

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 104

Gewissen und Gewissensfreiheit

Zur Theorie der Normativität im demokratischen Verfassungsstaat

Von

Erhard Mock



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

ERHARD MOCK

Gewissen und Gewissensfreiheit

Schriften zur Rechtslehre

Heft 104

Gewissen und Gewissensfreiheit

Zur Theorie der Normativität im demokratischen Verfassungsstaat

Von

Erhard Mock



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Mock, Erhard:

Gewissen und Gewissensfreiheit : zur Theorie d.
Normativität im demokrat. Verfassungsstaat / von
Erhard Mock. — Berlin : Duncker und Humblot, 1983.

(Schriften zur Rechtstheorie ; H. 104)

ISBN 3-428-05230-7

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1983 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1983 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3 428 05230 7

Für Elisabeth

Vorwort

Die vorliegende Arbeit versucht, mit Mitteln der *Begriffsgeschichte* und der *Anthropologie* das *Gewissen und seine Freiheit* zu verstehen und zu erklären. Die *Gewissensfreiheit*, ursprünglich allein auf das Religiöse beschränkt, wird im demokratischen Verfassungsstaat von heute auf immer weitere Bereiche menschlicher Selbstdarstellung bezogen. Die Möglichkeiten und Grenzen dieser *Säkularisierung der Gewissensfreiheit* zu zeigen, will diese Schrift unternehmen. Ihr Anliegen ist ein *rechtstheoretisches*. Rechtsdogmatische Ausführungen dienen nur der Veranschaulichung.

Dankend möchte ich meiner verstorbenen Lehrer, der Professoren *Alfred Verdross*, *René Marcic* und *Ilmar Tammelo*, gedenken.

Univ.-Prof. DDr. *Friedrich Koja* danke ich für die Unterstützung meiner Arbeit mit Rat und Tat. Kritik und Anregung habe ich von Univ.-Prof. Dr. *Hans-Ulrich Evers*, Univ.-Prof. Dr. *Wolfgang Waldstein* und Univ.-Prof. Dr. *Wilhelm J. Revers* empfangen. Ich danke aber auch em. Univ.-Prof. Dr. *Carl Holböck* und der Stiftungs- und Förderungsgesellschaft der Paris Lodron-Universität Salzburg für die Übernahme eines Druckkostenbeitrages.

Dank schulde ich auch Frau Dr. *Dorothea Mayer-Maly*, die mit viel Umsicht das Manuskript erstellt hat. Herrn Ministerialrat a. D. Senator E. h. Prof. Dr. *Johannes Broermann* bin ich für sein großes Entgegenkommen bei der Aufnahme dieser Schrift in sein Verlagsprogramm zu Dank verpflichtet.

Salzburg, im März 1983

Erhard Mock

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

I. Das Gewissen — ein „unjuristisches Ding“?	13
II. Begriffsgeschichte und Anthropologie als Wege des Verstehens	14
III. Das Problem der Gewissensfreiheit	15
IV. Aufbau und Ziel der Arbeit	17

Erster Teil

Das Gewissen

A. Begriffsgeschichte des Gewissens	18
I. Gewissensdeutungen der Antike	18
1. Altägypten	18
2. Altes Testament	19
3. Griechische Antike	20
4. Römische Antike	23
5. Grundpositionen der heidnischen Antike	24
6. Christliche Antike	25
7. Patristik	26
8. Christlich-antike Gottbezogenheit und Intellektualismus	28
II. Gewissensdeutungen des Mittelalters	28
1. Synteresis und Conscientia	28
2. Intellekt oder Wille	29
3. Contra conscientiam agere	31
4. Conscientia erronea	32
5. Deutsche Reformation	33
III. Gewissensdeutungen der Neuzeit	35
1. Neue Ansätze und Fortführen der Scholastik	35
2. Descartes	35
3. Hobbes	36
4. Locke	37
5. Grotius	38

6. Pufendorf	39
7. Thomasius	39
8. Christian Wolff	40
9. Kant	40
10. Johann Gottlieb Fichte	41
11. Hegel	42
IV. Gewissensdeutungen der neuesten Zeit	50
1. Ludwig Feuerbach	50
2. Darwin	50
3. Nietzsche	51
4. Durkheim	51
5. Wertphilosophie	52
6. Heideggers Existenzialphilosophie	53
7. Psychoanalyse	53
B. Dissens und Konsens der Gewissensdeutungen	58
I. Dissens	58
II. Konsens	60
C. Gewissen als Instrument der Selbstdarstellung und der Selbstverwirklichung	61
I. Gewissen als Substanz und als Funktion	61
II. Gewissen in der Rechtswissenschaft	61
1. Objektivistische Ansätze	61
2. Verengende Ansätze	63
3. Formalisierende und funktionalisierende Ansätze	63
4. Identität und Menschenbild	64
5. Stufen der Selbstverwirklichung	65
6. Gewissen als Normbewußtsein	67
7. Selbstdarstellung und Selbstverwirklichung in geteilter Verantwortlichkeit	68

Zweiter Teil

Gewissensfreiheit als metajuristisches Prinzip

A. Volkssouveränität und Gewissensfreiheit	71
I. Realien der Begriffsbildung	71
1. Das Umfeld des Prinzips Gewissensfreiheit	71
2. Göttliche und irdische Allmacht	71

3. Souveränität und Gewissensfreiheit der Fürsten	73
4. Die Gewissensfreiheit des souveränen Individuums	75
5. Religiöser Bund und Volkssouveränität	77
II. Volkssouveränität und Gewissensfreiheit als polares Prinzip	78
1. Negation staatlicher Allmacht	78
2. Althusius und Rousseau	79
3. Gewissensfreiheit und Mehrheitsprinzip	80
4. Gewissensfreiheit und Integration	81
B. Säkularität und Gewissensfreiheit	82
I. Staat und Säkularisation	82
1. Die Entstehungsbedingungen des Staates	82
2. Identität von religiöser und politischer Gemeinschaft	83
3. Theonome und säkulare Herrschaftsbegründung	84
4. Glaubenspaltung und Staatsdenken	86
5. Staatliche Nicht-Identifikation	88
II. Der säkulare Staat und das Prinzip der Gewissensfreiheit	89
C. Die Differenzierung der Normativität	91
I. Anthropologische Grundlagen	91
1. Der Mensch als handelndes Wesen	91
2. Die Bipolarität des Menschen	94
II. Undifferenzierte und differenzierte Normativität	95
1. Die Überwindung undifferenzierter Normativität	95
2. Das Gewissen, die Moralen und das Recht	96
3. Die Bewältigung der differenzierten Normativität	100

Dritter Teil

Das Grundrecht der Gewissensfreiheit

A. Ideen- und Institutionengeschichte der Gewissensfreiheit	104
I. Antike	104
1. Individuum und politische Gemeinschaft in der Antike	104
2. Christliche Apologie	106
3. Toleranz und Intoleranz des Christentums	107
II. Mittelalter	108
1. Mittelalterliche Glaubenseinheit	108
2. Grundlagen künftiger Toleranz	110

3. Die Hinwendung zum Individuum	111
4. Die Humanisten	113
III. Neuzeit	114
1. Die Verbindung von Glauben und Gewissen	114
2. Conscientia libera	115
3. The Dictates of Conscience	117
4. Natürliche Theologie und rationales Naturrecht	118
5. Gewissensfreiheit und Toleranzsystem	120
6. Die déclaration des droits de l'homme et du citoyen	121
7. Der Konstitutionalismus und die Grundrechte des religiösen Lebens	123
8. Glaubens- und Gewissensfreiheit als Grundrecht im Österreich der liberalen Ära	124
9. Tendenzen der Trennung von Glaubens- und Gewissensfreiheit	127
B. Die Säkularisierung der Gewissensfreiheit	131
I. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit unter der Herrschaft des B-VG 1920/1929 der Republik Österreich und der Weimarer Reichsverfassung	131
II. Das verfassungsrechtliche Umfeld der Gewissensfreiheit im Bonner Grundgesetz	134
III. Säkularität und Gewissensbegriff in der Gesetzgebung der Republik Österreich seit 1955	137
1. Waffendienstverweigerung und Zivildienst	137
2. Gewissensklauseln in einfachen Gesetzen	143
C. Gewissensfreiheit und Gewissensverwirklichung	144
I. Der systematische Primat der Gewissensfreiheit	144
II. Das Paradoxon des Gewissens und seine pragmatische Lösung ..	146

Schrifttumsverzeichnis	150
-------------------------------	-----

Sachwortverzeichnis	163
----------------------------	-----

Einleitung

I. Das Gewissen — ein „unjuristisches Ding“?

In einer Zeit des möglichen Dissens in allen Bereichen des Normativen scheint das individuelle *Gewissen* die einzige sichere Bastion zu sein. So sehr die Ansichten über die wahre Lebenspraxis divergieren, so sehr will niemand *gewissenlos* sein. Die gegen das Gewissen vorgebrachten Argumente, etwa das der Manipulierbarkeit, bedeuten nicht mehr und nicht weniger, als daß die Möglichkeit des Irrtums auch im Praktischen besteht.

Die Jurisprudenz, auch die Rechtsphilosophie, stellen die Frage nach dem Gewissen ungerne. *Hans Ryffel* kennzeichnete diesen Umstand mit der Bemerkung, das Gewissen sei ein „unjuristisches Ding“¹. Dies wird verständlich, konfrontiert man das auf das äußere Verhalten beschränkte Recht mit der Innerlichkeit des Gewissens. Das Gewissen und dessen Freiheit liegen der rechtsstaatlichen Demokratie *historisch* und *systematisch* zugrunde. Denn einerseits stellt die im Namen des Gewissens geforderte Religionsfreiheit eines der ersten Grundrechte dar, wie andererseits jede Ordnung ohne die Zustimmung des Gewissens der einzelnen keinen Bestand haben kann.

Die Thesen einiger Autoren, es handle sich bei dem in Rechtsnormen vorkommenden Terminus „Gewissen“ um einen „außerrechtlichen“, von der staatlichen Rechtsordnung „vorausgesetzten“ Begriff, war eine der Anregungen, den Bezügen von Recht und Gewissen nachzugehen². Freilich wird man diese Feststellungen nicht so verstehen, daß es sich beim Terminus Gewissen um einen Fremdkörper in Rechtsnormen handle — scheint er doch regelmäßig zumindest bei der Verheißung des Grundrechtes der Gewissensfreiheit auf. Solche Feststellungen zeugen vielmehr von der Unsicherheit, die angesichts der vielfältigen und entgegengesetzten Ansichten, was man etwa unter Gewissen in philosophischer, theologischer, weltanschaulicher oder ideologischer Sicht zu verstehen habe, herrscht. Die These vom Gewissen als „unjuristischem Ding“ braucht daher nicht wunder zu nehmen. Sie legt

¹ *Ryffel*, Das Naturrecht, 1944, S. 59.

² *Gampl*, Österreichisches Staatskirchenrecht, 1971, S. 90; *Ermacora*, Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte, 1963, S. 358.

gleichzeitig die Vermutung nahe, daß die Rechtswissenschaft sich noch zu wenig mit dem Phänomen des Gewissens beschäftigt hat. Kann aber die Rechtswissenschaft in einer Zeit, da die Berufung auf das Gewissen fast inflationäre Züge angenommen hat, weiterhin auf diese Auseinandersetzung verzichten?

II. Begriffsgeschichte und Anthropologie als Wege des Verstehens

Was aber ist das Gewissen? Was bedeutet seine grundrechtlich garantierte Freiheit, die ihres religiösen Bezugs fast völlig entkleidet, aber in ihren neuen Umrissen noch nicht völlig bestimmt ist? Die Verweise auf Voraussetzungen und Außerrechtliches zwingen eine rechtswissenschaftliche Arbeit, von den Fragen juristischer Auslegung in das Gebiet der *allgemeinen Hermeneutik* zu wechseln. Dies wiederum zwingt zu Angaben des eigenen Standpunktes, was im folgenden versucht werden soll. Das Ziel dieser Arbeit ist ein *rechtstheoretisches*. Es sollen zuerst die Bezüge der im Gewissen erlebten und vollzogenen *individuellen Normativität* mit der *übergreifenden Normativität* des Rechts dargestellt und erklärt werden. Die Bedeutung des Gewissens und seiner Freiheit für die *Normativität im demokratischen Verfassungsstaat* aufzuweisen, ist das *zweite* Anliegen der vorgelegten Bemühungen. Dem Grundrecht der Gewissensfreiheit, das ja in seinem Normbereich weniger anschaulich ist, sollen dadurch Aspekte seiner Interpretation und Konkretisierung gegeben werden.

Das, was Gewissen und Gewissensfreiheit in diesem Zusammenhang bedeuten, will diese Arbeit durch das Aufdecken des „*Überlieferungszusammenhanges*“ und der darin eingeschlossenen „*Wirkungsgeschichte*“ darlegen und verstehen³. Dieses Bemühen erfolgt vornehmlich *begriffsgeschichtlich* und *anthropologisch*. Dabei sucht die Begriffsgeschichte den Vergleich in der historischen Dimension, die philosophisch angesetzte Anthropologie vermittelt das Wissen über den Menschen aus dem Fundus der heutigen Human- und Sozialwissenschaften. Diese Disziplinen haben den Menschen als *handelndes* Wesen zum gemeinsamen Forschungsgegenstand⁴. Handeln ohne Sollen ist für

³ *Gadamer*, Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 1972, S. 365 f.; *Hufnagel*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1976, S. 57 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1979, S. 181 ff.; *Betti*, Teoria generale della interpretazione, 1955, deutsch: Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften, 1967; *Mayer-Maly*, Hermeneutik und Evidenz im Recht, in: Hermeneutik als Weg heutiger Wissenschaft, 1971, S. 127 ff.; *Diemer*, Elementarkurs Philosophie, Hermeneutik, 1977, S. 233 f.

⁴ *Rothacker*, Philosophische Anthropologie, 1966; *Diemer*, Elementarkurs Philosophie, Philosophische Anthropologie, 1978; *Coing*, Die juristischen Aus-

den Menschen aber unmöglich. Diese Disziplinen helfen somit, wenn man ihre Ergebnisse philosophisch integriert, die ganze Tiefe und Breite menschlicher Normativität zu erschließen.

III. Das Problem der Gewissensfreiheit

So sehr Gewissen und Gewissensfreiheit in ihren Inhalten von der menschlichen Selbstdeutung abhängen, so sehr steht es zweifellos fest, daß es Gewissensphänomene gibt. Dies zeigt der mögliche Konflikt des auf sich gestellten Individuums mit sozial wirksamen Normen, zu welchen auch die Rechtsnormen zählen. Dieser Konflikt verweist auf ein Fundamentalproblem der menschlichen Existenz. *René Marcic* bezeichnet dies prägnant als Konflikt zwischen „Gewissensnorm“ und „Gemeinschaftsnorm“. Die „Gewissensnorm“ erfährt der einzelne subjektiv. Sie mag die kulturell vermittelten Normen bestätigen — und tut dies auch in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle. Sie mag aber auch die Normen und die hinter diesen stehenden Überzeugungen und Werturteile ablehnen. „Gemeinschaftsnorm“ in diesem Zusammenhang ist die Norm, die objektiviert die Ordnung des politischen Gemeinwesens gestaltet und mit Zwang, sei er direkt oder indirekt, regelmäßig, d. h. im großen und ganzen wirksam, das von ihr geforderte Verhalten herbeiführt. Der Konflikt „Gewissensnorm“: „Gemeinschaftsnorm“ stellt somit den zentralen Bereich des Problems der Gewissensfreiheit dar⁵. In diesem Konflikt bedroht die „Gewissensnorm“ die Gemeinschaft, ebenso wie die „Gemeinschaftsnorm“ das Individuum zu zerstören droht. Die Vielschichtigkeit eines solchen Konflikts zeigt eindrucksvoll der Tod des Sokrates⁶.

Unterzieht man Probleme einer Rechtsordnung einer Betrachtung in einem derart umfassenden Zusammenhang, muß man sich dessen bewußt sein, welche herrschenden Maximen man überschreitet. Diese Maximen haben ja nicht zuletzt darin ihre Aufgabe, den *Begründungszusammenhang* im Hinblick auf die zu fällenden Entscheidungen einzugrenzen. Im besonderen gilt dies von der sogenannten „Klarheitsregel“. In der Feststellung, daß ein Rechtstext Klarheit gebe, liegt nämlich nichts anderes, als die Berufung auf eine durch differenzierte Gesetzgebung, Entscheidungspraxis und zu juristischer Begrifflichkeit führender Dogmatik bewirkte und vermittelte Evidenz. Der österreichi-

legungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, 1959, S. 13 ff.; *Hruschka*, Das Verstehen von Rechtstexten, 1972, S. 10 ff. und S. 56 ff.

⁵ VVDStRL 28 (1970), S. 114 f.; Allgemein zur Sache der Gewissensfreiheit: *Tammelo u. a.*, Conscience — A Symposium of the Australian Society of Legal Philosophy, ÖZÖR 26 (1975), S. 197 ff.

⁶ Vgl. *Gigon*, Sokrates, 1947, S. 163 ff.