

Schriftenreihe zur  
Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung

---

Band 43

**Zur juristischen Dimension  
des Gewissens und der Unverletzlichkeit  
der Gewissensfreiheit des Richters**

Von

**Ernst E. Hirsch**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**ERNST E. HIRSCH**

**Zur juristischen Dimension des Gewissens und  
der Unverletzlichkeit der Gewissensfreiheit des Richters**

**Schriftenreihe zur  
Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung  
Herausgegeben von Ernst E. Hirsch und Manfred Rehbinder**

**Band 43**

**Zur juristischen Dimension  
des Gewissens und der Unverletzlichkeit  
der Gewissensfreiheit des Richters**

**Von**

**Ernst E. Hirsch**



**DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN**

Alle Rechte vorbehalten  
© 1979 Duncker & Humblot, Berlin 41  
Gedruckt 1979 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61  
Printed in Germany  
ISBN 3 428 04369 3

## Vorwort

Die juristische Dimension des Gewissens ist gewiß umfangreicher und tiefer, als sie in dieser Schrift dargestellt werden konnte. Der weiteren Auslotung sind jedoch keine Grenzen gesetzt, wenn man der Richtung folgt, die einzuschlagen ich für notwendig halte. Der Mensch steht als Lebewesen innerhalb der Natur, als Sozialwesen innerhalb der Kultur. Eine rein normative oder sozialwissenschaftliche Betrachtungsweise des menschlichen Gewissens kann daher nur einseitig und lückenhaft sein. Sie muß vielmehr durch die Erkenntnisse zweier naturwissenschaftlicher Disziplinen, der empirisch-biologischen Psychologie und der Humanethologie, ergänzt werden. Daher mein Versuch, die juristische Dimension des Gewissens als *bio-soziologisches* Problem zu untersuchen.

Die Anwendung meiner Betrachtungsweise auf vier praktische Problemkreise, nämlich auf die Unverletzlichkeit der Gewissensfreiheit, auf die Beurteilung der Reaktion des menschlichen Gewissens während der nationalsozialistischen Herrschaft, auf die Bindung des Richters im Gewissen *de lege lata* und auf die Gesellschaftsbezogenheit des Eides hat zu Ergebnissen geführt, die nicht nur juristisch-dogmatisch, sondern vor allem auch rechtspolitisch von erheblicher Bedeutung sind. Die Erklärung der für die junge Generation unverständlichen, gegenüber den heutigen moralischen, rechtlichen und sittlichen Auffassungen völlig anderen Gewissenslage der Menschen während der nationalsozialistischen Herrschaft war ein um so ernsteres Anliegen, als die zeitgenössische, von den Gefühlen des Hasses, der Rache, der Verachtung und Überheblichkeit geschwängerte politische Atmosphäre im Interesse des Überlebens der Nation einer Entgiftung bedarf. Dazu kann die Erkenntnis beitragen, daß das Grundrecht der Gewissensfreiheit auch für jene unverletzlich ist, die diese böse Zeitspanne überlebt haben, welchem Gewissensruf sie auch gefolgt oder nicht gefolgt sind.

Der sechste Abschnitt über die Gesellschaftsbezogenheit des Eides ist in einer verkürzten Fassung bereits in der Festschrift für Ernst Heintz (1972, S. 139 - 158) erschienen. Dort konnte jedoch die sog. Glaubensentscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 33, 25) noch nicht berücksichtigt werden.

Königsfeld im Schwarzwald, im August 1978

Ernst E. Hirsch



# Inhaltsverzeichnis

## *Erster Abschnitt*

<b>Kann man den Ruf des Gewissens vor Gericht stellen?</b>	<b>11</b>
1. Der Richtereid .....	11
2. Ist das Gewissen justiziabel? .....	11
a) Die Wirklichkeit des Gewissens wird vorausgesetzt .....	12
b) Gewissen = Gewissenhaftigkeit? .....	13
3. Die Mehrdeutigkeit des Ausdrucks „Gewissen“ .....	15
a) In Art. 38 GG .....	15
b) In Art. 4 Abs. 3 GG .....	16
4. Unterschiedlicher Sinngehalt .....	16
a) Gewissen als Überzeugung aus Zweckmäßigkeitserwägungen .....	16
b) Gewissen als spontane Reaktion unbedingten Sollens .....	18
5. Existiert das Gewissen? .....	19
a) Möglichkeit des Beweises .....	21
b) Non liquet .....	21
c) Massenverschleiß des Gewissens .....	22
6. Einige Fragen .....	23
7. Die Kernbereichslehre .....	24
a) Universelles Rechtsgewissen? .....	25
b) Anspannung des Gewissens? .....	26
c) Die rechtsphilosophische Quelle .....	27
d) Die bio-soziologische Erkenntnis .....	29

## *Zweiter Abschnitt*

<b>Zur Definition des Gewissens seitens des Bundesverfassungsgerichts</b>	<b>32</b>
1. Der allgemeine Sprachgebrauch .....	33
2. Die Formulierung des Bundesverfassungsgerichts .....	33
a) Babylonische Sprachverwirrung .....	34
b) Vorverständnisse .....	34

3. Die richtige Fragestellung .....	37
4. Die Ansichten der Verfassungsjuristen .....	38
a) Der abendländische Begriff des Gewissens .....	38
b) Die Gegenmeinung .....	39
c) Ein psychoanalytischer Beitrag .....	40
d) Eine kritisch abwägende Ansicht .....	42
e) Eigene Stellungnahme .....	43
5. Rechtstatsachen .....	44
a) Das Vorverständnis des Verfassungsgebers .....	44
b) Sozialer Wandel .....	46
6. Die autonome sittliche Persönlichkeit .....	47
7. Die Kategorien „Gut“ und „Böse“ .....	49

### *Dritter Abschnitt*

<b>Das Gewissen in biologischer und humanethologischer Sicht</b> .....	<b>52</b>
1. „Bindung im Gewissen“ .....	52
2. Interdisziplinäre Wissenschaftsmethode .....	53
3. Die Lehre vom biologischen Gewissen .....	55
4. Das Steuerungssystem des sittlichen Bewußtseins .....	57
a) Die Funktion des Rezeptors .....	57
b) Der Mensch als Instinkt-Reduktionswesen .....	60
c) Der „Sollwert“ des „Kompasses“ .....	63
d) Das Zwischenhirn .....	63
5. Ethologie und Ethik .....	64
6. Im Erbgut verankerte Sollensgebote .....	66
a) Die „Zehn Gebote“ .....	66
b) Unmittelbar evidente Gebote unbedingten Sollens .....	68
7. Immunisierung des biologischen Gewissens .....	69
a) Der Gewissenszwang .....	69
b) Suggestive Beeinflussung .....	70
c) Biologischer und kultureller Normenfilter .....	72
8. Gewissen als vorprogrammierter, aber inhaltlich modifizierbarer „Sinn für Gerechtigkeit“ .....	74
a) Naturrechtlicher Rechtskodex? .....	74

Inhaltsverzeichnis	9
b) Die Moralsysteme .....	76
c) Die Internalisierung von Verhaltensnormen .....	77
9. Ergebnisse .....	80

#### *Vierter Abschnitt*

<b>Der im Gewissen gebundene Richter während der nationalsozialistischen Zeit</b>	85
1. Moralische und strafrechtliche Schuld als variable Größen .....	85
2. Die Stellung des Richters in der Gesellschaft .....	92
3. Der „Fall Filbinger“ als Paradigma für die ungesühnte Verletzung des „unverletzlichen“ Grundrechts der Gewissensfreiheit .....	97
4. Die sog. „Bluturteile“ während der nationalsozialistischen Herrschaft	102
a) Nationalsozialistische Gesetze als rechtlich bindende Gesetze .....	103
b) KSSVO .....	105
c) Verschiedenheit der Wertmaßstäbe .....	107
5. Der „Fall Rehse“ und seine Lehre .....	109
a) Sachverhalt .....	109
b) Das rachsüchtige Rechtsbewußtsein .....	110
c) Das Spannungsverhältnis zwischen Recht und Volksbewußtsein ..	112
d) Die Lehren .....	114

#### *Fünfter Abschnitt*

<b>Die Unverletzlichkeit der Gewissensfreiheit des Richters</b>	117
1. Der Sinngehalt des Art. 4 Abs. 1 GG in Anwendung auf den Richter ..	117
a) Das Problem des Sondervotums .....	117
b) forum internum .....	118
c) forum externum .....	119
d) Unzumutbarer Nachteil .....	121
2. Prozeßrechtliche Bestimmungen zum Schutze der Gewissensfreiheit des Richters .....	122
a) Ausschluß und Selbstablehnungsrecht des Richters .....	122
b) Bindung an die Entscheidung eines anderen Gerichts .....	123
c) Der im Richterkollegium überstimmte Richter .....	124
aa) §§ 192 - 197 GG .....	124
bb) Die „logische“ Schlußkette .....	124

- cc) Absolute Gesetzesbindung — Grundrecht auf Gewissensfreiheit 128
- dd) Freistellung des Richters von jedem Risiko? ..... 130
- 3. Das Beratungsgeheimnis ..... 130
  - a) Der Beratungsvorgang ..... 130
  - b) Der Verkündungsvorgang ..... 134
- 4. Schutz gegen Rechtsverfolgung ..... 135
  - a) Das Sondervotum der Bundesverfassungsrichter ..... 136
  - b) Möglichkeiten für den Schutz des Richters ..... 137

*Sechster Abschnitt*

**Über die Gesellschaftsbezogenheit des Eides** 140

- 1. Die Problematik ..... 140
- 2. Soziale Desintegration? ..... 141
  - a) Begriffsbestimmungen ..... 141
  - b) „Vertrauen“ ..... 143
  - c) Vertrauensmißbrauch ..... 145
- 3. Der Eid ..... 147
  - a) Das Zeremoniell ..... 147
  - b) Die Formel ..... 148
- 4. Beeidigung einer Aussage vor Gericht ..... 150
  - a) Die „metaphysische Eselsbrücke“ ..... 150
  - b) Schrumpfung der Beeidigungsfälle ..... 151
  - c) Ergebnis ..... 152
- 5. Vereidigung im politischen Bereich ..... 154
- 6. Der Sinngehalt der Wörter „Eid“ und „schwören“ ..... 157

**Sachwortverzeichnis** 162

## Erster Abschnitt

# Kann man den Ruf des Gewissens vor Gericht stellen?

## 1. Der Richtereid

Berufsrichter und ehrenamtliche Richter haben gemäß §§ 38 und 45 Abs. 3, 4 und 6 DRiG bei oder vor Beginn der Ausübung ihrer richterlichen Tätigkeit in öffentlicher Sitzung eines Gerichts eine nach Wortlaut und Zeremoniell gesetzlich zwingend vorgeschriebene und als „Eid“ oder „Gelöbnis“ bezeichnete Erklärung abzugeben. Sie „schwören“ oder „geloben“ (mit oder ohne Anrufung Gottes), „das Richteramt (bzw. die Pflichten eines ehrenamtlichen Richters) getreu dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und getreu dem Gesetz auszuüben (bzw. zu erfüllen), *nach bestem Wissen und Gewissen* ohne Ansehung der Person zu urteilen und nur der Wahrheit und Gerechtigkeit zu dienen“.

Durch eine derartige förmliche und feierliche Erklärung *bindet sich jeder Richter in seinem Gewissen*. Auch in einer säkularisierten Welt kann man diese „Formen von besonderer Eindringlichkeit dazu benutzen, dem Gelobenden den Ernst des Gelübdes besonders stark bewußt zu machen . . . und ihn hierdurch besonders nachdrücklich darauf hinzuweisen, daß es Pflicht eines redlichen und rechtlichen Mannes ist, freiwillig übernommene Zusagen zu erfüllen, auch wenn sie eine *Bindung an heteronome Sollensgebote* enthalten . . . Der Mensch wird in der Würde seiner sittlichen Eigenverantwortung ernst genommen, wenn und solange man darauf vertraut (vertrauen darf), ihn durch Gelübde in einem Bereich binden zu können, der keiner Zwangsvollstreckung zugänglich ist“<sup>1</sup>.

## 2. Ist das Gewissen justiziabel?

Aber ist dieser Bereich überhaupt justiziabel? Steht hinter dem Wort „Gewissen“ ein „Etwas“, dessen Vorhandensein oder dessen als „Ruf“

---

<sup>1</sup> So Bruno Heusinger: Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrungen, 1975, S. 43 f. Über die Bedeutung des Richtereides, dessen Verweigerung nach § 21 Abs. 2 Ziff. 1 DRiG zur Entlassung des Richters führt, vgl. Adolf Arndt: Gesammelte juristische Schriften, 1976, S. 341 und 352, sowie Ernst E. Hirsch: Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze, in AcP 175 (1975), S. 471, 504 - 509, sowie u. S. . . .

oder „Mahnung“ bezeichnete Äußerungen sich vor Gericht stellen lassen? Man kann der Beantwortung dieser Frage in zweifacher Richtung ausweichen:

a) *Die Wirklichkeit des Gewissens wird vorausgesetzt*

Man kann sich auf den Standpunkt stellen, über die Definierbarkeit und Justiziabilität des Phänomens „Gewissen“ habe die Verfassung selbst grundsätzlich entschieden. Da dem Grundgesetzgeber nicht von vornherein eine sinnlose Aussage unterstellt werden könne, müsse davon ausgegangen werden, daß er von einer Realität „Gewissen“ als der Verfassung selbstverständlich vorgegeben ausgegangen sei. Dies beweise auch die Auswertung der Materialien<sup>2</sup>. So behauptet *Adolf Arndt* dezidiert: „Die Wirklichkeit des Gewissens ist dem Staat vorgegeben. Die Verfassung verweist auf diese Wirklichkeit<sup>3</sup>.“ Diese Argumentation übersieht einen wichtigen Umstand: Die Mitglieder eines jeden Gesetzgebungsorgans gehen von einem *Vorverständnis* aus, das dieses oder jenes Phänomen als eine unbezweifelbare Realität anerkennt, obwohl andere Gesetzgeber dasselbe Phänomen für ein Wahnbild halten oder überhaupt nicht als real vorhanden erkennen. Man kann doch nicht ernstlich mit *Morgensterns* „messerscharfer“ Logik den Nachweis führen, Gott existiere, weil in zahlreichen Strafgesetzbüchern die Gotteslästerung mit Strafe bedroht sei, weil die Präambel des Grundgesetzes die „Verantwortung vor Gott“ hervorhebe oder weil kraft Gesetzes ein Eid mit oder ohne Anrufung Gottes geleistet werden könne. Bei einer derartigen Logik wäre es doch wohl unsinnig, wenn *Hans Küng*, ein bekannter katholischer Theologe, die Frage: „Existiert Gott?“ aufwirft und in einem sehr umfangreichen wissenschaftlichen Werk unter Berücksichtigung der Geistesgeschichte der Neuzeit zu beantworten sucht<sup>4</sup>. Oder ist etwa der Umstand, daß aufgrund des dritten Teils des berüchtigten „Hexenhammers“<sup>5</sup> jahrhundertlang noch bis zur französischen Revolution Hexenprozesse als kirchliche oder staatliche Strafverfahren durchgeführt worden sind, ein Beweis für die Realität von Hexen? Oder kann man als logisches Argument für die Realität des Teufels auf *Goethes*

<sup>2</sup> Gerhard Klier: *Gewissensfreiheit und Psychologie. Der Beitrag der Psychologie zur Normbereichsanalyse des Grundrechts der Gewissensfreiheit*, 1978, S. 30 f., unter Hinweis auf Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 1 (1951), S. 73 ff.

<sup>3</sup> Anm. zu BVerfG vom 5. 3. 1968, in NJW 1968, S. 979.

<sup>4</sup> Hans Küng: *Existiert Gott?*, 1978.

<sup>5</sup> 500 Jahre nach dem in Straßburg 1487 erschienenen *Malleus Maleficarum* werden nach einem Bericht der FAZ vom 9. 6. 1978 (Nr. 119, S. 8) Tonbänder, die ein Pater W. W. als Exorzist bei seiner „Teufelsaustreibung“ in Klingenberg (Main) aufgenommen hat, vervielfältigt, verkauft und von Pädagogen zwölf- und dreizehnjährigen Schülern als Beweis für die Existenz des Teufels vorgespielt. Was vermag dagegen ein Leszek Kolakowski und seine „Gespräche mit dem Teufel“, 2. Aufl. 1975?

Faust oder auf die „Gespräche mit dem Teufel. Acht Diskurse über das Böse“ von *Leszek Kolakowski* hinweisen? Ist schließlich das fast unüberschaubar gewordene<sup>6</sup> zeitgenössische Schrifttum zum Phänomen „Gewissen“ nicht das beste Argument für die Berechtigung der Frage nach der Realität dessen, was als „Gewissen“ bezeichnet wird?

Der Umstand also, daß das Wort „Gewissen“ im gesetzlich formulierten Richtereid und vor allem in Art. 4 GG als Gegenstand eines unverletzlichen Grundrechts verwendet worden ist, bildet lediglich einen Anhaltspunkt dafür, daß im Vorverständnis der Mehrheit des Verfassungs- oder Gesetzgebers ein mit dem Ausdruck „Gewissen“ bezeichnetes Phänomen als Realität angesehen und behandelt worden ist, ohne daß damit seine reale Existenz erwiesen sein muß.

### b) *Gewissen = Gewissenhaftigkeit?*

Ein anderer Versuch, der gestellten Frage auszuweichen, besteht darin, daß man unter Hinweis auf die Mehrdeutigkeit des Ausdrucks „Gewissen“ im allgemeinen Sprachgebrauch betont, juristische Begriffe seien auf praktische Fragen bezogen und könnten je nach dem Problemzusammenhang, je nach der zu lösenden praktischen Frage auch rechtlich verschiedene Bedeutungen haben<sup>7</sup>. Von dieser sachlich richtigen Feststellung ausgehend könnte man speziell für den Richtereid das Wort „Gewissen“ nicht selbständig für sich allein, sondern nur als unselbständigen Bestandteil der *Formel* „nach bestem Wissen und Gewissen“ werten<sup>8</sup>. So meint z. B. *Heusinger*<sup>9</sup>, das Gewissen in seiner Bedeutung für die richterliche Entscheidung sei untrennbar vom Wissen. Das „Wissen“ im Ge-wissen weise auf ein Wissen hin, das durch Anstrengung des Verstandes und der Vernunft auf der Grundlage von Vorgegebenem erworben sei. Das Ge-wissen empfinde der Sprachsinne als Steigerung. Die List der Sprache habe diesen Gehalt des Gewissens noch unterstrichen durch das Doppelwort vom „Wissen und Gewissen“. Man könnte sich auch auf *Kamlah*<sup>10</sup> berufen, nach dessen Behauptung das

<sup>6</sup> Vgl. die Auswahlbibliographie in Jürgen Blühdorn (Hrsg.): Das Gewissen in der Diskussion, 1976, S. 489 - 505, sowie Klier (N. 2), S. 272 - 312.

<sup>7</sup> Richard Bäumlin: Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, in VVDStRL 28 (1970), S. 146; Roman Herzog: Die Freiheit des Gewissens und der Gewissensverwirklichung, in DVBl. 1969, S. 718; Klier (N. 2), S. 258. Gegen diese Differenzierung Walter Hamel: Die Gewissensfreiheit im Grundgesetz, in AöR 89 (1964), S. 322 - 335 (325).

<sup>8</sup> Norbert Matros: Das Selbst in seiner Funktion als Gewissen, in Blühdorn (N. 6), S. 227, erklärt wörtlich: „Im Namen der *Allerweltsformel* ‚nach bestem Wissen und Gewissen‘ ist schon viel Unheil angerichtet worden!“

<sup>9</sup> N. 1, S. 123 ff.

<sup>10</sup> Wilhelm Kamlah: Philosophische Anthropologie, 1972, S. 142. Ob und inwieweit Kamlah hierbei an Hitlers Worte gegenüber Hermann Rauschning gedacht hat („Ich befreie den Menschen von den schmutzigen und erniedrigen-