

Freiheit als konstitutives Prinzip der Rechtsordnung

Andreas Funke

Die Begriffe des Rechts und der Freiheit sind miteinander verschränkt. Ein nicht-freiheitliches Recht ist nicht denkbar. Das Recht gibt der menschlichen Freiheit Form und Ordnung. Der Zwang ist deshalb kein Gegenbegriff zur Freiheit; die Befugnis zur Zwangsausübung ist im Rechtsbegriff enthalten. So wenig diese Zusammenhänge zu bestreiten sind, so schwer ist die Frage zu beantworten, was sie konkret bedeuten. Ein aktuelles Beispiel, bei dem die Breite des Spektrums rechtlicher Einschätzungen zeigt, wie schwer die juristische Handhabung der Freiheit sein kann, ist die gegenwärtige Debatte um eine Impfpflicht: Habe ich die Freiheit, ohne Impfungen zu leben, die mich vor dem Corona-Virus schützen und meine eigene Infektiosität abschwächen?

Freiheit im Grundgesetz

Das liberale Recht der Gegenwart gestaltet Freiheit als Ensemble von Freiheitsrechten aus. Dementsprechend garantiert das deutsche Grundgesetz zahlreiche Handlungsmöglichkeiten in der Form von Rechten: Meinungsfreiheit, Religionsfreiheit, Berufsfreiheit usw. Für die Voraussetzungen zur Ausübung dieser Freiheitsrechte interessiert sich das Grundgesetz weitgehend nicht. Sie wären ein Thema sozialer Rechte, etwa im Sinne eines Rechts auf Wohnen. Zudem hat das Grundgesetz als Freiheitsrechte nur Rechte »vom Staat« im Blick, also die negative Freiheit. Die positive Freiheit – nicht im Sinne der eben erwähnten Befähigung zur Grundrechtsausübung, sondern im Sinne der politischen Selbstbestimmung einer Gemeinschaft¹ – wird

1 Taylor: Negative Freiheit? S. 118.

vom Grundgesetz weitgehend nicht in den Kategorien subjektiver Berechtigung ausgestaltet. Allein das Recht, an Wahlen teilzunehmen, ist insofern garantiert. Das Grundgesetz konzentriert sich ansonsten auf die objektiven Prinzipien der Demokratie und der Republik.

Die rechtliche Normierung von Freiheit steht vor dem Problem, dass das Recht die Freiheit eigentlich nicht definieren darf, dass aber genau dies erforderlich ist: Freiheitsrechte müssen zum einen inhaltlich bestimmbar sein, zum anderen ist ein Modus erforderlich, der die Grenzen der Freiheitsrechte bestimmbar macht. So ist den rechtsförmigen Freiheitsgarantien eine Spannung eingeschrieben, die im rechtlichen Alltag immer wieder Ambivalenzen hervorruft. Im Verzicht auf eine inhaltliche Bestimmung der Freiheit kann Freiheit verloren gehen. Solchen Ambivalenzen soll im Folgenden anhand von drei Beispielen nachgegangen werden.

Erstes Beispiel: das »allgemeine Freiheitsrecht« des Art. 2 Abs. 1 GG

Nach Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes hat jeder das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. Diese Bestimmung gilt in der herrschenden juristischen Interpretation als »allgemeines Freiheitsrecht«. Es deckt all diejenigen Betätigungen ab, die nicht von anderen, speziellen Grundrechten wie etwa der Religionsfreiheit umfasst sind.² So hat das Bundesverfassungsgericht die Ausreisefreiheit, die im deutschen Grundgesetz nirgends explizit garantiert ist, dem Recht aus Art. 2 Abs. 1 GG zugeordnet.³ Eines der Argumente, die für das damit verbundene umfassende Verständnis des Art. 2 Abs. 1 GG vorgebracht werden, steht gerade im Zusammenhang mit dem Problem der inhaltlichen Bestimmung der Freiheit. Das Freiheitssubjekt muss das erste Wort darüber haben, was seine Freiheit ist.⁴ Nur dann, wenn jede Handlung irgendwie, und sei es über eine allgemeine Handlungsfreiheit, grundrechtlich geschützt ist, bleibt der Staat von der Definition der Freiheit ausgeschlossen.

Was die Entscheidung für eine allgemeine Handlungsfreiheit bedeutet, lässt sich an dem Verbot des Totschlags veranschaulichen, das sich in § 212

2 Bundesverfassungsgericht, Urt. v. 6.6.1989, 1 BvR 921/85, Rn. 152 [= BVerfGE 80, 137].

3 Bundesverfassungsgericht, Urt. v. 16.1.1957, 1 BvR 253/56, Rn. 36 [= BVerfGE 6, 32].

4 Di Fabio: Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 15.

des Strafgesetzbuches findet. Bei unbefangener Betrachtung liegt es nahe anzunehmen, dass ein solches Verbot vor Art. 2 Abs. 1 GG schon deshalb Bestand hat, weil der Totschlag keine Handlung ist, die von diesem Recht geschützt ist. Der Totschlag verletzt das Lebensrecht eines anderen und dazu kann niemand ein Recht haben. Auf der Grundlage der herrschenden Auffassung liegen die Dinge allerdings komplizierter. Jedermann hat ein Recht auf jegliche Betätigung, also auch auf die Tötung anderer. Das Verbot stellt einen Eingriff in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit dar, der rechtfertigungsbedürftig ist. Diese Rechtfertigung gelingt in diesem Fall natürlich leicht. Die allgemeine Handlungsfreiheit kann durch ein Gesetz (als Teil der »verfassungsmäßigen Ordnung« im Sinne von Art. 2 Abs. 1 GG) beschränkt werden. Die Anforderungen, die für solche Gesetze gelten, sind im Falle des § 212 StGB leicht erfüllt. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt als zentrale inhaltliche Anforderung, die von Gesetzen erfüllt werden muss, die die allgemeine Handlungsfreiheit beschränken.⁵ Das Verbot der Tötung eines anderen ist natürlich verhältnismäßig.

Bei anderen Verboten ist die Beurteilung ihrer Verhältnismäßigkeit schwieriger. Wie steht es etwa mit der »freien Fahrt für freie Bürger«? In Deutschland ist sie auch ein Grundrechtsthema. Das ist schon deshalb eigenartig, weil Straßenverkehrsregeln überhaupt erst einmal den Verkehr ermöglichen. Es handelt sich um »konstitutive«, nicht um »regulative« Regeln.⁶ Schon das wäre ein Argument, um diesen Regeln von vorneherein einen freiheitsbeschränkenden Charakter abzusprechen. Hinzu kommen die Gefahren, die entstehen, wenn jeder im Grundsatz das gleiche Recht auf unbeschränkt schnelles Fahren auf öffentlichen Straßen hat. Rasen ist als Freiheitsbetätigung eigentlich nicht denkbar. Hingegen kommt es auf der Grundlage der herrschenden Interpretation des Art. 2 Abs. 1 GG nicht auf diese Qualifikation, sondern auf die Verhältnismäßigkeit eines Verbotes an.

Ist das nicht eigenartig? Sind jemals Menschen für ein Recht auf Rasen auf die Barrikaden gegangen? Haben wir als diejenigen, die sich eine Verfassung geben, einen Anlass dafür, uns gegenseitig ein Recht auf Totschlag einzuräumen?

Eine bis heute gelegentlich vertretene Gegenauffassung zur herrschenden Interpretation nimmt den Wortlaut und den Sinn der Garantie des Art. 2 Abs. 1 GG ernst: Nur solche Handlungen können von diesem Grundrecht

5 Bundesverfassungsgericht, Urt. v. 6.6.1989, 1 BvR 921/85, Rn. 153 [= BVerfGE 80, 137].

6 Searle: Sprechakte.

geschützt sein, die für die Entfaltung der Persönlichkeit von Bedeutung sind.⁷ Die Bedeutung der einschlägigen Handlung muss der Bedeutung gleichkommen, die diejenigen Handlungen haben, die durch die benannten Freiheitsrechte, wie etwa die Meinungsfreiheit, geschützt sind. Dies ist beispielsweise beim Reiten im Wald jenseits der vorgesehenen Wege oder beim Füttern von Tauben auf öffentlichen Anlagen – klassische Beispiele aus der Rechtsprechung – nicht der Fall. Auch der Totschlag ist demnach von vorneherein nicht grundrechtlich geschützt, und wohl ebenso wenig das unbeschränkte Autofahren.

Der strukturelle Unterschied, der zwischen den beiden Interpretationen des Art. 2 Abs. 1 GG besteht, ist auf verschiedenen Ebenen von Relevanz. Ein wichtiger Punkt ist, dass die herrschende Auffassung das Problem der inhaltlichen Freiheitsbestimmung nicht loswird. Es kehrt bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wieder. Die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eines beschränkenden Gesetzes soll nämlich eine staatliche Angelegenheit sein.⁸ Aber wenn auf der Grundlage der herrschenden Auffassung die Reichweite des Schutzes durch Art. 2 Abs. 1 GG letztlich von der Verhältnismäßigkeit einer gesetzlichen Beschränkung abhängt, dann ist es im Nachgang zu einer scheinbar liberalen Öffnung des Grundrechts doch der Staat, der die eigentlich entscheidende Bestimmung der Freiheit autoritativ vornimmt.

Die einschränkende Gegenauffassung macht die Zuordnung einer Handlung zum Freiheitsrecht von dem Wert abhängig, den die Grundrechte für uns haben. Grundrechte schützen, das unterscheidet sie von anderen Rechten, Interessen, die ein menschenwürdiges Leben ausmachen. Nach diesem Wert muss zunächst nicht gefragt werden, wenn demgegenüber mit der herrschenden Auffassung ein allgemeines Freiheitsrecht postuliert wird. Dieser Wert wird juristisch invisibilisiert. Rasen ist nicht weniger wichtig als Ausreisen. Aber die Verhältnismäßigkeitsprüfung kommt ohne Rekurs auf den Wert der jeweiligen Handlung nicht aus. Denn in ihrem Rahmen muss mittels einer Abwägung ermittelt werden, ob die freiheitsbeschränkende Regelung den Betroffenen unzumutbar belastet. Die damit verbundene Gewichtung macht es erforderlich, die Bedeutung der jeweiligen Handlung zu bestimmen. Die herrschende Interpretation des Art. 2 Abs. 1 GG kommt damit um eine Bewertung von Handlungen nicht herum.

7 Grimm: Abweichende Meinung zum Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Juni 1989, 1 BvR 921/85, in: BVerfGE 80, S. 165.

8 Borowski: § 274 Subjekte der Verfassungsinterpretation, Rn. 24.

Zweites Beispiel: das Recht auf selbstbestimmtes Sterben

Die Grundrechte schützen auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Die Rechtsprechung stützt dieses Recht nicht allein auf den erwähnten Art. 2 Abs. 1 GG, sondern auf die Verbindung dieser Norm mit der Garantie der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG. Dem so verstandenen Persönlichkeitsrecht ordnet das Bundesverfassungsgericht neuerdings auch das Recht zu, selbstbestimmt zu sterben.⁹ Dabei verortet es dieses Recht auf der gleitenden Skala zwischen der Handlungsfreiheit und der Menschenwürde in der Menschenwürde. Das hat eine wichtige Konsequenz für die – wie gesehen: entscheidende – Reichweite der gesetzlichen Gestaltungsmöglichkeiten. Eingriffe in die Menschenwürde sind per se unzulässig, weil die Menschenwürde »unantastbar« ist. Die gesetzliche Gestaltung der Sterbehilfe ist damit nur in einem höchst beschränkten Maße zulässig. Leitidee des Bundesverfassungsgerichts ist die »autonome Selbstbestimmung« des Einzelnen: »Das Recht, sich selbst das Leben zu nehmen, stellt sicher, dass der Einzelne über sich entsprechend dem eigenen Selbstbild autonom bestimmen und damit seine Persönlichkeit wahren kann [...]«¹⁰. »Autonome Selbstbestimmung« ist eigentlich ein Pleonasmus, dessen Verwendung irritiert. Von der vielschichtigen Problematik der Sterbehilfe sollen an dieser Stelle nur diejenigen Aspekte interessieren, die wiederum das Thema der Freiheitsbestimmung und des Wertes der Freiheit betreffen. Die Freiheitsbestimmung ist auf zwei Ebenen relevant: Das Bundesverfassungsgericht will eine »autonome« Bestimmung des eigenen Selbstbildes mit Blick auf Leben und Sterben gewährleisten. Das wäre allerdings auch durch eine Zuordnung zu Art. 2 Abs. 1 GG möglich gewesen. Für die Zuordnung zur Menschenwürdegarantie soll offenbar der Umstand entscheidend sein, dass die Entscheidung zu sterben eine höchst individuelle Entscheidung ist. Das ist eigentlich nicht zu bezweifeln. Aber ein Fragezeichen bleibt: Ist es der Einzelnen möglich, ihr Selbstbild völlig unabhängig davon zu entwickeln, welche Wertewelt sie mit anderen teilt? Sofern dies verneint wird, schrumpft der »autonome« Charakter dieser Einschätzung.¹¹ Das andere Bestimmungsmoment betrifft die Frage, ob das Recht zu

9 Bundesverfassungsgericht, Urt. v. 26.2.2020, 2 BvR 2347/15 u.a., Rn. 208 [= BVerfGE 153, 182].

10 Bundesverfassungsgericht, Urt. v. 26.2.2020, 2 BvR 2347/15 u.a., Rn. 209 [= BVerfGE 153, 182].

11 Vgl. Funke: Parallelweg, im Erscheinen.

sterben auf bestimmte Situationen – etwa schwere Leiden – beschränkt sein soll. Das Bundesverfassungsgericht lehnt dies ab: Dritte oder gar der Staat dürfen die Situationen, in denen das Recht auf selbstbestimmtes Sterben wahrgenommen wird, nicht definieren. Das bedeutet aber, dass das Recht zu sterben absolut voraussetzungslos wahrgenommen werden kann. Jeder darf sich *einfach so* umbringen. Diese Konsequenz lässt sich aber nicht stimmig in das System grundrechtlicher Gewährleistungen des Grundgesetzes einfügen. Denn sie widerspricht dem Wert, der hinter der Einräumung eines Rechts auf Leben (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) steht.

Drittes Beispiel: intertemporaler Freiheitsschutz

Das dritte Beispiel für die Ambivalenzen in der juristischen Handhabung der Freiheit ist die Figur eines intertemporalen Freiheitsschutzes, den das Bundesverfassungsgericht jüngst im Zusammenhang mit der Bewältigung des anthropogenen Klimawandels entwickelt hat. In seinem »Klima-Beschluss« musste sich das Gericht mit der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Regelungen zur Reduktion von Treibhausgasemissionen befassen. Das Gericht geht davon aus, dass sich diese Regelungen auf praktisch jede Freiheit zukünftiger Generationen auswirken. Eine in der Gegenwart zu großzügige Zulassung von CO₂-Emissionen macht, so das Gericht, in der Zukunft höhere Treibhausgasminderungen und deshalb entsprechend weitergehende Freiheitseinschränkungen als heute erforderlich. In diesem Zusammenhang kehrt nun alles wieder: der umfassende Schutz der Freiheit durch das Grundgesetz, jedenfalls durch die in Art. 2 Abs. 1 GG verbürgte allgemeine Handlungsfreiheit¹² ebenso wie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die einschlägigen gesetzlichen Normen sind insoweit verfassungswidrig, als sie unverhältnismäßige Gefahren der Beeinträchtigung künftiger grundrechtlicher Freiheit begründen.¹³

Sicherlich handelt es sich beim Klima-Beschluss um eine Entscheidung, die den Wert der individuellen Freiheit durch die Erstreckung *in die Zeit* auf sinnvolle Weise neu interpretiert. Aber in dieser Bestimmung der Freiheit

12 Bundesverfassungsgericht, Urt. v. 24.3.2021, 1 BvR 2656/18 u.a., Rn. 131 [= BVerfGE 157, 30].

13 Bundesverfassungsgericht, Urt. v. 24.3.2021, 1 BvR 2656/18 u.a., Rn. 135 [= BVerfGE 157, 30].

liegt eine Einseitigkeit. Das Bundesverfassungsgericht löst ein zentrales Problem des menschlichen Zusammenlebens allein über die Figur der negativen Freiheit. Intertemporale Freiheitssicherung ist aber auch eine Beschränkung der gegenwärtigen demokratischen Selbstbestimmung.¹⁴ Das Bundes-Klimaschutzgesetz muss *in der Gegenwart* politisch verantwortet werden. Die positive, demokratische Freiheit der heute lebenden Menschen kommt also nicht in Ansatz, um auf irgendeine Weise mit der negativen Freiheit zukünftiger Generationen ausbalanciert zu werden.

Fazit

Es wurden drei Beispiele angeführt, die zeigen, wie das Recht im Dienst der Freiheit steht – und welche Schattenseiten diese Verschränkung hat. Zum Abschluss dieses Beitrages sei die Hypothese gewagt, dass hinter den geschilderten Ambivalenzen auch eine Einseitigkeit in der Wahrnehmung der Freiheit steht: Wir denken bei »Freiheit« immer schon an die Freiheit des Einzelnen, die sich im menschlichen Gegeneinander statt im Zusammenwirken bewähren muss. Die »Entfaltung der Menschen durch die Menschen«¹⁵, deren rechtliche Verfassung einen Raum gemeinsamen freien Handelns ermöglicht,¹⁶ fügt sich nur mühsam in unser Freiheitsverständnis ein. Freiheit ist uns häufig nur unsere je eigene Freiheit. Wer dies anders sieht, dem- oder derjenigen werden dann auch gesetzliche Impfpflichten weniger als Beschränkung, sondern als Ermöglichung von Freiheit erscheinen.

Literatur

Borowski, Martin: »§ 274 Subjekte der Verfassungsinterpretation«, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band 12, Heidelberg 2014, S. 761–782 (angegeben wird die Randnummer).

14 Wegener: Menschenrecht auf Klimaschutz? S. 428.

15 Suhr: Entfaltung der Menschen durch die Menschen.

16 Schulz: Die Krise des Republikanismus, S. 265.

- Di Fabio, Udo: »Art. 2 Abs. 1 GG«, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, München 2001 (angegeben wird die Randnummer).
- Funke, Andreas: »Parallelweg: Menschenwürde und Menschenbild. Zur Entweltlichung des Menschen in der Menschenwürdeinterpretation«, in: Rolf Gröschner/Oliver W. Lembcke/Stefan Kirste (Hg.), Wege der Menschenwürde, Tübingen, im Erscheinen.
- Schulz, Daniel: Die Krise des Republikanismus, Baden-Baden 2015.
- Searle, John R.: Sprechakte. Ein sprachphilosophischer Essay, Frankfurt a.M. 1973.
- Suhr, Dieter: Entfaltung der Menschen durch die Menschen. Zur Grundrechtsdogmatik der Persönlichkeitsentfaltung, der Ausübungsgemeinschaften und des Eigentums, Berlin 1976.
- Taylor, Charles: Negative Freiheit? Zur Kritik des neuzeitlichen Individualismus, Frankfurt a.M. 1988.
- Wegener, Bernhard: »Menschenrecht auf Klimaschutz? Grenzen grundrechtsgestützter Klimaklagen gegen Staat und Private«, in: Neue Juristische Wochenschrift, Heft 7 (2022), S. 425–431.