

# Die vielen Freiheiten, die eine Freiheit und das Recht

---

*Dietmar Willoweit*

Das »Vermögen der reinen Vernunft« vermag nach Immanuel Kant die bloße »Freiheit der Willkür« mit einem für die Allgemeinheit geeigneten Gesetz in eine »praktisch« anwendbare Gestalt zu verwandeln.<sup>1</sup> Die Willkürfreiheit des Menschen gewinnt erst durch das Recht eine sozial brauchbare Form. Umgekehrt gestattet aber die Besinnung auf die Freiheit ein angemessenes Verständnis des Rechts. Kants geniale Definition verdient es, in Erinnerung gerufen zu werden: »Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann.« Diese Verklammerung von Freiheit und Recht, die unsere besondere Aufmerksamkeit verdient, findet in der modernen Rechtswissenschaft nur noch geringe Beachtung. Lieber zitieren auch namhafte Autoren Kants bekanntes Bonmot, die Frage »Was ist Recht« setze den Rechtsgelehrten ebenso in Verlegenheit wie den Logiker die Frage »Was ist Wahrheit?«<sup>2</sup> Der moderne, rechtspositivistisch geschulte Jurist glaubt darin den Relativismus seiner eigenen Epoche wiederzuerkennen. Kant hatte aber mit dem noch ganz anderen Problem zu tun, dass neben dem seit Generationen überkommenen, innergesellschaftlich lebendigen Recht nun »in irgend einem Lande die Gesetze zu irgend einer Zeit« – man darf hinzufügen: irgend etwas – »wollen«<sup>3</sup>, was als »Recht« bis dahin nicht verstanden wurde.

Tatsächlich liefert Kant auf seine Frage, was Recht sei, schon wenige Sätze danach die treffende, mit seinem später explizierten Rechtsbegriff übereinstimmende Erläuterung, dass »der Begriff des Rechts, sofern er sich auf eine

---

1 Kant: Metaphysik der Sitten, S. 14 und S. 35.

2 Ebd., S. 33; Rüthers: Rechtstheorie, vor Kap. 2; Hofmann: Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, S. 4.

3 Ebd., S. 33.

ihm korrespondierende Verbindlichkeit bezieht [...] nur das äußere und zwar praktische Verhältnis einer Person gegen eine andere, sofern ihre Handlungen als Fakta aufeinander [...] Einfluss haben können<sup>4</sup> betrifft. Damit schließt sich Kant einer schon viele Jahrhunderte währenden Tradition des Rechtsdenkens an. Recht ist ursprünglich, als es noch kaum Gesetzgebung gab und daher auch die Vorstellung von »objektivem« Recht nur schwach entwickelt war, nichts anderes als die zwischen zwei Individuen entstandene Beziehung von Anspruch und Verpflichtung: in friedlichen Verhältnissen durch die Begründung von verlässlichen, also verbindlichen Vereinbarungen, im Konfliktfall durch das Verlangen nach Ausgleich mittels Rache, Strafe oder die Erbringung einer Leistung, der sog. *compositio*. Empirische Grundlage dieses »subjektiven« Rechtsbegriffs ist das von der Ethnologie erforschte und herausgearbeitete Prinzip der Reziprozität. Es ist der Austausch von Leistung und Gegenleistung und daher konsequent auch von Verletzung und Vergeltung, der das soziale Leben steuert.<sup>5</sup> Diese durchgängig zu beobachtende Verhaltensweise, die mit Opfern sogar die Götterwelt einbezieht, mag man selbst als eine »objektive« Ordnung begreifen, aber nicht beliebiger Art. Denn sie konstituiert der Rechtsbegriff: Müssen Verträge nicht gehalten und Verletzungen sanktionslos erduldet werden, kann ein rechtlich geordneter Zustand nicht mehr wahrgenommen, »Recht« nicht einmal mehr gedacht werden. Es herrscht dann die Willkür des Stärkeren. Im Gegensatz zu modernen rechtstheoretischen Annahmen kommt daher nicht dem objektiven Recht ein logischer und historischer Vorrang zu, sondern dem subjektiven Recht.<sup>6</sup>

Damit eröffnet sich ein großer Raum freiheitlichen Rechtsdenkens, in dem die handelnden Rechtssubjekte ohne gesetzliche Vorlagen selbst ihre Interessen nach ihrer vernünftigen Einsicht in rechtlichen Formen regelten. Zeugen dieser Praxis sind die bis zur Aufklärung aus allen historischen Epochen belegten freien Vertragsgestaltungen, oft komplizierter Art, von den Zeiten der Babylonier über die der römischen Klassik und des Mittelalters bis zum Kaufmannsrecht der frühen Neuzeit. Der römische Jurist Ulpian hat das danach in intersubjektiven Beziehungen denkbare Rechtssystem in der berühmten Formel zusammengefasst: »*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum*

---

4 Ebd., S. 34.

5 Mauss: *Die Gabe*; Thurnwald: *Die menschliche Gesellschaft*, S. 15; Malinowski: *Crime and Custom*, S. 55; Hoebel: *The Law of Primitive Man*.

6 Habermas: *Faktizität und Geltung*, S. 117; Willoweit: *Gerechtigkeit und Recht*; Dorn: *Recht, subjektives*, Sp. 1088–1094.

cuique tribuendi«. Der zwischenmenschliche Grund dieser Aussage erschließt sich erst mit dem richtigen Verständnis von ius als einer subjektiven Berechtigung, nicht etwa als Begriff für das objektive Recht. Der nachfolgende Satz konkretisiert die Forderungen des Rechts gegenüber dem Einzelnen: »honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere<sup>7</sup>. Ehrbare Lebensweise, das Verbot, andere zu verletzen und jedem das gerade ihm Geschuldete zu kommen zu lassen, definieren den Rechtsbegriff allein auf der intersubjektiven Ebene. Dieses individualrechtliche Verständnis des Rechts findet sich ähnlich auch bei Thomas von Aquin, der den Rechtsbegriff von den verschiedenen Austauschverhältnissen herleitet und ausdrücklich betont, dass Gott daran nicht beteiligt sei, weil er von niemandem etwas empfange.<sup>8</sup> Das tugendhafte und insofern gottgefällige Verhalten der Menschen bringt das Recht hervor. Erst am Ende des Mittelalters verschafft sich der Gedanke allmählich Gehör, Recht sei ein von einer gesetzgebenden Autorität erlassenes, Gehorsamforderndes Gebot. Aber noch Hugo Grotius sah im Recht in erster Linie die Qualität einer Person, etwas zu tun oder zu besitzen und nur in einem weiteren Sinne eine gesetzliche Regelung.<sup>9</sup>

Aus diesem, noch Kant geläufigen Rechtsbegriff folgt die zwingende Konsequenz einer mit rechtlichen Fähigkeiten ausgestatteten Personalität des Individuums. Wer für Verletzungen einstehen muss, weil er das Prinzip des »neminem laedere« missachtet hat, weil er das vertraglich Geschuldete leisten muss oder als Gläubiger fordern darf, wird als Rechtssubjekt aktiv, ohne dass er dazu der Ermächtigung irgendeiner Autorität bedurfte. Man darf annehmen, dass dieser elementare Mechanismus des Rechts allen Kulturen gemeinsam war und ist, mit welchen Varianten auch immer. Denn Recht an sich kann nicht völlig inhaltslos gedacht werden. Ist der Mensch aber als Person Träger von Rechten und Pflichten, dann stellt sich die Frage, in welchem Umfang das der Fall sein muss, damit er die angedeuteten ursprünglichsten Funktionen wahrnehmen kann. Es geht ja nur um das Recht des Rechtssubjekts, sich und das Seinige zu schützen und das ihm Zustehende einzufordern, während andererseits der Verpflichtete auch nur in diesem Umfang belastet sein kann. Ein naturrechtliches System lässt sich aus diesen engen Funktionen des Rechts nicht herleiten. Wohl aber muss von einem »minimal content of natural law« die Rede sein, wie es der britische Rechtsphilosoph H. L. A.

7 Ulpian: D. 1, 1, 10; Inst. I pr. und I, 3.

8 Ausführlich Willoweit: Gerechtigkeit, S. 43ff.

9 Grotius: De iure belli ac pacis, Lib. I Cap. I n. III sqq., IX.

Hart trotz seiner entschiedenen Stellungnahme für den Rechtspositivismus mit anderer, am Überlebenswillen orientierter Begründung herausgearbeitet hat.<sup>10</sup> Der Entwurf seiner Rechtstheorie zeigt, dass sich naturrechtliche Konstruktionen erübrigen, wenn auf der Suche nach dem Minimum des Rechts nachdrücklich der Rechtsgriff selbst befragt wird. So verfuhr schon der große humanistische Jurist Hugo Donellus, der aus der Überlegung, was das »*suum cuique tribuere*« für den Menschen selbst, ohne den Blick auf den anderen, bedeuten könnte, den Schluss zog: Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit, Ansehen.<sup>11</sup> Diese wohlüberlegten Aspekte menschlicher Existenz beziehen sich ausschließlich auf das Verhältnis zum Mitmenschen. Kant hat diesen wechselseitigen »Anspruch auf Achtung von seinen Nebenmenschen« bekanntlich als Ausdruck der Würde des Menschen verstanden.<sup>12</sup> Sie hat ihre Wurzel in seiner rechtlichen Handlungsfähigkeit, die sich wiederum aus dem subjektiven Rechtsbegriff ergibt.

Damit nähern wir uns der weiter ausgreifenden Idee der Menschenrechte als überzeugendstem Ausdruck und zugleich Schutz der Freiheit. Denn Freiheit ist mit den Mitteln der Jurisprudenz allein nicht zu begründen. Juristischer Differenzierung und Instrumentalisierung kann nahezu jedes Lebensgut unterworfen werden, auch die Freiheit. Sie galt schon in schlichten sozialen Verhältnissen, ehe es Juristen gab, als veräußerliches Gut, und dann auch für die Jurisprudenz. Nur durch die Idee der Menschenrechte, die mit dem Menschsein nicht nur entstanden sein, sondern mit ihm auch unverbrüchlich erhalten bleiben sollen, ist Freiheit auf Dauer zu sichern. Das zu begründen, ist viel Mühe aufgewendet worden, die ebenso viel Kritik erfahren hat.<sup>13</sup> Moderne Rechtswissenschaft neigt daher dazu, die Geltung der Menschenrechte an ihre Aufnahme in moderne Verfassungsgesetze zu knüpfen.<sup>14</sup> Dieses bis heute weitgehend akzeptierte, strikt rechtspositivistische Konzept, muss – im Gegensatz zur ursprünglichen Menschenrechtsidee – allerdings den erheblichen Mangel in Kauf nehmen, dass dann außerhalb gut organisierter Rechtsstaatlichkeit mit gesetzlich festgeschriebenen Grundrechtskatalogen kein Platz für

<sup>10</sup> Hart: *The Concept of Law*, S. 266ff. Willoweit: *Gerechtigkeit*, S. 63ff.

<sup>11</sup> Donellus: *Commentarii de jure civili*, Lib. 2 Cap. 8 n. 3: »*vita, incolumitas corporis, libertas, estimatio*«.

<sup>12</sup> Kant: *Metaphysik der Sitten*, S. 321.; vgl. auch Kant: *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, 2. Abschnitt.

<sup>13</sup> Seelmann/Demko: *Rechtsphilosophie*, § 12; Mahlmann: *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, § 29 Rn. 29ff.

<sup>14</sup> Hofmann: *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*, S. 10, 40ff.

die Annahme von Menschenrechten bleibt und jede politische Macht über den Inhalt solcher Rechte souverän entscheiden könnte.

Wenn eine so positivistische Beliebigkeit nicht unbedingt der rechtspolitischen Realität in der globalisierten Welt entspricht, sondern spätestens seit der Universal Declaration of Human Rights der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1948 ein inhaltliches Profil der Menschenrechtsgrammatik zu erkennen ist, dann wegen ihrer Genese in einer bestimmten historischen Situation im Zeitalter der Aufklärung und aufgrund der Erfahrungen des 20. Jahrhunderts. Die Menschenrechte antworten auf die geschichtliche Entwicklung seit dem Hochmittelalter, in deren Verlauf die soziale Dynamik zunehmend durch die intellektuelle Reflexion führender Eliten so beeinflusst wurden ist, dass die etablierten ständischen Strukturen ihre legitimierende Substanz verloren und erodierten. Unter diesen Bedingungen erwies sich die Bezug auf ursprüngliche, schon im »Naturzustand« existente und dem Zugriff der Staatsgewalt nicht ausgelieferte Rechte des Menschen als eine angemessene und notwendige Reaktion, ohne dass entschieden werden muss, ob Menschenrechten auch ohne gesetzliche Grundlage eine reale Existenz in der Welt des Rechts zukommt oder nicht. Dieser Impuls, den Gefährdungen der Menschlichkeit durch Berufung auf sie schützende elementarste Rechte zu begegnen, hat nach dem Zweiten Weltkrieg an Gewicht gewonnen. Nach Johannes Schwartländer »versuchen« die Menschenrechte, »in jeder geschichtlich-geellschaftlich veränderten Situation diejenigen Bedingungen immer wieder neu zu nennen und vor allem ihre rechtliche Sicherung anzustreben, durch die jedem Menschen ein seiner Würde und seiner Freiheit angemessenes Leben möglich wird.«<sup>15</sup> Diese Begründung der Menschenrechte durch den Blick auf die Geschichte kann den Relativismus der Rechtsfindung nicht ausschließen. Aber als »geschichtliches Vernunftrecht«<sup>16</sup> wohnt ihr in pluralistisch strukturierten Gesellschaften eine schwerlich zu überbietende Überzeugungskraft inne.

In neuerer Zeit hat Hans Joas diesen gedanklichen Ansatz weitergeführt, indem er die Sakralisierung der Person im Laufe der frühen Neuzeit und bis in die Gegenwart hinein als ein Charakteristikum modernen Rechtsdenkens analysierte.<sup>17</sup> Er möchte diesen Entwicklungsprozess aber nicht »historistisch«

---

15 Schwartländer: Menschenrechte, Einleitung S. 10.

16 Brugger: Menschenrechtsethos und Verantwortungspolitik, S. 283.

17 Joas: Die Sakralität der Person.

beobachtend, sondern »affirmativ« als Genealogie gegenwärtigen Menschenrechtsdenkens begreifen. Mag man auch daran zweifeln, ob die Sakralisierung der Person den Menschenrechten einen gleichsam dauerhaften geschichtlichen Ort verschafft hat, weil gleichzeitig menschenverachtende Praktiken an Boden gewonnen haben, so ist doch nicht an der von Joas klarer gesehenen Einzigartigkeit des Menschenrechtsdiskurses als Grundlage realer Freiheit zu zweifeln. Denn wie kaum ein anderes wissenschaftliches Thema betrifft die Frage nach den Menschenrechten das Freiheitsverständnis des Fragenden selbst.

## Literatur

- Brugger, Winfried: Menschenrechtsethos und Verantwortungspolitik. Max Webers Beitrag zur Analyse und Begründung der Menschenrechte, Freiburg i.Br. 1980.
- Donellus, Hugues: *Commentarii de jure civili*, Lib. 2, Frankfurt 1590.
- Dorn, Franz: »Recht, subjektives«, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Band IV, 29. Lfg., Berlin 2022, Sp. 1088–1094.
- Grotius, Hugo: *De iure belli ac pacis* (1625), cum Annotatis Auctoris, Amsterdam 1701.
- Habermas, Jürgen: Faktizität und Geltung, 7. Aufl., Frankfurt a.M. 2019.
- Hart, Herbert L. A.: *The Concept of Law* (1961). Mit einem Postskript von Bulloch, Penelope A./Raz, Joseph, Oxford 1997, dt. Der Begriff des Rechts, Frankfurt a.M. 1973.
- Hoebel, Edward A.: *The Law of Primitive Man*, Cambridge 1954, dt. Das Recht der Naturvölker, Olten 1968.
- Hofmann, Hasso: Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 5. Aufl., Darmstadt 2001.
- Joas, Hans: *Die Sakralität der Person. Eine neue Genealogie der Menschenrechte*, 3. Aufl., Berlin 2012.
- Kant, Immanuel: *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, Riga 1786.
- Kant, Immanuel: *Metaphysik der Sitten*, hg. von Karl Vorländer, 4. Aufl., Leipzig 1922, Nachdr. 1945.
- Mahlmann, Matthias: *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 3. Aufl., Baden-Baden 2015.
- Malinowski, Bronisław: *Crime and Custom in Savage Society* (1926), 3. Aufl., London 1940, dt. *Sitte und Verbrechen bei den Naturvölkern*, Bern 1947.

Mauss, Marcel: »Essai sur le don«, in: *l'Année Sociologique* 1923/24, dt. »Die Gabe«, Frankfurt a.M. 2004.

Rüthers, Bernd: *Rechtstheorie*, 9. Aufl., München 2016.

Schwartländer, Johannes (Hg.): *Menschenrechte. Aspekte ihrer Begründung und Verwirklichung*, Tübingen 1978.

Seelmann, Kurt/Demko, Daniela: *Rechtsphilosophie*, 6. Aufl., München 2014.

Thurnwald, Richard: *Die menschliche Gesellschaft in ihren ethno-soziologischen Grundlagen*, Berlin/Leipzig 1934.

Ulpian: D. 1, 1, 10; Inst. I pr. und I, 3.

Willoweit, Dietmar: »Gerechtigkeit und Recht. Zur Unterscheidung zweier Grundbegriffe der Jurisprudenz«, in: *Sitzungsberichte der Bayer. Akademie der Wissenschaften* 2018, H.1.

