

Braunschweigische  
Wissenschaftliche Gesellschaft

# Jahrbuch 2018

Sonderdruck  
Seiten 154–164



J. CRAMER Verlag · Braunschweig  
2019

## Gesetzmäßigkeiten der Natur und Quellen des positiven Rechts\*

CHRISTIAN STARCK

Georg-August-Universität Göttingen, Schlegelweg 10, DE-37075 Göttingen  
E-Mail:cstarck@gwdg.de

### 1. Begriffliche Vorbemerkung

Als *positives Recht* bezeichnet man in der Rechtswissenschaft und in der Rechtspraxis Verfassungen, Gesetze, Staatsverträge, Rechtsverordnungen, Satzungen und Gewohnheitsrecht. Die genannten Rechtsquellen, die in einer hierarchischen Ordnung zueinander stehen, enthalten verbindliches positives (= gesetztes, ponere, positus) Recht. – *Gesetzmäßigkeiten der Natur* sind dem Menschen und seiner Existenz konstant und unveränderlich vorgegeben.<sup>1</sup> Genauer betrachtet sind Naturgesetze strikte, unveränderliche Regelmäßigkeiten, solange sie nicht falsifiziert worden sind.<sup>2</sup> Sie sind in diesem Sinne keine formellen Rechtsquellen.

Mit den Gesetzmäßigkeiten der Natur, um die es hier geht, ist nicht das Naturrecht zu vermischen. Ihm liegt ein teleologischer und moralischer Naturbegriff zugrunde, der nicht empirisch-deskriptiv ist, sondern normativ. Solch eine moralische Naturrechtsordnung hat in der europäischen Rechtsgeschichte eine große Rolle gespielt und die einzelnen Rechtsordnungen einander verbindend geprägt. Die Naturrechtslehre, die der griechischen Philosophie entstammt, zunächst der Ideenlehre Platons, die Aristoteles mit der Wirklichkeit versöhnt hat und das physei dikaion – das von Natur Gerechte – herausgearbeitet hat.<sup>3</sup> Die Naturrechtslehre ist im Mittelalter und in der Neuzeit weiter entwickelt worden und hat die Grundlagen unseres Rechts staatsübergreifend stark geprägt, welche sind die Gewaltenteilung und die Menschenrechte,<sup>4</sup> die beide dem Autonomiegedanken entstammen, die Staatsgewalt mäßigen und die individuelle Freiheit sichern.

---

\* Der Vortrag wurde am 15.06.2018 beim Carl-Friedrich-Gauß Kolloquium „Gesetzmäßigkeiten der Natur und Quellen des positiven Rechts“ anlässlich der Jahresversammlung der Braunschweigischen Wissenschaftlichen Gesellschaft gehalten.

<sup>1</sup> *Heinrich Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1977, S. 378.

<sup>2</sup> *Karl Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. I, 7. Aufl. 1992, S. 70.

<sup>3</sup> *Christian Starck*, Nomos und Physis (1987), in: *ders.*, Der demokratische Verfassungsstaat, 1995, S. 329, 338 f.

<sup>4</sup> *Christian Starck*, Woher kommt das Recht?, 2015, S. 119 ff., *ders.*, Errungenschaften der Rechtskultur. Menschenrechte und Gewaltenteilung, 2011, S. 19 ff., 23 ff.

Wenden wir uns jetzt dem Thema „Gesetzmäßigkeiten der Natur“ zu und lassen wir die Naturrechtslehre aus dem Spiel. Wenn man die Gesetzmäßigkeiten der Natur in Bezug zu den Quellen des positiven Rechts setzt, so sind damit nicht die fertigen Rechtssätze gemeint, die unter die genannten formellen Rechtsquellen fallen. Paul Kirchhof hat in seinem Aufsatz „Rechtsquellen und Grundgesetz“<sup>5</sup> von *Rechtserzeugungsquellen* gesprochen, die Ursachen bezeichnen, die Recht zum Entstehen bringen können. Das sind Religion, ethische und moralische Vorstellungen, klimatische Verhältnisse, Produktions- und Handelsmöglichkeiten und so eben auch, und zwar in entscheidender Weise Gesetzmäßigkeiten der Natur. Solche Rechtserzeugungsquellen sind nicht stets zwingend; denn das Recht lässt sich nicht aus ihnen einfach ableiten. Aus dem beobachteten Sein folgt kein bestimmtes Sollen. Man spricht von Vorgegebenheiten, die die rechtschaffende Instanz berücksichtigen kann oder soll und verarbeiten muss.

## 2. Gesetzmäßigkeit der Natur und positives Recht

Gesetzmäßigkeit der Natur, die den Menschen und somit das Recht berühren, beobachten wir im Sonnensystem (1), auf der Erde einschl. Lufthülle, Gesteine, Pflanzen, Tiere (2) und beim Menschen (3).

### 2.1. Naturgesetze des Sonnensystems

Stellung und Bewegung der Gestirne, insbesondere der Erdkugel mit einer Neigung der Erdachse von 23,5 Grad, bewirken hell und dunkel (= Tag und Nacht), den Ablauf der Jahreszeiten, die Sonnenwenden am 21.12. und am 21.6. und die wechselnde Dauer der täglichen Helligkeit. Der Mond beeinflusst die Gezeiten an den Meeresküsten und noch manches andere. Diese für das Leben auf Erden relevanten Gesetzmäßigkeiten kann der Mensch nicht beeinflussen. Er kann sie nur erkennen und ihre Auswirkungen auf den Erdball und das dort stattfindende Leben verstehen lernen. Die Naturgesetze des Sonnensystems haben mit normativen Gesetzen nichts zu tun. Vielmehr sind sie Grundlagen von Fakten, sog. Vorgegebenheiten, die das (menschliche) Leben auf Erden bestimmen und bei der Schaffung positiven Rechts berücksichtigt werden müssen.

Alle normativen Zeit- und Terminbestimmungen, Arbeits- und Öffnungszeiten, Fahrpläne und Arbeitspläne, die jeweiligen Arbeiten nach Jahreszeiten in der Landwirtschaft stehen in Abhängigkeit von den Gesetzmäßigkeiten des Sonnensystems und sind teils durch positives Recht festgelegt.

---

<sup>5</sup> in: Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, B. II, 1976, S. 50, 53 f.

## 2.2. Naturgesetze der Erde

Die Erde ist von den Gesetzmäßigkeiten des Sonnensystems abhängig und steht zusammen mit der sie umgebenden Lufthülle – Troposphäre bis 12 km, Stratosphäre bis 50 km und Mesosphäre bis 80 km – unter eigenen Naturgesetzen, zu denen auch die Schwerkraft gehört. Auf der Erde lebende Pflanzen und Tiere sind außer von den Gesetzen des Sonnensystems auch von den irdischen Naturgesetzen abhängig. Fruchtbarkeit des Bodens, Wasser, Sicherheit einer Nahrungskette. Darauf muss ich hier nicht näher eingehen.

Wichtiger scheint mir zu sein, dass auf der Grundlage der Naturgesetze sich Phänomene gebildet haben, die das Leben auf Erden überhaupt erst ermöglichen. Beispiele sind die Klimaregulierung und die Ozonschicht. Diese entstand in einem sehr frühen Stadium der Erde. Dafür war Leben erforderlich. Cyanobakterien produzierten den Sauerstoff, der Voraussetzung für das heutige Leben ist. Aus einer Verbindung von Sauerstoffatomen und Sauerstoffmolekülen<sup>6</sup> entsteht Ozon. Das geht so vor sich: In der Atmosphäre trifft ultraviolette Strahlung der Sonne auf den molekularen Sauerstoff, der sich spaltet. Die dabei entstehenden Sauerstoffatome verbinden sich schnell mit Sauerstoffmolekülen, wodurch Ozon entsteht. Dieses kann durch ultraviolettes Sonnenlicht wieder zu Sauerstoffatomen und Sauerstoffmolekülen gespalten werden, wobei die UV-Strahlung letztendlich in Wärme umgewandelt wird. Der Ozonkreislauf, der ein Gleichgewicht von Ozon und Sauerstoff aufrecht erhält, schützt damit die auf der Erde lebenden Organismen vor den UV-Strahlen der Sonne.

Dieses Gleichgewicht wird gestört, wenn bestimmte Chemikalien in die Stratosphäre gelangen und dort das Ozon zerstören, wie es z.B. FCKW aus Spraydosen tut. Die Ozon schädigenden Substanzen wirken lange. Durch Verminderung der Ozonschicht wird mehr UV-Strahlung durchgelassen und wirkt zerstörend auf Mensch und Natur.

Das positive Recht versucht mit Verboten, die Ozonschicht zu schützen. Wegen der weltweiten Wirkung ist hier besonders das Völkerrecht gefragt. Das Wiener Übereinkommen zum Schutze der Ozonschicht vom 22. 3. 1985<sup>7</sup> definiert die Ozonschicht als „die Schicht atmosphärischen Ozons oberhalb der planetarischen Grenzschicht“ (Art. 1 Nr. 1) und legt den Vertragsparteien Verpflichtungen auf, u. a. den Zustand der Ozonschicht zu beobachten, mit anderen Staaten und internationalen Stellen zusammenzuarbeiten und schädliche Auswirkungen auf die Ozonschicht in ihrem Hoheitsgebiet zu verhindern, mindestens zu verringern (Art. 2).

---

<sup>6</sup> Moleküle sind elektronisch neutrale Teilchen, die aus mindestens zwei Atomen (atomos= unteilbar) bestehen. Ein Molekül Sauerstoff besteht aus zwei mit einander verbundenen Sauerstoffatomen, die durch unpolare Atombindungen mit einander verknüpft sind.

<sup>7</sup> BGBl. 1988 II, S. 902

Die Wälder, insbesondere die tropischen Regenwälder (ca. 10 Breitengrade nördlich und südlich des Äquators), speichern Kohlendioxyd, also  $\text{CO}_2$  in erheblichem Ausmaße und regulieren damit den durch  $\text{CO}_2$  und andere Gase verursachten Treibhauseffekt der Atmosphäre und damit des Klimas. Diese Funktion wird gestört, wenn der Wald gerodet wird und nicht mehr als  $\text{CO}_2$ -Speicher wirken kann. - Schutzmaßnahmen durch nationales und internationales positives Recht werden gefordert. Soweit ersichtlich, gibt es noch keine völkerrechtlichen Abkommen zum Schutz der Regenwälder.

### 2.3. Naturgesetze, die den Menschen bestimmen

#### a) Zeugung, Kindheit

Bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts war unbekannt, dass zur Zeugung eines Menschen zwei Geschlechtszellen erforderlich sind, die weibliche Eizelle und die männliche Samenzelle. Man ging, wie in der jüdischen und christlichen Theologie der damaligen Zeit zum Ausdruck kommt, davon aus, dass der Mensch 40 Tage nach der Empfängnis entsteht und beseelt wird. Diese Vorstellung beruhte auf der Unkenntnis der Existenz der weiblichen Eizelle und der damit zusammenhängenden Annahme, dass der männliche Samen im weiblichen Körper eine Art Acker findet, in den er gesenkt wird und als Saat später aufgeht. Aus dieser Vorstellung erklärt sich auch die traditionelle Verwendung des aus der Botanik stammenden Wortes Samen (lateinisch *semen*, griechisch *sperma*). Danach hat das Kind zur Mutter nur eine biologische, keine genetische Beziehung. Erst nach der Entdeckung der weiblichen Eizelle durch den baltischen Naturforscher Karl Ernst Ritter von Baer im Jahre 1827<sup>8</sup> konnte erkannt werden, dass die Zellkernfusion der Beginn des menschlichen Lebens ist und somit die Frau über ihren biologischen Anteil hinaus wie der Mann einen genetischen Anteil am Kind hat. Das ist eine für die Stellung der Frau in der Generationenfolge, der Familie und der Gesellschaft ebenso wichtige Erkenntnis wie für die Entstehung des individuellen Lebens. Diese Erkenntnis ist erst knapp 200 Jahre alt.

Die Verbindung von männlicher Samenzelle und weiblicher Eizelle bringt also einen Embryo zum Entstehen, der nach alsbaldiger Einnistung im Uterus der Frau ohne wesentliche Einschnitte sich entwickelt und als Kind geboren wird.

Die körperliche und geistige Entwicklung des Kindes bedarf lange Zeit der Unterstützung der Eltern oder, falls diese ausfallen, anderer Menschen. Von der

---

<sup>8</sup> Karl Ernst v. Baer, *De ovi mammalium et hominis genesi*, St. Petersburg 1827; Erich Blechschmidt, *Wie beginnt das menschliche Leben? Vom Ei zum Embryo*, Stein am Rhein 1989; Thomas Schmuck, *Baltische Genesis. Die Grundlegung der Embryologie im 19. Jahrhundert*, Aachen 2009.

vollständigen Hilflosigkeit des milchsaugenden Säuglings über Laufen lernen und Sprechen lernen bis zum Ende der Adoleszenz sind die notwendigen Hilfsmaßnahmen der Eltern und sonstige Erzieher naturgesetzlich abgestuft dem jeweiligen Entwicklungsstand angepasst.

Betrachtet man die den Menschen bestimmenden Naturgesetzlichkeiten in ihrer Ausprägung im positiven Recht, so zeigt sich, dass die Rechtsfähigkeit des Menschen mit der Vollendung der Geburt beginnt (§ 1 BGB), die Erbfähigkeit jedoch schon mit der Zeugung (§ 1923 Abs. 2 BGB). Diese Regelung zeigt, dass der Mensch mit der Zeugung entsteht und schon als Ungeborener Rechte haben kann.<sup>9</sup> Wenn schon ein Erbrecht besteht, dann erst recht ein Recht auf Leben (§ 218 StGB allerdings mit in vieler Hinsicht problematischen Ausnahmen § 218a StGB).

Für den Zeitraum zwischen der Geburt und dem Eintritt der Volljährigkeit mit 18 Jahren bestimmt § 11 BGB, dass das Kind den Wohnsitz der Eltern teilt – notwendige Ausnahmen sind vorgesehen. Ferner sind die Eltern verpflichtet, für das minderjährige Kind zu sorgen (§ 1626 Abs. 1 BGB). Wörtlich heißt es im Gesetz der natürlichen Entwicklung des Kindes entsprechend: „Bei der Pflege und Erziehung berücksichtigen die Eltern die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewusstem Handeln. Sie besprechen mit dem Kind, soweit es nach dessen Entwicklungsstand angezeigt ist, Fragen der elterlichen Sorge und streben Einvernehmen an“ (§ 1626 Abs. 2 BGB). Außerdem gelten je nach dem Familienstand der Eltern besondere Regelungen. Für die religiöse Kindererziehung ist das Mündigkeitsalter herabgesetzt auf 14 Jahre, eine Konversion kann das Kind bereits mit 12 Jahren ablehnen.<sup>10</sup>

Diese und entsprechende Regelungen in ausländischen Rechtsordnungen versuchen die naturgesetzliche Entwicklung des Kindes auf der Grundlage der natürlichen Verbindung zu seinen Eltern flexibel zu regeln. Dazu heißt es im deutschen Grundgesetz: „Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht“ (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG).

Die natürliche Verbindung der Kinder zu ihren Eltern kommt auch im Falle ihres Todes im Erbrecht zum Ausdruck. Danach sind die Kinder zu gleichen Teilen gesetzliche Erben erster Ordnung (§ 1924 BGB), wenn der Ehegatte des Erblassers noch lebt (§ 1931 Abs. 1 BGB), zu drei Vierteln der Erbmasse. Ist ein Kind des Erblassers durch Testament von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen, so kann es wiederum der natürlichen Abstammung zur Folge von den Erben den Pflichtteil verlangen, der in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils besteht (§ 2303 Abs. 1 BGB).

<sup>9</sup> Weitere Normen zugunsten des Embryo sind: §§ 844, 1912, 1918 Abs. 2, 1963, 2043, 2141 BGB

<sup>10</sup> Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15.7.1921 (BGBl. III 404-9).

## b) Das „dritte Geschlecht“

Schon in der Antike wurden Zwitterwesen zwischen Mann und Frau beobachtet und in der Mythologie behandelt. Ovid erwähnt in den *Metamorphosen*<sup>11</sup> Sithon, den Wandelbaren, der „*wider das Naturgesetz*“ bald Mann, bald Weib war. Im selben Abschnitt steht die Geschichte der Nymphe Salmakis, die einen sich sträubenden Jüngling, den Sohn von Hermes und Aphrodite<sup>12</sup> so stark begehrte, dass sie mit Hilfe der Götter in einer Quelle seinen Leib mit dem ihren verschmolz. Ovids Erzählung endet dann so:<sup>13</sup> „nicht mehr zwei jene beiden, sondern ein zwitterhaftes Wesen, so dass man es weder Mädchen noch Knaben heißen kann und es zugleich als keines von beiden und als beides erscheint.“ Der jetzt als Hermaphroditos bezeichnete Zwitter sprach mit „schon nicht mehr männlichen Stimme: ‚Gewährt Eurem Sohn eine Gnade, Vater sowohl wie Mutter, ihm der beider Namen trägt: Hinfort entsteige jeder, der als Mann in diese Quelle gerät, ihr als Halbmann wieder und kraftlos werde er, sobald ihn die Wellen benetzen.

Die Bitten des Hermaphroditos haben die Götter erhört.<sup>14</sup> Immer wieder haben sich Rechtsordnungen mit der Zuordnung von Zwittern beschäftigen müssen. So hatte das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (1794) in Teil I §§ 19 f. ein Wahlrecht für die Zuordnung zum männlichen oder weiblichen Geschlecht zunächst für die Eltern vorgesehen; nach Vollendung des 18. Lebensjahres, konnte dies durch den erwachsen Gewordenen geändert werden. Auf diesem Stand blieb die Gesetzgebung nicht nur in Deutschland.

Am 10. Oktober 2017 hat das Bundesverfassungsgericht über die *in der Natur vorkommende* zwitterhafte Geschlechtlichkeit auf eine Verfassungsbeschwerde, wie folgt, entschieden:<sup>15</sup> Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) schützt auch die geschlechtliche Identität derjenigen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen. Das Personenstandsrecht muss einen weiteren positiven Geschlechtseintrag außer männlich und weiblich zulassen.<sup>16</sup>

## c) Freiheit

Welchen Gesetzmäßigkeiten der Natur unterliegt der erwachsene Mensch? Während Tiere durch ihren *naturgesetzlich* bestimmten Instinkt gesteuert werden, ist

<sup>11</sup> Buch IV, 256 – 282 (Hermaphroditos)

<sup>12</sup> Ovid verwendet die römischen Namen der beiden Götter: Merkur und Venus

<sup>13</sup> Auf Grund der Übersetzung von August von Rode, neu übersetzt von Gerhard Fink, Artemis Verlag 1989.

<sup>14</sup> Über das dritte Geschlecht vor allem in den außereuropäischen Kulturen vgl. Gisela Völger (Hrsg.), *Sie und Er. Frauenmacht und Männerherrschaft im Kulturvergleich*, Bd. 2 Köln 1997, S. 99 – 176.

<sup>15</sup> 1 BvR 2019/16, in: *Juristenzeitung* 2018, S. 351 ff. und BVerfGE 147,1,18 ff.

<sup>16</sup> Vgl. kritisch *Stephan Rixen*, *Geschlechtertheorie als Problem der Verfassungsauslegung*, in: *Juristenzeitung* 2018, S. 317 ff.

diese Steuerung beim Menschen nur schwach ausgebildet und stark überlagert durch Erziehung, im Laufe des Lebens gemachte Erfahrungen, Informationen und Institutionen, in denen der Mensch lebt. Zur Naturausstattung des Menschen gehört die Freiheit, die als Willensfreiheit und Handlungsfreiheit in Erscheinung tritt. Lassen wir die Behauptung einiger Hirnforscher<sup>17</sup> außer Betracht, wonach es keine rationale Selbststeuerung des Menschen, d.h. keine Willensfreiheit gibt und die Entscheidungen vom Willen unabhängig im limbischen System erfolgen, das festlege, wann, in welchem Ausmaß und mit welchen Argumenten das rationale cortikale System zum Einsatz komme.<sup>18</sup>

Im Gegensatz zu solchen Auffassungen verfügt der Mensch wegen seiner Vernunft über eine Reflexionsebene, auf der er freie Entscheidungen vorbereiten und treffen kann, deren Umsetzung in Handlungen freilich von verschiedenen natürlichen, rechtlichen und finanziellen Umständen abhängig ist.<sup>19</sup> Das Selbstverständnis des Menschen verlangt das Sichten und Ordnen, das Prüfen von Alternativen und deren Verhältnis zum eigenen Lebensentwurf zu bedenken.

Sinnliche Triebe spielen dabei ebenso eine Rolle wie die Vernunft. Die Sinnlichkeit ist auch frei, wenn sie nicht mehr mit den Normen der Vernunft verbunden ist. Das Denken ist frei, wenn es nur seinen eigenen, ihm innerlichen Motiven folgt und sich von der Verknüpfung mit Gefühlen und Wollungen gelöst hat. Auf Grund dieser Überlegungen definiert Georg Simmel die Freiheit „als innere Arbeitsteilung, als eine gegenseitige Lösung und Differenzierung der Triebe, Interessen und Fähigkeiten“.<sup>20</sup> Hinzu kommen eigene Erfahrungen sowie Einflüsse von Mitmenschen und Institutionen. So sprechen wir auch von Freiheit, wenn der Mensch gesolltes Verhalten ohne oder mit geringen Änderungen übernimmt und es bewusst als eigenes für richtig erkanntes, sich aneignet und verwirklicht.<sup>21</sup> Georg Simmel macht darauf aufmerksam, dass ein tiefer Zusammenhang zwischen der eigenen Freiheit und der Freiheit der anderen besteht.<sup>22</sup> Darauf wird noch zurückzukommen sein.

Ohne die Freiheit kann man die Entstehung von Kunstwerken und Wissenschaft nicht verstehen. Im Anschluss an Kant, Schiller, Georg Simmel und Cassirer schreibt Birgit Recki,<sup>23</sup> dass in der autonomen Kunst die menschliche Freiheit

<sup>17</sup> Vor allem *Gerhard Roth*, *Fühlen, Denken, Handeln*, 2003, S. 256 ff., 553 f.

<sup>18</sup> Dazu *Christian Starck*, *Freiheit*, in: Kube/Mellinghoff et al. (Hrsg.), *Leitgedanken des Rechts*, Bd. I, 2013, S. 507 ff.

<sup>19</sup> *Peter Bieri*, *Das Handwerk der Freiheit*, 4. Aufl. 2005.

<sup>20</sup> *Georg Simmel*, *Philosophie des Geldes*, 3. Aufl. 1920, S. 333; ausführlich *ders.*, *Über Freiheit*, postum in: *Logos*, Bd. 11 (1922/23), S. 1ff., 25 - 30.

<sup>21</sup> *Hans Ryyffel*, *Rechts- und Staatphilosophie*, 1969, S. 147.

<sup>22</sup> *Logos*, Bd. 11 (Anm. 20), S. 25.

<sup>23</sup> *Birgit Recki*, *Freiheit*, 2009, S. 102; *Hans-Georg Gadamer*, *Die Aktualität des Schönen*, Reclam 2006, S.29 u.ö.



anschaulich Gestalt annehme. In der Freiheit der Kunst spiegeln und brächen sich wie in einem bevorzugten Medium die Vorstellungen der eigenen Freiheit, die der moderne Mensch mit seinem Selbstbewusstsein verbinde. Aus alledem ergibt sich, dass der Mensch nicht durchgängig durch Naturgesetze bestimmt ist, sondern sich auch selbstbestimmt. Zur Natur des Menschen gehört dessen Freiheit. Der Physiker, der mit Freiheit in der Natur nichts anfangen kann und deshalb Freiheit nicht zur Natur des Menschen rechnet, muss dann den Menschen insoweit in der Metaphysik verorten.

Wie reagiert das positive Recht auf die Freiheit des Menschen als anthropologische Grundgegebenheit? Auf der Grundlage der Freiheit des Menschen bezeichnet Kant das Recht als „Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“.<sup>24</sup> In der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte (1789) erscheint das Gesetz als positives Recht, als Instrument der Bestimmung der Grenzen der Freiheit. Die Freiheit besteht nach Art. 4 der Erklärung darin, alles tun zu dürfen, was dem anderen nicht schadet.<sup>25</sup> Somit hat, wie es weiter heißt, die Ausübung der natürlichen Rechte jedes Menschen, d.h. der Freiheit, nur die Grenzen, welche den anderen Mitgliedern der Gesellschaft den Genuss derselben Rechte sichern. Da die Grenzen aber streitig sein können, heißt es in Art. 5 der Erklärung, dass der Gesetzgeber nur Handlungen verbieten dürfe, die die Gesellschaft schädigen. Was das Gesetz nicht verbiete, dürfe nicht verhindert werden und nicht dürfe erzwungen werden, was es nicht anordne.<sup>26</sup>

Diese Wechselbezüglichkeit von Recht und Freiheit kommt in den Staatsverfassungen heute darin zum Ausdruck, dass die Menschenrechte, als *Grundrechte* formuliert, gewährleistet werden und deren gemeinverträgliche Ausübung durch das vom Gesetzgeber gesetzte Recht garantiert wird.

Der Staat kann gemeinverträgliche Freiheit nur gewährleisten, wenn er selbst rechtlich geordnet ist, und zwar in einer Weise, dass Missbrauch bei der Ausübung der Staatsgewalt möglichst verhindert wird. Dazu gehört eine Verteilung der Zuständigkeiten auf verschiedene Staatsorgane, die einander kontrollieren können. Da das demokratische Mehrheitsprinzip noch keine hinreichende Garantie für Freiheit und Gerechtigkeit und gegen Machtmissbrauch ist, ist die *Gewaltenteilung* auch im demokratischen Staat ein wesentliches Element des Staatsaufbaus. Der Kern der klassischen Gewaltenteilungslehre ist die Unterscheidung zwischen allgemein regulierender Gewalt, ausführender Gewalt und davon unabhängiger richterlicher

---

<sup>24</sup> Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten* (1798), Rechtslehre § B am Ende.

<sup>25</sup> La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à l'autrui.

<sup>26</sup> La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

Gewalt.<sup>27</sup> Deshalb kommt es für effektiven Schutz gemeinverträglich ausgeübter Freiheit stärker auf eine gewaltenteilige Staatsorganisation an als auf prunkvolle Grundrechtskataloge.

Die rechtliche Freiheit tritt in Erscheinung als *grundrechtliche Freiheit*, d.h. als Selbstbestimmung der Individuen und als *demokratische Freiheit*, d.h. als Mitbestimmung im Rahmen verfassungsrechtlich festgelegter Staatsorganisation.<sup>28</sup> Die Sphären der Selbstbestimmung müssen von der Sphäre der Mitbestimmung positivrechtlich abgegrenzt werden. Soweit ich mich selbstbestimmen darf, hat niemand mitzubestimmen, falls ich dies nicht selbstbestimmt wünsche. Die grundrechtlich gewährleisteten Freiheitsrechte binden den demokratisch legitimierte Gesetzgeber. Bei der Gesetzgebung im Grundrechtsbereich berühren sich beide Freiheitssphären. Da die Grundrechte nicht beliebig eingeschränkt werden dürfen, hat der demokratisch legitimierte Gesetzgeber nicht das letzte Wort.

Die *demokratische Freiheit* findet Darstellung und Verwirklichung in Ansprüchen auf Teilnahme am Staat und den Entscheidungen seiner Organe.<sup>29</sup> Solche Ansprüche ergaben sich früher aus dem Thronfolgerecht, jetzt aus dem demokratischen Wahlrecht. Da staatlicher Wille immer nur durch Menschen zum Ausdruck gebracht werden kann, die als Staatsorgane für den Staat handeln, müssen Rechtssätze bestimmen, „welche Personen unter welchen Bedingungen ... die staatliche Willensbildung ausüben oder an ihr teilzunehmen haben.“<sup>30</sup> Damit ist das Recht der Organisation und der Kompetenzen auf allen Gebieten der Staatsgewalt gemeint. In Deutschland wählt der Bundestag den Bundeskanzler, dieser bestimmt (im Einvernehmen mit den an der Regierung beteiligten Parlamentsfraktionen) die Minister.<sup>31</sup> Diese ernennen die Beamten, deren Stellung als staatsbürgerliches Recht ausgeformt ist.<sup>32</sup> Entsprechendes gilt nach den Landesverfassungen für die Länder sowie nach Art. 28 GG und den Landesgesetzen für Gemeinden, Landkreise und Körperschaften des öffentlichen Rechts. Richter werden entweder vom Parlament gewählt oder von der Regierung ernannt.

Freiheit als Selbstbestimmung tritt zunächst in der Institution des *Vertrages* in Erscheinung. Im Vertrag findet ein autonom geregelter Interessenausgleich rechtlich

---

<sup>27</sup> Christian Starck, Errungenschaften der Rechtskultur. Menschenrechte und Gewaltenteilung (Reden am Lichtenberg Kolleg), 2011, passim.

<sup>28</sup> Christian Starck, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., Bd. III, 2005, S. 3 ff.

<sup>29</sup> Christian Starck, Teilnahmerechte, in: Mertens/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, S. 709 ff.

<sup>30</sup> Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 136, vgl. auch S. 138.

<sup>31</sup> Art. 63, 64 GG.

<sup>32</sup> Art. 33 GG.

Gleichstehender durch einander entsprechende Willenserklärungen (z.B. Kauf, Miete, Dienstleistung) statt. Die Vertragspartner vertrauen einander, dass die Verpflichtungen aus dem Vertrag eingehalten werden. Der Grundsatz „pacta sunt servanda“ kennzeichnet die Koppelung von Autonomie und Verlässlichkeit, die, falls nötig, gerichtlich gesichert wird.

Die Freiheit wird in den Grundrechten, die Verfassungsrecht, also höheres Recht sind, gewährleistet, z.B. Meinungsfreiheit, Religionsfreiheit, Berufsfreiheit, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit als Handlungsfreiheiten und Freiheitsrechte, die körperliche, seelische und räumliche Integrität schützen z.B. das Leben und die körperliche Integrität, das Persönlichkeitsrecht, das Post- und Fernmeldegeheimnis, die Wohnung und das Eigentum. Der Gesetzgeber kann zum Schutze anderer und von Gemeinwohlsgütern diese Freiheitsrechte beschränken, was sich zumeist schon aus den Formulierungen der Grundrechte ergibt, z.B. findet die Meinungs- und Pressefreiheit ihre Schranken u. a. in dem Recht der persönlichen Ehre (Art. 5 Abs. 2 GG), Versammlungen sind nur geschützt, wenn sie friedlich und ohne Waffen stattfinden (Art. 8 GG), andere Grundrechte können unter bestimmten Voraussetzungen gesetzlichen beschränkt werden.<sup>33</sup>

Die durch das Gesetz vorgesehenen Grundrechtsbeschränkungen müssen zur Erreichung des Schutzes geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein, damit die verfassungsrechtlich garantierte Freiheit, die zur Natur des Menschen gehört, möglichst wenig beschränkt wird. Wer über ein Grundstück verfügt und darauf ein Haus bauen will, muss das Bauplanungs- und Bauordnungsrecht beachten. Das sind die Regeln für Baumaterial und Statik einerseits, andererseits Nachbarnschutz und Einpassung in das Ortsbild.

Die in den Grundrechten gewährleistete Freiheit, einschließlich die Vertragsfreiheit, mittels der die Vertragspartner Recht setzen können, ist verbindlich und normalerweise durchsetzbar.

Durch das Strafrecht wird verbotenes Tun in genauen Tatbeständen umschrieben und unter Strafe gestellt. Wer Straftaten willentlich begeht und versteht was er tut, macht sich im Sinne des Strafrechts schuldig. Dem Schuldvorwurf folgt die Strafe. Der Bundesgerichtshof<sup>34</sup> hat ausgeführt, dass mit dem Urteil, der Täter habe sich schuldig gemacht, zugleich gesagt werde, der Täter habe sich für das Unrecht entschieden, obwohl er sich rechtmäßig hätte verhalten können. Der innere Grund des Schuldvorwurfs und somit der Strafe liegt darin, dass der Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt ist und befähigt ist, sich für

---

<sup>33</sup> Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl., Bd. I, 2010, Art. 1, Rdnr. 267 ff., 277 f.

<sup>34</sup> BGHSt 2, 200.

<sup>35</sup> Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 1992, S. 541, 547, allerdings mit Vorbehalten.

das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden, wie wir vermuten<sup>35</sup> und dafür eine empirische Gewissheit<sup>36</sup> ins Spiel bringen können. Kann im Einzelfall fehlende Entscheidungsfreiheit nachgewiesen werden, entfällt die Schuld und damit die Strafe.

In den Grundrechten wird die Freiheit garantiert, die wir als einen wichtigen Aspekt der menschlichen Natur ausgemacht haben, und im Zivilrecht, Strafrecht und Verwaltungsrecht im Einzelnen so geregelt, dass sie mit der Freiheit der Mitmenschen vereinbar ist.

### 3. Schlussbetrachtung

Der Durchgang durch die Gesetzmäßigkeiten der Natur im Sonnensystem, auf der Erde und beim Menschen hat wesentliche Grundlagen deutlich gemacht, auf denen unser Recht geschaffen worden ist und somit beruht. Ferner spielen natürliche Phänomene eine Rolle, die wir Gesetzmäßigkeiten der Natur verdanken und die durch menschliches Handeln bedroht sind und durch Recht geschützt werden. Die vorgeführten Beispiele zeigen aber auch, dass es kein strenges Ableitungsverhältnis von den Gesetzmäßigkeiten der Natur zum positiven Rechts gibt. Man stößt deshalb auf eher gelungene und weniger gelungene Verarbeitungen von Gesetzmäßigkeiten der Natur im positiven Recht. Das würden auch jede historische Betrachtung der Rechtsentwicklung und die Rechtsvergleichung zeigen, die nicht selten zur Rezeption „besseren“ Rechts führt, d.h. eines Rechts, das die Gesetzmäßigkeiten der Natur für die gesellschaftlichen Verhältnisse auf angemessene Weise verarbeitet.

---

<sup>36</sup> *Roxin* (Anm. 35), S. 547, erfahrungswissenschaftlicher Befund.