des Instanzenzuges (2. Instanz Landeshauptmann – mittelbare Bundesverwaltung) beim VfGH angefochten werden, auch mit dem Hinweis auf Verletzung des Grundrechts auf Befreiung von der Wehrpflicht nach § 2 (1) ZDG. Die Beschwerdemöglichkeit nach § 37 (1) ZDG an die ZDOK bleibt auch offen, nur ist sie auf Grund ihrer Rechtsfolgen (Empfehlungen der ZDOK an den BMI) nicht sehr effizient.

b) Grundlehrgang (GLG) nach § 18 a ZDG

§ 18 a ZDG legte mit der Novelle 1980 die Einrichtung eines GLG fest:

„Der Zivildienstleistende ist während des ordentlichen Zivildienstes vom Bundesministerium für Inneres einem Grundlehrgang zu unterziehen, soweit dieser für die Leistung eines außerordentlichen Zivildienstes nach § 21 (1) erforderlich ist.“

Die nähere Ausgestaltung des GLG erfolgte durch Verordnung des BMI im Einvernehmen mit dem Hauptauschuß des NR.¹³³ Aufgabe des GLG ist es, den Zivildienstleistenden jene Fertigkeiten und grundsätzlichen Informationen zu vermitteln, die sie im Falle eines außerordentlichen Zivildienstes und zwar für einen Einsatz bei ... außerordentlichen Notständen (§ 21 (1) 1. Satz ZDG) benötigen.¹³⁴ Inhaltlich bringt der GLG ein Curriculum von verschiedenen Lehrblöcken.¹³⁵ Als Beispiele seien der Sanitätsdienst, Selbstschutz und Katastrophenschutz angeführt.

Auch der GLG als Teil des oZD ist nach den oben angegebenen Kriterien für die grundrechtlich zulässige Ausgestaltung des Zivildienstes zu untersuchen. Die Prüfung des GLG muß eng an die Prüfung des *außerordentlichen Zivildienstes* (aoZD) anknüpfen. Ist der aoZD in einer funktionalen oder organisatorischen Nähe zur MLV anzusiedeln, so trifft seine grundrechtsverletzende Ausgestaltung ebenso den GLG, der die Einschulung für den aoZD zu besorgen hat. So könnten einzelne Lehrinhalte (die Warn- und Alarmdienste, Sanitätsstationen und Nospitäler) im Hinblick auf eine Anwendung im Falle eines außerordentlichen Zivildienstes als militärischer Hilfsdienst grundrechtsverletzend sein. Der Gesetzgeber will zwar den aoZD gerade nicht als militärischen Hilfsdienst verstanden wissen,¹³⁶ bleibt aber – wie unten zu zeigen ist – eine klare Definition des aoZD schuldig.

So ist die Prüfung der Grundrechtsmäßigkeit des GLG in unerträglicher Weise auf Vermutungen und Prognosen angewiesen. Als Rechtsmittel bei etwaigen Grundrechtsverletzungen durch die Vollziehung des GLG als Vorbereitung zu einem nicht grundrechtsgemäßen aoZD kämen die oben beim oZD zitierten Wege zur Anwendung, da der GLG ja ein Teil des oZD ist.

c) Außerordentlicher Zivildienst

In § 21 (1) ZDG heißt es zum aoZD:

„Der BMI hat Zivildienstpflichtige bei außerordentlichen Notständen (insbesondere in Zeiten, in denen Wehrpflichtige zur Leistung des außerordentlichen Präsenzdienstes einberufen werden) ... zur Leistung des außerordentlichen Zivildienstes zu verpflichten.“

Auch und gerade der aoZD muß an den gleichen Kriterien der Grundrechtsmäßigkeit gemessen werden wie der oZD und der GLG. Denn der Zivildienstpflichtige kommt bei Leistung des außerordentlichen Zivildienstes unter Umständen der „Anwendung von Waffengewalt gegen andere Menschen“ wohl am nächsten. Sowohl das Gesetz, wie auch die RV lassen die Art der außerordentlichen Notstände unklar.¹³⁷ Als außerordentliche Notstände kommen aber analog zum WehrG hauptsächlich, wenn nicht ausschließlich Fälle der militärischen Bedrohung in Frage.¹³⁸

Es treten beim aoZD all die verfassungsrechtlichen Bedenken wieder auf, die oben beim oZD geäußert wurden, ja sie treten sogar in einem noch stärkeren Maße auf, geht doch der aoZD über Einschulungs- und Vorbereitungsmaßnahmen hinaus und erreicht so eine größere Möglichkeit der Beteiligung an der MLV.

Notwendig wäre eine Legaldefinition der außerordentlichen Notstände und der geplanten Einsatzfelder für Zivildienstler beim aoZD, denn nur dann wäre – wie schon oben gesagt – eine genauere Betrachtung unter Grundrechtsaspekten möglich.

d) Exkurs: Die Anerkennung geeigneter Einrichtungen als Trägerorganisationen für den Zivildienst

§ 4 ZDG normiert das Anerkennungsverfahren für Einrichtungen, die als *Träger des Zivildienstes* auftreten wollen. Die Anerkennung setzt einen Antrag des Rechtsträgers der Einrichtung voraus. Die *Anerkennung* erfolgt durch *Bescheid* des Landeshauptmannes. Vor Erlassung des Bescheides hat der Landeshauptmann ein Gutachten der ZDOK einzuholen. Langt dieses Gutachten binnen zwei Monaten nicht ein, kann der LH seine Entscheidung ohne Gutachten treffen (§ 4 (5) ZDG). Voraussetzungen für die Anerkennung sind:

– Es muß sich um eine Einrichtung einer *juristischen Person* handeln (Bund, Länder, Gemeinden, sonstige öffentlich-rechtliche Körperschaften oder sonstige juristische Personen, die nicht auf Gewinn berechnet sind und ihren Sitz im Inland haben – § 4 (2) ZDG).

– Die Einrichtung muß geeignet sein, das heißt überwiegend einer Tätigkeit im Sinne des § 3 ZDG dienen, weiters eine dem Wesen des Zivildienstes entsprechende Einschulung, Beschäftigung, Leitung und Betreuung der Zivildienstpflichtigen gewährleisten (§ 4 (3) ZDG).

→ zogenen Präsenzdienstler eingeschult werden. Auch hier ist auf die Kriterien der funktionalen und organisatorischen Nähe abzustellen.

¹³² Allerdings tritt dabei das Problem der Bindung des Zuweisungsbescheids an einen rechtswidrigen, aber rechtskräftigen Anerkennungsbescheid des Landeshauptmanns (s. unten VII.3.d.) auf.

¹³³ Verordnung BGBl. 1981/612; der Zeitpunkt des Beginnes des GLG wurde durch die ZDG-Novelle BGBl. 1983/575 und die Verordnung BGBl. 1983/636 auf 1. 1. 1985 verlegt.

¹³⁴ § 1 (1) VO zum GLG.

¹³⁵ § 3 VO zum GLG.

¹³⁶ EB zur RV 603 BlgNR 13. GP, 26.

¹³⁷ EB zur RV 603 BlgNR 13. GP, 26: „Die Anlässe, aus denen die Leistung eines außerordentlichen Zivildienstes verfügt wird, werden sich häufig aber durchwegs nicht stets mit denen decken, aus denen der Bundespräsident nach § 28 a Abs. 3 des Wehrgesetzes eine allgemeine oder teilweise Einberufung zum außerordentlichen Präsenzdienst verfügt hat. Ebenso werden die Zeiten, während welcher außerordentlicher Zivildienst und außerordentlicher Wehrdienst zu leisten ist, häufig, aber durchaus nicht immer zusammenfallen.“

¹³⁸ So *Ermacora-Kopf-Neisser*, Wehrrecht (FN 33) 181.

– *Geeignet* ist eine Einrichtung, wenn die Dienstleistungen, die als Zivildienst von der Einrichtung angeboten werden, dem allgemeinen Besten dienen, den Zivildienstpflichtigen ähnlich wie der Wehrdienst den Wehrpflichtigen belasten und nicht in der Anwendung von Gewalt gegen andere Menschen bestehen (§ 3 (1) ZDG). Die Gebiete, auf denen die Dienstleistungen erbracht werden sollen, sind im § 3 (2) ZDG demonstrativ aufgezählt. Dazu zählen z. B. Dienst in Krankenanstalten, Rettungswesen, Sozialhilfe, Katastrophenhilfe, Zivilschutz und sonstige Tätigkeiten im Rahmen der zivilen Landesverteidigung.

Diese an sich eher unscheinbaren einfachgesetzlichen Bestimmungen über die Anerkennung von Einrichtungen als Zivildienststräger bergen aber doch einigen Zündstoff in sich, entscheidet doch der Landeshauptmann mit Anerkennung einer Einrichtung als Zivildienst-Trägerorganisation auch materiell über die Ausgestaltung des konkret zu leistenden Zivildienstes mit. Und dieser Bereich liegt durchaus im Schutzbereich des Grundrechtes.

Einerseits stellt die nur demonstrative Aufzählung des § 3 (2) ZDG die Möglichkeit dar, den Zivildienst auf Bereiche wie etwa Friedensdienste und friedenspädagogische Arbeiten auszuweiten.¹³⁹ Die Ausweitung in diese Richtung käme einer Einrichtung des Zivildienstes als Alternativdienst im materiellen Sinn nahe.¹⁴⁰

Andererseits muß wohl der Gehalt des § 2 (1) ZDG als *verfassungsgesetzliche Schranke für eine Ausweitung der Anerkennung* auf nicht in § 3 (2) aufgezählte Gebiete angesehen werden. Es darf kein Dienst sein, der in der Erfüllung der Wehrpflicht nach dem WehrG besteht, wie auch inhaltlich nicht die Möglichkeit in sich bergen, Waffengewalt gegen andere Menschen anzuwenden.¹⁴¹ Eine Anerkennung des Bundesheeres als geeignete Einrichtung im Sinne des § 3 ZDG ist somit verfassungsrechtlich ausgeschlossen, was sich auch aus der einfachgesetzlichen Bestimmung des § 2 (2) ZDG ergibt.^{142, 143} Daß auch Dienste, die *nicht* in der *direkten* Anwendung von Waffengewalt gegen andere Menschen bestehen, vom Schutzbereich des § 2 (1) ZDG erfaßt sind, wurde oben zu zeigen versucht.

Was geschieht nun, wenn eine Einrichtung vom Landeshauptmann mit Bescheid als Zivildienst-Trägerorganisation anerkannt wird, die den Voraussetzungen des § 3 ZDG und § 4 ZDG nicht entspricht? Der Rechtsträger, als durch den Bescheid ausschließlich Begünstigter, wird dagegen kein Rechtsmittel ergreifen.

In den grundrechtlich relevanten Bereich gelangt der Fall erst mit dem Zuweisungsbescheid des Innenministers an den Zivildienstpflichtigen nach § 8 (1) ZDG an eine nach § 4 ZDG rechtswidrig anerkannte Einrichtung.

Der Zivildienstpflichtige hat einerseits die Möglichkeit einer VfGH-Beschwerde gegen den *Zuweisungsbescheid* wegen Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Grundrechtes auf Befreiung von der Wehrpflicht nach § 2 (1) ZDG. Voraussetzung wäre die Zuweisung an eine Einrichtung, die, in den zu leistenden Diensten, die Möglichkeit in sich birgt, Gewalt gegen andere Menschen anzuwenden oder in einer Tätigkeit, die in der Erfüllung der Wehrpflicht nach WehrG, besteht. Zu erwähnen ist auch die Möglichkeit einer Beschwerde beim VwGH wegen Rechtswidrigkeit des Bescheides, wenn die Anerkennung nicht gegen die inhaltlichen Schranken des § 2 (1) ZDG verstößt, wohl aber z. B. eine der anderen Voraussetzungen der §§ 3 und 4 ZDG nicht vorliegt, z. B. im Falle der Zuweisung an eine gewinnorientierte Firma. Der Beschwerdeführer ist hier in seinem subjektiven Recht auf Zuweisung an eine gem. § 4 ZDG anerkannte Einrichtung gem. § 8 ZDG verletzt, der auf § 4 ZDG statisch verweist.

e) *Exkurs: Möglichkeiten der Grundrechtsbeschränkungen bei Ausübung des Zivildienstes*

In Zusammenhang mit den Problemen, die bei der Ausgestaltung des ZD auftreten, ergibt sich auch die Frage nach dem Charakter des ZD als „*besonderes Gewaltverhältnis*“ und weiter nach damit verbundenen Grundrechtseinschränkungen bei Ausübung des ZD.¹⁴⁴ Hier ist nicht der Ort, um diesen Problemkreis eingehend zu untersuchen. Wir möchten nur einige skizzenhafte Überlegungen dazu anstellen.

Unabhängig davon, ob man den ZD als „*besonderes Gewaltverhältnis*“ bezeichnet (was immer dieser in der österreichischen Lehre sehr umstrittene Terminus bedeutet), sollte die Überprüfung an den einzelnen Rechten und Pflichten des Zivildienstpflichtigen anknüpfen, um etwaige damit verbundene Grundrechtseinschränkungen festzustellen. Wobei als nächster Schritt nach dem Vorliegen eines Gesetzesvorbehaltes des jeweiligen Grundrechtes bzw. nach der Notwendigkeit interpretativer Grundrechtseinschränkung gefragt werden müßte.

Als grober Befund kann gesagt werden, daß bei Ausübung des ZD *Grundrechtseinschränkungen* wohl in geringerem Maße auftreten als etwa im Wehrrecht. Gründe dafür sind einerseits die traditionelle und zum Teil vorrechtsstaatliche Ausrichtung des Wehrrechts, andererseits die unterschiedliche Aufgabenstellung beider Bereiche. Dem Bundesheer ist als Verfassungsauftrag die MLV zugewiesen, eine Funktion, die nach herrschendem wehrstrategischen Verständnis vor allem durch eine straff organisierte Befehlshierarchie und strenge Disziplinierung zu erfüllen ist, während dem ZD eine derart klar umschriebene Funktion fehlt.

VIII. RECHTSPOLITISCHE ERWÄGUNGEN

Die Probleme, die das noch junge Grundrecht auf Befreiung von der Wehrpflicht in seiner derzeitigen gesetzlichen Ausgestaltung aufwirft, sind, wie gezeigt worden ist, sehr vielschichtig. Es steht überdies in öffentlicher Diskussion.¹⁴⁵ *Rechtspolitisch* geht es insbesondere um zwei Probleme, nämlich um das *Anerkennungsverfahren* und die *Ausgestaltung des Zivildienstes*.

1. Das Anerkennungsverfahren

Wir halten die oben zitierte Ansicht¹⁴² des seinerzeitigen BMI *Lanc* für richtig, daß Organwalter bei der *Prüfung von Gewissensgründen* für eine Verweigerung des Wehrdienstes überfordert sind. Aus diesem Dilemma gibt es drei Wege. Der erste (und der wäre logisch wohl konsequent) wäre die ersatzlose Abschaffung des Anerkennungsverfahrens, der zweite die Abschaffung des Anerkennungsverfahrens bei gleichzeitiger Einführung von „*Hemmschwellen*“ für die Entscheidung, Zivildienst zu leisten, der dritte eine Reform

¹³⁹ In diesem Sinne ist auch der Bericht der Bundesregierung gem. Art. III ZDG-Novelle 1980, 5 zu verstehen; ähnlich *Fessler-Stumpf*, Zivildienstgesetz (FN 15) 22.

¹⁴⁰ Als Alternativdienst gilt im herkömmlichen Sinn der Zivildienst bei völliger Wahlfreiheit zwischen Wehr- und Ersatzdienst.

¹⁴¹ *Fessler-Stumpf*, Zivildienstgesetz (FN 15) 22.

¹⁴² *Fessler-Stumpf*, Zivildienstgesetz (FN 15) 21.

¹⁴³ Anderer Meinung ist *Raschauer*, Verfassungsfragen (FN 41) 12, der § 2 Abs. 2 ZDG für verfassungswidrig und einen Dienst ohne Waffe im Bundesheer für möglich hält.

Das Bundesheer erfüllt übrigens auch die Anerkennungsvoraussetzungen des § 4 ZDG nicht, der fordert, daß die Einrichtung überwiegend einer Tätigkeit im Sinne des § 3 ZDG dient.

¹⁴⁴ Zum ZD gibt es für diese Fragen keine eingehenden Arbeiten. Für den Bereich des Wehrrechts siehe *Geistlinger*, Wehrpflicht und Grundrechte, ÖZöR 1982, 75, sowie *Szekulics*, Von „*besonderen Gewaltverhältnissen*“ zu „*besonderen Rechtsverhältnissen*“ (mit dem Beispiel des Wehrrechts), JBl. 1984, 231; beide mit weiteren Nachweisen.

¹⁴⁵ Z. B. „*Kurier*“ v. 18. 8. 1983, 2; „*Die Furche*“ v. 30. 3. 1983, 4 und v. 4. 1. 1984, 5; „*Die Presse*“ v. 27. 9. 1983, 1; „*Profil*“ v. 27. 9. 1983, 32.

des Anerkennungsverfahrens, die freilich das Grundübel der Fragwürdigkeit der Prüfung des Gewissens nur lindern, aber nicht beseitigen kann.

In der derzeitigen Form beschränkt sich das Verfahren vor der Kommission auf eine mehr oder weniger subtile Rhetorikprüfung mit einer Unterlegung von zweifelhaften Wissensfeststellungen, die gleichzeitig die Chancen des Zugangs ungerecht verteilt.¹¹¹ Bis zu einer rechtsstaatlichen Kontinuität, Berechenbarkeit oder einer befriedigenden Schlüssigkeit der Ergebnisse dieses Verfahrens ist noch ein Stück zu gehen.

Die Angst vor dem Ausufern der Zivildienierzahlen in verteidigungspolitisch nicht mehr kontrollierbare Dimensionen bei einer ersatzlosen Abschaffung des Anerkennungsverfahrens und völliger Wahlfreiheit zwischen Wehr- und Zivildienst¹¹³ müßte konkretisiert werden. Erstens einmal gelte es zahlenmäßig zu erheben, wie viele Zivildienner es dann wirklich wären (in prognostischen Verfahren der empirischen Sozialforschung).¹⁴⁶ Ob die Befürchtung eines Explodierens der Zivildiennerzahlen realistisch ist, ist auch dahingehend fraglich, da Österreich einer Statistik der Österreichischen Politischen Korrespondenz zufolge ja jetzt schon das zivildienstfreundlichste Land Europas sein soll und auch die Erweiterung des Antragsrechts und Verbesserung des Rechtsschutzes durch Einführung der ZDOK mit der Novelle 1980 kein Ansteigen der Zivildiennerzahlen brachte. Zweitens müßten Fragen der verteidigungspolitischen Effektivität bzw. der dazu benötigten Zahl an Präsenzdienern, die ja meist an Fragen des Zivildienstes angekoppelt werden, offen diskutiert werden, um diese Angst von einem diffusen Dauerargument gegen die Abschaffung des Anerkennungsverfahrens zu einer (be)greifbaren und damit einer politischen Auseinandersetzung zugänglichen Diskussionsgrundlage zu machen.

Die *Bundesrepublik Deutschland* geht den zweiten Weg.¹⁴⁷ Doch scheint auch hier die Lösung nicht glücklich. Das mündliche Anerkennungsverfahren ist zwar ausgesetzt, die Hürden zur Sichtbarmachung der „echten Verweigerer“ mit einer Verlängerung des Ersatzdienstes um ein Drittel, Tendenz zu heimatfernem Einsatz sowie zur Unterbringung in besonderen Unterkünften sind gesetzt, doch bleibt nach wie vor eine „Schlüssigkeitsprüfung“ des Antrages auf Befreiung vom Kriegsdienst bestehen. Also besteht hier letztlich die Verbindung von verfahrenstechnischen Schranken über die Schlüssigkeitsprüfung und einer „lästigen“ Ausgestaltung des Ersatzdienstes.

Wenn schon Streichung des Anerkennungsverfahrens, dann eben ersatzlos und ohne Hintertür. Da jede inhaltliche Auseinandersetzung mit den „echten“ Gewissensgründen des Antragstellers als Kriterium der Verweigerung des Wehrdienstes problematisch bleibt und in subjektiven – und damit oft ungerechten – Gründen für Anerkennung oder Ablehnung verhaftet ist, bietet sich eine Anknüpfung an rein objektiv erkenn- und vorhersehbare Umstände bei der Ausgestaltung des Zivildienstes als sinnvoll an. Möglichkeiten dazu sind die Verlängerung des Zivildienstes gegenüber dem Wehrdienst,¹⁴⁸⁻¹⁴⁹ obwohl hier dann wieder die Gleichheitsproblematik auftaucht,¹³ die uns aber erträglicher erscheint, weil sie wenigstens abschätzbar ist, weiters eine finanzielle Aufwertung des Präsenzdienstes^{150, 151, 152} oder die Tendenz zum heimatfernen Zivildienst. Verfassungsrechtlich sicherlich unzulässig sind Erschwernisse, die über die Leistung des Zivildienstes hinausgehen, wie etwa verminderte Anstellungschancen im öffentlichen Dienst.

Der dritte Weg ist eine Reform des Anerkennungsverfahrens, die aber letztlich nur als die Verbesserung einer Übergangslösung bezeichnet werden kann. Zweckmäßig wäre die Umkehr der Beweislast des § 6 (2) ZDG. Sichergestellt müßte es ferner sein, daß die ZDK – ähnlich wie beim amtswegigen Widerruf der Befreiung von der Wehrpflicht nach

§ 5 a (3) ZDG – die Gewissensgründe amtswegig erforscht; es muß nämlich der unbefriedigende Zustand beseitigt werden, daß Antragsteller abgelehnt werden, weil sie entweder rhetorisch schwächer oder im Glauben sind, die Kommission werde sie schon ausführlich befragen, oder einfach nicht ausreichend für das Verfahren „eingeschult“ sind.

Eine weitere Verbesserung wäre im Bereich der Ruhensbestimmungen des § 5 ZDG zu treffen. Die Regelung sollte dahingehend geändert werden, daß auch 10 Tage nach Erhalt des ersten wirksamen Einberufungsbefehls ein Antragsrecht bestehen bleibt. Der Präsenzdienst wäre dann so lange zu leisten, bis der Antragsteller als Zivildienner anerkannt ist. Allerdings müßte dazu das Verfahren beschleunigt werden und die Entscheidung rascher erfolgen, da eine solche Neue-

¹⁴⁶ Im Bericht des BMI (s. LV) über die Jahre 1981 und 1982 (Beilagen 2 und 5) gibt es *statistisches Material* zu der *Entwicklung der Zivildiennerzahlen* in Österreich.

Jahr	1975	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982
taugliche Wehrpflichtige	50 593	51 306	52 541	70 318	70 062	59 190	56 217	54 099
gestellte Anträge	2 481	2 015	2 259	2 914	3 796	4 011	4 041	4 242
anerkannte ZD-Pflichtige	1 257	1 439	1 477	1 994	2 489	3 188	2 826	2 909
Verhältnis der tauglichen Wehrpfl. zu anerkannten ZD in %	2,48	2,80	2,81	2,83	3,55	5,38	5,02	5,37

(Beilage 2)

Wobei die Verhältniszahlen der tauglichen Wehrpflichtigen zu den anerkannten Zivildiennern insofern vorsichtig zu beurteilen sind, als ZD-Antragsteller sich aus mehreren Geburtsjahrgängen rekrutieren und auch Antragsteller miteinbezogen sind, die ihren Wehrdienst schon abgeleistet haben.

Der Stand an Zivildienstpflichtigen wird in Beilage 5 bis 31. 12. 1982 mit 20212 angegeben.

Leider finden sich in den verschiedenen Berichten keine genauen Angaben über die Zahl der VfGH-Beschwerden wegen behaupteter Verletzung des Grundrechts auf Befreiung von der Wehrpflicht. Nach persönlichen Nachforschungen gab es bis 30. 6. 1983 ca. 50 VfGH-Beschwerden wegen behaupteter Verletzung des Grundrechts auf Befreiung von der Wehrpflicht, die Anlaßfälle für Gesetzesaufhebungen ausgenommen.

¹⁴⁷ Dazu: *Günther*, Altes und Neues im Recht der Kriegsdienstverweigerung, DVBl. 1983, 1083; *Berg*, Neue Fragen zum Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung, JA 1983, 632; *Steinlechner*, Das neue Kriegsdienstverweigerungsrecht, NJW 1983, 1827; *Schumacher*, Die Neuregelung des Rechts der Kriegsdienstverweigerung, DÖV 1983, 918; zur alten Lage z. B.: *Dörig*, Gewissensfreiheit und Diskriminierungsverbot als Grenzen einer Neugestaltung des Art. 12 a Abs. 2 GG (1981). *Kroells*, Kriegsdienstverweigerung. Das unbenutzte Grundrecht (1980), alle m. w. N.

¹⁴⁸ Vgl. Punkt 5 der Entschließung des Europäischen Parlaments v. 7. 2. 1983 (EuGRZ 1983, 141), nach der die Dauer des Ersatzdienstes die Dauer des Wehrdienstes „nicht überschreiten“ dürfte.

¹⁴⁹ Zu beachten bleibt freilich auch, daß eine zu krasse Verlängerung des Zivildienstes einen grundrechtlich wohl nicht zulässigen Druck auf die Gewissensentscheidung des einzelnen ausüben würde.

¹⁵⁰ Die Möglichkeit des verlängerten Grundwehrdienstes bedeutet bei der derzeitigen Arbeitsmarktlage eine Bevorzugung des Wehrdienstes.

¹⁵¹ So etwa in Dänemark: Zivildienner werden schlechter bezahlt und dienen länger; *Dörig*, Gewissensfreiheit (FN 147) 131 ff.

¹⁵² In Dänemark hat die finanzielle Besserstellung der Wehrdiener zu einem Sinken der Verweigerungszahlen geführt; *Dörig*, Gewissensfreiheit (FN 147) 195.

rung ansonsten ins Leere ginge.¹⁵³ Der rechtstechnische Trick mit der statischen Verweisung des § 2 (1) ZDG und der daraus resultierenden Verfassungsqualität von § 5 (1) ZDG wäre aufzuheben.

2. Die Ausgestaltung des Zivildienstes

Zweiter Bereich, der einer genaueren rechtspolitischen Betrachtung unterzogen werden muß, ist die *Ausgestaltung des oZD* bzw. des *aoZD*. Um jedwede Mißverständnisse auszuschließen,¹⁵⁴ erscheint es angebracht, den § 2 (2) ZDG in Verfassungsrang zu heben, also die Leistung des Zivildienstes außerhalb des Bundesheeres explizit unter verfassungsmäßigen Schutz zu stellen. Weiters diene es der Klarstellung, wenn in § 3 (2) ZDG beim Punkt „Katastrophenhilfe, Zivilschutz und sonstige Tätigkeiten im Rahmen der zivilen Landesverteidigung“ der Zusatz angebracht wäre: „ausgenommen jene Bereiche, die auf Grund ihrer funktionalen Nähe zur militärischen Landesverteidigung den Gewissensgründen des § 2 (1) widersprechen“.

Im Hinblick auf den Aspekt der funktionalen Nähe zur MLV sollte das Curriculum des *Grundlehrganges* reformiert werden. Ferner wäre es zweckmäßig, die Fälle bzw. Aufgaben des außerordentlichen Zivildienstes im ZDG zu definieren und es nicht bei der vagen Formulierung des § 21 ZDG zu belassen.

Angebracht wäre es, die Anrufung des *VwGH* gegen Bescheide der ZDOK ausdrücklich für zulässig zu erklären, um den Rechtsschutz auch auf unterverfassungsrechtliche Verletzungen auszudehnen.¹⁵⁵

¹⁵³ Von der Antragstellung bis zur Entscheidung der ZDK dauert es oft 8 Monate.

¹⁵⁴ Wie sie etwa bei *Raschauer*, Verfassungsfragen (FN 41) 12, vorliegen.

¹⁵⁵ Siehe unter Teil V.3.

2. Entscheidungen

Schweiz

Schweizerisches Bundesgericht (BGer), Lausanne

P 415/84 – Beschluss der I. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 16. Juli 1984

i. S. M. gegen Staatsanwaltschaft und Anklagekammer des Obergerichts des Kantons Zürich

Gegenstandslosigkeit von Haftbeschwerden

Leitsatz (des Bearbeiters):

1. Es fehlt am aktuellen praktischen Interesse an der Behandlung einer Haftbeschwerde durch das Bundesgericht, wenn der Beschwerdeführer während der Hängigkeit des bundesgerichtlichen Verfahrens aus der Haft entlassen wird. Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche wegen unrechtmässiger oder ungerechtfertigter Haft sind in diesem Fall nicht von der vorgängigen Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Haft durch das Bundesgericht abhängig (E. 2a, Änderung der Rechtsprechung).

2. Es liegen keine Umstände vor, unter denen auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses an der Behandlung der Beschwerde verzichtet wird (E.2b).

Verfassungssätze:

Art. 88 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG)
Persönliche Freiheit
Art. 5 Ziff. 5 EMRK

Sachverhalt:

M. erhob gegen die Verlängerung seiner Untersuchungshaft staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht. Während der Hängigkeit des Verfahrens wurde M. aus der Haft entlassen. Das Bundesgericht schreibt die Beschwerde als gegenstandslos geworden ab.

Erwägungen:

„(. . .) 2.– a) Nach der Rechtsprechung zu Art. 88 OG verlangt das Bundesgericht, dass der Beschwerdeführer ein aktuelles praktisches Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheides hat (BGE 109 Ia 170, 108 Ib 124, 107 Ia 139, 106 Ia 152, mit Hinweisen). Dieses Erfordernis soll sicherstellen, dass das Gericht konkrete und nicht bloss theoretische Fragen entscheidet, und es dient damit der Pro-

zessökonomie (BGE 109 Ia 170, 106 Ia 152, 104 Ia 488; *Walter Kälin*, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1984, S. 244). Im vorliegenden Fall steht ausser Zweifel, dass der Beschwerdeführer im Hinblick auf die Entlassung aus der Haft kein aktuelles praktisches Interesse mehr an der Behandlung seiner Beschwerde hat. Es stellt sich indessen die Frage, ob allenfalls in anderer Hinsicht weiterhin ein Interesse an der Feststellung der behaupteten Verfassungswidrigkeit der erstandenen Untersuchungshaft besteht.

Das Bundesgericht hat in seiner früheren Rechtsprechung ein Interesse an der materiellen Behandlung von Haftbeschwerden auch dann anerkannt, wenn die Untersuchungshaft durch Freilassung oder rechtskräftiges Urteil beendet worden war (BGE 98 Ia 100; nicht veröffentlichtes Urteil i. S. F. Sch. vom 19. Dezember 1979, zitiert bei *Robert Levi*, Schwerpunkte der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Fragen der Untersuchungshaft seit dem Beitritt der Schweiz zur Europäischen Menschenrechtskonvention, in: *Mélanges André Grisel*, Neuchâtel 1983, S. 346 f.). Es nahm an, der Betroffene sei an der Feststellung der Verfassungswidrigkeit der erstandenen Haft deshalb nach wie vor interessiert, weil er daraus allenfalls Schadenersatz- oder Genugtuungsansprüche ableiten könne und es unsicher sei, ob der mit der Klage befaste Richter die Verfassungsmässigkeit der Haft vorfrageweise überprüfe (vgl. BGE 47 I 143, 109 Ia 171, *Levi*, a.a.O., S. 347, mit weitem Hinweisen).

Im Jahre 1980 ging das Bundesgericht zu einer zurückhaltenderen Beurteilung des Interesses an Beschwerden über bereits beendete Haft über (vgl. die Darstellung bei *Levi*, a.a.O., S. 347 f.). In einem den Kanton Basel-Stadt betreffenden Fall führte es aus, aufgrund des kantonalen Rechts stehe die rechtskräftige Ablehnung eines Haftentlassungsgesuches durch die kantonalen Behörden der materiellen Beurteilung eines späteren Entschädigungsbegehrens nicht entgegen, und es verneinte daher ein Interesse an der Prüfung der