

§ 17 Recht ohne Willensfreiheit?

I. Willensfreiheit und Schuldstrafrecht

II. Determinismus und Kausalität

III. Irrelevanz des Determinismusproblems für das Recht

IV. Mittelbare Relevanz der Neurowissenschaften für das Recht

V. Soziobiologie

VI. Exkurs: Der Begriff der Freiheit

Klassiker: *Isaiah Berlin*, Two Concepts of Liberty (1958), in: *ders.*, Liberty, 2005, 166, deutsch: Zwei Freiheitsbegriffe, in *Berlin*, Freiheit, 1965; *Benjamin Constant*, De la liberté chez les modernes, 1819, deutsch: Über die Freiheit, 1946; *Friedrich A. von Hayek*, Law, Legislation and Liberty, 1982; *John Stuart Mill*, On Liberty, 1859; *Ludwig von Mises*, Liberalismus, 1927; *Adam Smith*, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, 1776

Aktuelle Darstellungen des Freiheitsbegriffs für die Rechtswissenschaft: *Alexy*, Theorie, 194 ff.; *Ralf Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 109 ff.; *Reinhold Zippelius*, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2007, Kap. VI

Freiheit scheint einer der wichtigsten Begriffe nicht nur der Rechtswissenschaft, sondern auch von Politik und Ethik zu sein. Solange nur allgemein von Freiheit gesprochen wird, hält jeder sie für erstrebenswert. Solche Harmonie wird dadurch möglich, dass der Begriff interpretationsfähig ist wie kaum ein anderer. Die Spannweite sei mit zwei klassischen Zitaten angedeutet:

»Frei ist der Mensch, der keine Ketten trägt, der nicht eingekerkert ist und sich, anders als ein Sklave, nicht vor Strafe fürchten muß. In diesem Sinne besteht die Freiheit des Menschen in der freien Ausübung seiner Macht. Ich sage, »seiner Macht«, weil es lächerlich wäre, die Unfreiheit darin zu erblicken, daß wir nicht, wie der Adler die Wolken durchdringen, wie der Walfisch unter Wasser leben und nicht König, Papst oder Kaiser werden können.« (*Claude-Adrien Helvétius*, De l'esprit, 1758, hier zitiert in der Übersetzung von *Theodor Lücke*, Vom Geist, 1973, 98 f.)

»Frei nennst du dich? Deinen herrschenden Gedanken will ich hören und nicht, daß du einem Joche entronnen bist.

Bist du ein Solcher, der einem Joche entronnen d u r f t e? Es gibt manchen, der seinen letzten Wert wegwarf, als er seine Dienstbarkeit wegwarf.

Frei wovon? Was schiert das Zarathustra! Hell aber soll mir dein Auge künden: frei wozu?» (*Friedrich Nietzsche*, Also sprach Zarathustra, 1883, Teil 1: Vom Wege des Schaffenden)

Man kann sich dem Freiheitsbegriff nähern, indem man analytisch verschiedene Bedeutungsmöglichkeiten aufzeigt oder indem man empirisch seine Verwendungsweise beschreibt. Wir wählen den analytischen Zugang und sind dabei bemüht, uns von dem praktischen Sprachgebrauch möglichst wenig zu entfernen.

Grundlegend ist die **Unterscheidung zwischen positiver und negativer Freiheit**, die im *Nietzsche*-Zitat zum Ausdruck kommt. (Negative) Freiheit – darüber besteht weitgehend Einigkeit – ist ein dreistelliges Prädikat. Zur Freiheit gehören ein Subjekt als Träger, eine mögliche Handlung als Gegenstand und ein gedachtes Hindernis, dessen Fehlen den Freiheitsraum begründet. So betrachtet gibt es nicht die Freiheit an sich, sondern nur unendlich viele einzelne Freiheiten. Jede der **drei Freiheitsdimensionen** lässt sich qualifizieren.

- Als Träger kommen in erster Linie einzelne Menschen in Betracht. Die Frage ist dann, ob und wie weit der Freiheitsbegriff auch für andere Entitäten (insbesondere Organisationen) angemessen ist.
- Gegenstand der Freiheit kann nur eine dem Träger an sich mögliche Handlung sein. Wird diese Grenze in Frage gestellt, weil man dem Träger Handlungsweisen zubilligen möchte, die ihm aus ökonomischen oder körperlichen Gründen verwehrt sind, anderen Menschen aber offen stehen, so berühren sich Freiheit und Gleichheit, und man gerät in den Bereich der positiven Freiheit.
- Das Hindernis der Freiheit schließlich muss ein solches sein, das andere Menschen durch bloße Unterlassung ausräumen können. Das sei eigentlich der Grund (so *Poscher*, S. 112), die Freiheit als negative zu kennzeichnen.

Freiheit setzt an sich keine Rechtsnorm voraus. Frei ist eine Handlung, die weder geboten noch verboten ist. Man kann insoweit von natürlicher Freiheit sprechen. Aber aus der bloßen Freistellung ergibt sich noch kein Rechtsschutz. Zum subjektiven Recht, das bei bestimmten Behinderungen zu Rechtsschutz verhilft, wird Freiheit erst durch eine Norm, die anderen ihre Achtung zur Pflicht macht. Deshalb ist unter modernen Verhältnissen auch negative Freiheit von vornherein nur **Freiheit mit dem Staat**. Gemeint ist, dass praktisch und technisch in der konkreten historischen Situation der modernen Gesellschaft nur der Staat durch sein Recht individuelle Freiheit im Sinne negativer Freiheit gewährleisten kann. Das erscheint insofern paradox, als Freiheit gerade auch Freiheit von und gegenüber diesem Staat ist. Das Problem zeigt sich in unterschiedlicher Verkleidung: Wie wird der Staat zum Rechtsstaat, d.h., wie kann der Staat an sein eigenes Recht gebunden sein? Wie sind subjektive Rechte gegen den Staat denkbar, wenn doch erst der Staat subjektive Rechte gewährt? Der Widerspruch löst sich auf, weil »der Staat« kein Monolith ist, sondern eine vielschichtige Organisation bildet, deren Untergliederungen sich wechselseitig in Schach halten können (u. S. 221).

Negative Freiheit genügt nur selten, um eigene Handlungsziele zu erreichen. Man kann wohl alleine Spazieren gehen. Doch schon für die meisten Spiele ist man auf die Mitwirkung anderer angewiesen. Das gilt erst recht, wenn man einen

Vertrag schließen will. Dazu braucht man nicht nur einen Vertragspartner, sondern auch die Unterstützung des Rechts, die den Vertrag verbindlich macht. Nicht nur beim Vertragsschluss, sondern auch in vielen anderen Hinsichten sind institutionelle Vorkehrungen der Rechtsordnung Voraussetzung für bestimmte Freiheiten. Das ist besonders deutlich bei den Immaterialgüterrechten. Urheber- und Patentrechte müssen erst rechtlich vorgesehen sein, um von ihnen Gebrauch machen zu können. (Genau besehen wird hier die Freiheit anderer, bestimmte Informationen zu nutzen, beschränkt.) Insoweit kann man nach dem Vorschlag von Poscher (S. 116) von **normgeprägter Freiheit** sprechen.

Davon wiederum zu unterscheiden ist die zivile Freiheit, die der Staat nach Vorstellung mancher Rechtsphilosophen dem Bürger im Tausch gegen den Verzicht auf die vorrechtliche Freiheit zurückgewährt. Die **Idee der zivilen oder bürgerlichen Freiheit** hat maßgeblich *Jean-Jacques Rousseau* als »Contrât Social« formuliert.

»Wie findet man eine Gesellschaftsform, die mit der ganzen gemeinsamen Kraft die Person und das Vermögen jedes Gesellschaftsmitgliedes verteidigt und schützt, und kraft deren jeder einzelne, obgleich er sich mit allen vereint, gleichwohl nur sich selbst gehorcht und frei bleibt wie vorher?«

Die Lösung findet *Rousseau* in der Demokratie, die einen Gemeinwillen (die *volonté générale*) bildet, der an die Stelle der Einzelwillen tritt:

»Jeder von uns stellt gemeinschaftlich seine Person und seine ganze Kraft unter die oberste Leitung des allgemeinen Willens, und wir nehmen jedes Mitglied als untrennbaren Teil des Ganzen auf.«

Die Menschen verzichten also auf ihre vorrechtliche Freiheit und nehmen aus den Händen des Staates die bürgerliche Freiheit zurück. Freiheit gibt es nur noch als **Freiheit durch den Staat**. Aber nachdem die Bürger auf ihre vorrechtliche Freiheit verzichtet haben, findet der Mehrheitswille keine Grenzen mehr. Gegen *Rousseau* besteht der klassische Liberalismus daher darauf, dass Demokratie nur ein Instrument zum Schutze der Freiheit sein darf.

Die negative Freiheit, wie sie in dem *Helvétius*-Zitat umrissen ist, ist die Freiheit des klassischen Liberalismus von *Thomas Hobbes*, *John Locke*, *Adam Smith*, *John Stuart Mill*, *Benjamin Constant* oder *Friedrich von Hayek*. Für Liberale ist negative Freiheit **kein Freibrief für Individualisten**, sondern die Voraussetzung für eine Kooperation, die allen nützt. Sie meinen, dass der Staat allenfalls die negative Freiheit schützen könne, aber nicht in der Lage sei, den Menschen zu sagen, wie sie diese Freiheit nutzen sollen. Das müsse dem Markt und den übrigen Selbstorganisationskräften der Gesellschaft überlassen bleiben. Der Staat könne nicht selbst für Wohlstand, Kultur und soziale Gerechtigkeit sorgen, sondern lediglich freiheitliche Institutionen bauen.

Für eine moderne Darstellung vgl. *Karl-Heinz Ladewig*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation: die Erzeugung von Sozialkapital durch Institutionen, 2000.

Der negative Freiheitsbegriff steht vor dem Grundproblem, dass Handlungen, die eigentlich nur der Wahrnehmung der eigenen Freiheit dienen sollen, für andere zum Freiheitshindernis werden können. Die Lösung scheint, wie es *Kant* formuliert hat, in einem allgemeinen Gesetz zu liegen.

»Also ist das allgemeine Rechtsgesetz: handle äußerlich so, daß der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von Jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne ...« (Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre, § C)

Doch die Schwierigkeiten stecken, wie so oft, im Detail. Die drei wichtigsten Lösungsprobleme seien hier jedenfalls genannt:

1. Auf wie viel Freiheit muss jeder verzichten, um die Freiheit zu sichern? Mit welchen Mitteln sollen diejenigen, die sich nicht an das allgemeine Gesetz halten, gezwungen werden? *Thomas Hobbes* hatte so rigorose Gesetze vorgesehen, dass viele ihn gar nicht für einen Liberalen halten.
2. Gibt es einen Kernbestand von Freiheiten, die unverzichtbar sind? Als Minimum gelten den meisten Liberalen Gewissensfreiheit, Religionsfreiheit, Meinungsfreiheit und Vertragsfreiheit, Garantie des Privateigentums und Autonomie der Familie.
3. Darf, was Menschen durch den Gebrauch ihrer Freiheit erworben haben, zum Hindernis für die Freiheit anderer werden? *John Locke* ging noch davon aus, dass die Erde groß genug sei und ihr Reichtum durch Arbeit soweit vermehrt werden könne, dass die Frage gar nicht akut werden müsse. *Friedrich von Hayek* hat jedem Eingriff in das durch rechten Gebrauch der Freiheit erworbene Eigentum eine Absage erteilt. Wer, anders als *von Hayek*, unter dem Gesichtspunkt der sozialen Gerechtigkeit Eingriffe zur Herstellung »ökonomischer Freiheit« zulassen will (u. S. 221), begibt sich schon in den Bereich der positiven Freiheit.

Von positiver Freiheit spricht man in einem doppelten Sinne, nämlich einmal im Sinne von **realer Freiheit** und zum anderen im Sinne von **ethischer Freiheit**. Beide Bedeutungen haben miteinander nichts weiter zu tun, als dass sie sich von der negativen Freiheit abheben. *Helvétius* kontrastierte die negative Freiheit mit der realen, *Nietzsche* mit der ethischen.

Von realer (Un-)Freiheit ist im Hinblick auf Hindernisse die Rede, die nicht durch Handlungen konkreter Menschen entstehen. So können ökonomische Gründe Menschen hindern, von bestimmten Freiheiten Gebrauch zu machen. Das gleiche gilt von sozialen Zwängen und körperlichen Behinderungen. Im Hinblick auf die rechtlichen Vorkehrungen, die möglich sind, um reale Freiheit herzustellen, spricht man von **positiver Freiheit**. Im Hintergrund steht ersichtlich der Gedanke der Gleichheit. Rechtliche Ausprägungen dieses positiven Freiheitsbegriffs finden sich in Art. 3 II 2 und III GG. Das positive Freiheitsverständnis führt zu einer Auslegung des Grundgesetzes, die aus Freiheitsrechten Teilhabeansprüche und Schutzpflichten des Staates ableitet (u. S. 221).

Schon lange vor *Nietzsche* haben viele Philosophen die Ansicht vertreten, dass zur wohl verstandenen Freiheit noch eine andere Dimension gehöre, nämlich die

ethische Rechtfertigung der freigestellten Handlung. *Hegels* Freiheitsbegriff sei hier jedenfalls im Zitat vorgestellt. Er folgt im Anschluss an die berühmte Charakterisierung des Staates als »die Wirklichkeit der sittlichen Idee« in § 257 der Rechtsphilosophie.

»§.258 ... Wenn der Staat mit der bürgerlichen Gesellschaft verwechselt und seine Bestimmung in die Sicherheit und den Schutz des Eigenthums und der persönlichen Freiheit gesetzt wird, so ist das Interesse des Einzelnen als solcher der letzte Zweck, zu welchem sie vereinigt sind, und es folgt hieraus ebenso, daß es etwas Beliebiges ist, Mitglied des Staates zu seyn. – Er hat aber ein ganz anderes Verhältnis zum Individuum; indem er objektiver Geist ist, so hat das Individuum selbst nur Objektivität, Wahrheit und Sittlichkeit, als es Glied desselben ist. Die Vereinigung als solche ist selbst der wahrhafte Inhalt und Zweck, und die Bestimmung der Individuen ist ein allgemeines Leben zu führen; ihre weitere besondere Befriedigung, Thätigkeit, Weise des Verhaltens hat dieß Substantielle und Allgemeingültige zu seinem Ausgangspunkte und Resultate. – Die Vernünftigkeit besteht, abstrakt betrachtet, überhaupt in der sich durchdringenden Einheit der Allgemeinheit und der Einzelheit, und hier konkret dem Inhalte nach in der Einheit der objektiven Freiheit d. i. des allgemeinen substantiellen Willens und der subjektiven Freiheit als des individuellen Wissens und seines besondere Zwecke suchenden Willens – und deswegen der Form nach in einem nach gedachten, d. h. allgemeinen Gesetzen und Grundsätzen sich bestimmenden Handeln. – Diese Idee ist das an und für sich ewige und nothwendige Sein des Geistes.«

Die **ethische Version des positiven Freiheitsbegriffs** hat *Isaiah Berlin* in seiner zum Klassiker avancierten Oxforder Antrittsvorlesung vom 31.10.1958 über »Two Concepts of Liberty« als illiberal kritisiert. Seine Wurzel habe der ethische Freiheitsbegriff, so *Berlin*, in der verführerischen Metapher der Selbstbestimmung. Die Vorstellung, man sei sein eigener Herr und niemandes Diener, verlange nach einer Begründung. Als solche diene die Idee der Vernunft, die es dem Menschen gestatte, sich von inneren und äußeren Zwängen frei zu machen. Das vernünftige Selbst werde so zum wahren Selbst. Schnell seien dann andere zur Stelle, die behaupteten, im Namen der Vernunft besser als die Betroffenen zu wissen, was in ihrem wahren Interesse liege. Als bald tauchten dann auch größere Einheiten auf – Stamm oder Rasse, der Staat, die Nation, die Kirche, die Klasse, der Lauf der Geschichte. Die größere Einheit werde zum wahren Selbst, das für sich in Anspruch nehme, seine Glieder kraft besserer Einsicht auf ein höheres Niveau der Freiheit zu heben, tatsächlich aber die realen Wünsche der Menschen ignoriere, da die Freiheit des Einzelnen mit dem Ziel des Ganzen gleichgesetzt werde.

Diese Kritik trifft auch *Rousseaus* Vorstellung von der Überlegenheit der *volonté générale*. *Rousseau* hat Freiheit als »Freiheit durch den Staat« moralisch aufgeladen. Das geschieht durch die Annahme, dass es sich bei den demokratisch beschlossenen Freiheitsbeschränkungen eigentlich nur um Selbstbestimmung handelt (und nicht bloß um eine technische Vorkehrung zur Sicherung der Freiheit). Doch damit werden individuelle und kollektive Selbstbestimmung gleichge-

setzt, obwohl sie nur den Namen gemeinsam tragen. Auch hier zeigt sich die **Differenz von Recht und Moral** (u. § 35). Bis heute ist kein Verfahren bekannt, das besser zur Freiheitssicherung geeignet wäre als Demokratie. Die Einrichtung demokratischer Verfahren folgt zwar der Idee der Selbstbestimmung, trotzdem haben demokratische Entscheidungen nicht die moralische Qualität, die mit der Auszeichnung als individuelle Selbstbestimmung suggeriert wird und die den Widerstand Einzelner unmoralisch erscheinen lässt.

Ein ethisches Freiheitsverständnis ist ein wichtiger Baustein jeder **Individualethik**. Als solcher war es von *Kant* gemeint:

»In einem schon bestehenden politischen Gemeinwesen befinden sich alle politische Bürger, als solche doch im ethischen Naturzustande, und sind berechtigt, auch darin zu bleiben; denn daß jenes seine Bürger zwingen sollte, in ein ethisches gemeines Wesen zu treten, wäre ein Widerspruch (in adjecto); weil das letztere schon in seinem Begriffe die Zwangsfreiheit bei sich führt . . . Weh aber dem Gesetzgeber, der eine auf ethische Zwecke gerichtete Verfassung durch Zwang bewirken wollte!« (Religion in den Grenzen bloßer Vernunft, Drittes Stück)

Als Element der **Sozialethik** führt das ethische Freiheitsverständnis zur Einschränkung individueller Freiheit. *Kant* meinte daher, ein ethisches Gemeinwesen könne in dieser Welt nur in Gestalt einer Kirche begründet werden. Der liberale Rechtsstaat bietet dafür keinen Platz. Gefährlich ist deshalb die verbreitete Vorstellung, die den negativen Freiheitsbegriff unter dem Grundgesetz für überholt erklärt, weil er über keine zeitgemäße Konzeption des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft verfüge. Wenn damit gemeint ist, dass der individuelle Gebrauch von Freiheiten von Rechts wegen unter ethischen Gesichtspunkten zensiert werden dürfe, so führt dies auf die von *Isaiah Berlin* aufgezeigte schiefe Ebene, auf der man in Paternalismus oder gar Totalitarismus abrutschen kann.

Das gilt jedenfalls für Individuen als Subjekte der Freiheit. Anders liegt es, wenn Unternehmen oder anderen juristischen Personen Freiheiten zugebilligt werden. Nach Art. 5 I 2 GG werden etwa die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film gewährleistet. Die öffentlichen Rundfunk- und Fernsehanstalten berufen sich auf diese Vorschrift zur Begründung ihrer Forderung nach einem bestimmten Gebührenaufkommen. Jedenfalls für die öffentlichen Rundfunkanstalten ist die Pressefreiheit keine negative Freiheit, sondern sie ist durch Gesetze und Staatsverträge als institutionelle Freiheit geschaffen worden mit der Aufgabe, überhaupt erst eine freie, öffentliche Meinungsbildung und Meinungsäußerung zu ermöglichen (BVerfGE 59, 231/257f.; 74, 297/323; 87, 101/197 f.). Ihrer Funktion nach ist die Freiheit des öffentlichen Rundfunks daher nicht Selbstzweck, sondern eine »dienende« Freiheit.