

Willensfreiheit und rechtliche Ordnung

**Herausgegeben von
Ernst-Joachim Lampe,
Michael Pauen
und Gerhard Roth**
**suhrkamp taschenbuch
wissenschaft**

suhrkamp taschenbuch
wissenschaft 1833

Die teilweise dramatischen Entwicklungen in den Neuro- und Kognitionswissenschaften haben in den letzten Jahren zu einer überaus kontroversen Diskussion der Frage nach Willensfreiheit und Verantwortung geführt. Insbesondere die Implikationen für unsere Rechtsordnung stehen in Frage. Dieser interdisziplinär angelegte Band liefert eine umfassende Beurteilung dieser Entwicklungen und ihrer Konsequenzen für alle Bereiche unseres Rechtssystems. Basis der Beurteilung ist zum einen eine genauere Bestimmung der philosophischen und rechtsphilosophischen Grundlagen des Freiheitsproblems und zum anderen eine kritische Bestandsaufnahme der vorliegenden neuro- und kognitionswissenschaftlichen Befunde.

Ernst-Joachim Lampe ist Professor emeritus für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsanthropologie und Rechtstheorie an der Universität Bielefeld.

Michael Pauen ist Professor für Philosophie des Geistes an der Humboldt-Universität zu Berlin und Sprecher der Berlin School of Mind and Brain.

Gerhard Roth ist Professor für Verhaltensphysiologie im Studiengang Biologie an der Universität Bremen und Gründungsrektor des Hanse-Wissenschaftskollegs in Delmenhorst.

Willensfreiheit und rechtliche Ordnung

Herausgegeben von
Ernst-Joachim Lampe,
Michael Pauen
und Gerhard Roth

Suhrkamp

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

suhrkamp taschenbuch wissenschaft 1833

Erste Auflage 2008

© Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 2008

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das der Übersetzung,
des öffentlichen Vortrags sowie der Übertragung
durch Rundfunk und Fernsehen, auch einzelner Teile.

Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form
(durch Fotografie, Mikrofilm oder andere Verfahren)
ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert
oder unter Verwendung elektronischer Systeme
verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Satz: TypoForum GmbH, Seelbach

Druck: Druckhaus Nomos, Sinzheim

Printed in Germany

Umschlag nach Entwürfen
von Willy Fleckhaus und Rolf Staudt

ISBN 978-3-518-29433-8

Inhalt

Einleitung

| | |
|--|----|
| Teil I: Philosophische und psychologische Beiträge (<i>Michael Pauen</i>) | 9 |
| Teil II: Juristische Beiträge (<i>Ernst-Joachim Lampe</i>) | 16 |

Philosophie

| | |
|--|----|
| <i>Michael Pauen</i> Freiheit, Schuld und Strafe | 41 |
| <i>Georg Mohr</i> Welche Freiheit braucht das Strafrecht? | 72 |

Psychologie und Neurowissenschaft

| | |
|--|-----|
| <i>Julius Kuhl</i> Der Wille ist frei und determiniert: Funktionsanalyse und Diagnostik von Selbstbestimmung und Verantwortung | 99 |
| <i>Gerhard Roth, Monika Lück und Daniel Strüber</i> Willensfreiheit und strafrechtliche Schuld aus Sicht der Hirnforschung | 126 |
| <i>Frank Rösler</i> Was verraten die Libet-Experimente über den »freien Willen«? – Leider nicht sehr viel! | 140 |

Rechtswissenschaft

RECHTSGESCHICHTE

| | |
|--|-----|
| <i>Christian Baldus</i> Die Bedeutung der Willensfreiheit im römischen Privatrecht | 167 |
| <i>Hans-Peter Haferkamp</i> Die Bedeutung der Willensfreiheit für die Historische Rechtsschule | 196 |

PRIVATRECHT

Wolfgang Schur

| | |
|---|-----|
| Die Bedeutung der Willensfreiheit für das heutige deutsche Privatrecht | 226 |
|---|-----|

STAATSRECHT

Christoph Möllers

| | |
|--|-----|
| Willensfreiheit durch Verfassungsrecht | 250 |
|--|-----|

Werner Heun

| | |
|---|-----|
| Die grundgesetzliche Autonomie des Einzelnen im Lichte der Neurowissenschaften | 276 |
|---|-----|

STRAFRECHT

Ernst-Joachim Lampe

| | |
|--|-----|
| Die Bedeutung der menschlichen Freiheit in der neueren Lehre vom Strafrecht | 304 |
|--|-----|

Reinhard Merkel

| | |
|--|-----|
| Handlungsfreiheit, Willensfreiheit und strafrechtliche Schuld | 332 |
|--|-----|

Dieter Dölling

| | |
|---|-----|
| Willensfreiheit und Verantwortungszuschreibung unter kriminalitätstheoretischen Aspekten | 371 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| Zu den Autoren dieses Bandes | 396 |
|--|-----|

Einleitung

Teil I – Philosophische und psychologische Beiträge

I. Willensfreiheit als philosophisches Problem

Die Frage nach Willensfreiheit und Verantwortung gehört nicht nur zu den ältesten philosophischen Problemen, sondern auch zu denen, die bis heute am lebhaftesten diskutiert werden. Die Frage beschäftigte bereits die Philosophie der Antike, und sie hat nach wie vor nichts von ihrer Anziehungskraft, aber auch nichts von ihrer Konfliktträchtigkeit verloren. Das große öffentliche Interesse, das die Diskussion um die Willensfreiheit bis in die jüngste Zeit immer wieder erregt hat, deutet darauf hin, dass die Auswirkungen des Problems weit über den Bereich der Philosophie hinausreichen. Sie betreffen substantielle Bestandteile unseres Selbstverständnisses als freie und selbstbestimmungsfähige Personen, sie betreffen unsere alltägliche Praxis, die Urheber von Handlungen für die Folgen ihres Tuns im Guten wie im Schlechten verantwortlich zu machen, und sie betreffen die Grundlagen unserer Rechtsordnung: Schuld basiert auf Freiheit und ist ihrerseits nach einer weitverbreiteten und in höchstrichterlichen Urteilen bestätigten Auffassung die Bedingung der Strafbarkeit einer Handlung. In der Tat: Wie will man eine Person für eine Normverletzung bestrafen, an der sie keine Schuld trägt, und wie will man einer Person die Schuld an einer gesetzes- oder normwidrigen Handlung anlasten, wenn sie im Vollzug der Handlung nicht frei war und daher gar nicht anders handeln konnte? Solche Überlegungen zeigen, wie eng die Verbindung von Freiheit, Schuld und Strafe ist – auch wenn vielfach gezeigt wurde, dass der Begründungszusammenhang an keiner Stelle wirklich zwingend ist.

Es kommt hinzu, dass sich die praktische Bedeutung der Freiheit keineswegs auf Schuld und Strafe beschränkt. Privatrechtliche Verträge setzen selbstbestimmungsfähige Vertragspartner voraus, und auch ganz außerhalb der Rechtssphäre würden wir von Verdienst im Allgemeinen nur bei solchen Handlungen sprechen, die sich wirklich auf eine Person und deren selbstbestimmten Entschluss zurückführen lassen. Wer gezwungen werden muss, einem anderen zu helfen, erwirbt sich damit eben keine großen Verdienste.

2. Die gegenwärtige Debatte

Angestoßen worden ist die aktuelle Debatte bekanntlich durch neuere Befunde der Hirnforschung, die oft so interpretiert wurden, als könne man aus ihnen eine endgültige Widerlegung der Freiheit ableiten. Dieser Interpretation zufolge zeigen bestimmte Experimente, dass menschliches Handeln von unbewussten Hirnprozessen und nicht von bewussten Willensakten gesteuert wird. Wolfgang Prinz hat diese Auffassung auf die einprägsame Formel gebracht, dass wir nicht tun, was wir wollen, sondern wollen, was wir tun:¹ Wir gewinnen also nachträglich den Eindruck, wir hätten diejenigen Handlungen gewollt, die in Wirklichkeit auf unbewusste neuronale Aktivitäten zurückzuführen sind. Daniel Wegner hat die Vorstellung, unser Handeln werde von bewussten Willensakten gesteuert, ganz generell zu einer Illusion erklärt.²

Tatsächlich sind empirische Erkenntnisse über den Ablauf von Entscheidungs- und Handlungsprozessen unvereinbar mit der Vorstellung, menschliche Handlungen würden einfach von bewussten Willensakten verursacht. Entscheidungsprozesse sind komplexe Abläufe, in denen unsere bewussten Intentionen nur einen von vielen Faktoren darstellen. Unbewusste Prozesse und insbesondere Emotionen spielen eine wichtige und häufig unterschätzte Rolle; außerdem entsteht das Gefühl der Urheberschaft nicht etwa spontan, sondern basiert offenbar auf einem nachträglichen Prozess der Selbstzuschreibung.

3. Der Begriff der Freiheit

Es versteht sich von selbst, dass derartige Erkenntnisse berücksichtigt werden müssen, wenn man seriöse Aussagen darüber machen will, ob Menschen in der Lage sind, frei und verantwortlich zu handeln. Auf der anderen Seite berechtigen experimentelle Ergebnisse, die unseren Alltagsannahmen widersprechen, für sich genommen noch nicht zur Zurückweisung der Willensfreiheit. Um die Bedeutung solcher Erkenntnisse abschätzen zu können, benötigen wir zunächst einen halbwegs präzisen Begriff von Willensfreiheit: Was

¹ Prinz 2003, S. 19.

² Wegner 2002, S. 2.

heißt es, dass Menschen frei und verantwortlich handeln können? Oder noch genauer: Welche Kriterien muss eine Handlung erfüllen, damit man sagen kann, sie sei frei?

Genau hier scheint sich jedoch ein fundamentales Problem zu ergeben. Einer sehr weitverbreiteten Vorstellung zufolge schließt Determination Freiheit aus. Zumindest auf den ersten Blick hat diese Auffassung sehr viel für sich: In einer determinierten Welt scheinen alle Handlungen durch Naturgesetze festgelegt zu sein. Zieht man in Betracht, dass wir keinen Einfluss auf die Naturgesetze haben, dann bleibt offenbar nur der Schluss, dass unsere Handlungen nicht durch uns festgelegt sind. Abgesehen davon werden in einer determinierten Welt sämtliche Abläufe und Ereignisse durch lange zurückliegende Ausgangsbedingungen bestimmt. Doch wie soll man eine Person für eine Handlung verantwortlich machen, die schon lange vor ihrer Geburt feststand und daher eindeutig ihrer Kontrolle entzogen war? Angesichts dieser Frage scheint kaum ein Weg an der Einsicht vorbeizuführen, dass es in einer determinierten Welt keine Freiheit geben könne. Für die Rechtswissenschaft scheint sich hieraus die Notwendigkeit zu ergeben, Strafe unabhängig von einem auf Freiheit basierenden Schuldprinzip zu begründen, schließlich können wir nicht sicher sein, dass unsere Welt nicht determiniert ist.

Doch kann man wirklich jemanden für eine Tat zur Rechenschaft ziehen, an der er keine Schuld trägt? Kann man also Strafe wirklich von Schuld und Freiheit lösen? Das Problem würde entfallen, wenn man zeigen könnte, dass Freiheit und Determination – anders als oben unterstellt – miteinander vereinbar oder eben kompatibel sind. Genau dies ist die Auffassung kompatibilistischer Freiheitstheoretiker. Freiheit, so ihre Auffassung, setzt Selbstbestimmung voraus, doch Selbstbestimmung wird durch die Aufhebung von Determination allenfalls beeinträchtigt. Eine Handlung, die nicht determiniert ist, kann eben auch nicht durch den Handelnden determiniert sein. Die Aufhebung von Determination hätte daher keinen Gewinn an Freiheit, sondern allenfalls einen Gewinn an Unbestimmtheit und Zufall zur Folge. Insbesondere würde sich damit die Wahrscheinlichkeit von Handlungen vergrößern, die den Wünschen und Überzeugungen des Handelnden widersprechen. Damit würde offenbar die Kontrolle des Handelnden über seine Handlung eingeschränkt.

All dies scheint jedoch nichts daran zu ändern, dass es in einer

determinierten Welt keine echten Handlungsalternativen gibt – wie soll man dann noch von Freiheit sprechen? Zwar haben einige Kompatibilisten zu zeigen versucht, dass Freiheit nicht die Existenz alternativer Handlungsmöglichkeiten voraussetzt. Doch selbst wenn ihre Argumente erfolgreich wären, könnten sie nichts daran ändern, dass man eine Person nicht für die Verletzung einer Norm verantwortlich machen kann, die sie gar nicht einhalten konnte: Genau dies wäre jedoch der Fall, wenn jemand mangels Handlungsalternative eben nicht die Möglichkeit besaß, die Normverletzung zu unterlassen, die er faktisch begangen hat. Wollte man hier noch von Verantwortung und Schuld sprechen, so würde man den alten Rechtsgrundsatz *Ultra posse nemo obligatur* (»Niemand ist verpflichtet zu tun, was er nicht kann«) verletzen. Tatsächlich haben Kompatibilisten jedoch zu zeigen versucht, dass es auch in einer determinierten Welt echte Handlungsalternativen geben kann. Wenn eine Person selbstbestimmt zwischen zwei Optionen wählt, dann muss sie nämlich sowohl die eine wie auch die andere Option vollziehen können. Da es nach kompatibilistischer Auffassung selbstbestimmte Handlungen gibt, muss es auch die Wahl zwischen Alternativen geben.

4. Schuld und Strafe

Der Zusammenhang zwischen Freiheit, Schuld und Strafe ist offenbar sehr eng. Die Bestrafung eines Unschuldigen erscheint fundamental ungerecht; nicht weniger verfehlt wäre es, wie gesagt, wollte man jemanden einer Tat beschuldigen, die er gar nicht unterlassen konnte, weil er unfrei war. Doch man sollte sich nicht von der anfänglichen Plausibilität blenden lassen: Schuld ist allenfalls eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung von Strafe. Selbst wenn man also der Ansicht ist, dass es keine Strafe ohne Schuld gibt, muss man noch zeigen, dass es wirklich gerechtfertigt ist, eine Person wegen einer schuldhaften Handlung zu bestrafen. Auch hier gibt es jedoch Alternativen. Utilitaristen gehen z. B. davon aus, dass staatliches Strafen nicht durch Schuld, sondern durch die legitimen Sicherheitsinteressen des Staates und seiner Bürger begründet wird. Bestraft wird ein Gesetzesbrecher demnach nicht, weil er schuldig geworden ist, sondern um ihn selbst und andere potentielle Geset-

zesbrecher von künftigen Normverletzungen abzuhalten oder einfach um die Achtung vor dem Gesetz aufrechtzuerhalten: Ein Gesetz, das straflos übertreten werden kann, würde schließlich auf die Dauer seine Geltung verlieren.

5. Zu den Texten des ersten Teils

Der Text von *Michael Pauen* befasst sich mit den grundlegenden Zusammenhängen zwischen Freiheit, Schuld und Strafe. Pauen vertritt eine kompatibilistische Position, die – wie bereits erwähnt – Freiheit als Selbstbestimmung versteht, wobei Selbstbestimmung auch in einer determinierten Welt möglich ist. Da eine selbstbestimmte Entscheidung zwischen zwei Handlungsoptionen voraussetzt, dass die Person jede der beiden Optionen ausführen *kann*, heißt dies auch, dass eine Person, die die eine Option selbstbestimmt gewählt hat, die andere hätte wählen können – auch in einer determinierten Welt gibt es also alternative Handlungsmöglichkeiten. Verletzt eine Person mit einer selbstbestimmten Handlung eine Norm, so wird sie schuldig. Der Schuldvorwurf erscheint daher nicht nur gerecht, er ist auch pragmatisch sinnvoll, weil ein Unschuldiger in der Regel keinen maßgeblichen Einfluss auf die Normverletzung besitzt: Es hat daher wenig Sinn, Einfluss auf ihn auszuüben. Um die Bestrafung schuldhafter Normverletzungen zu begründen, greift Pauen schließlich auf ein vertragstheoretisches Modell zurück. Unterstellt wird, dass jede Person ein substantielles Interesse daran hat, dass die eigene körperliche und materielle Unversehrtheit durch rechtliche Normen geschützt wird. Von einer Vertragsbeziehung kann deshalb die Rede sein, weil es zu einem dauerhaften und geregelten Austausch von Leistung und Gegenleistung kommt: Dem Schutz steht die Bereitschaft der Person gegenüber, sich selbst nicht nur den rechtlichen Normen zu unterwerfen, die die eigene Unversehrtheit schützen, sondern auch die für die Wirksamkeit dieser Normen unerlässlichen Sanktionen zu akzeptieren.

Ähnlich wie Pauen bemüht sich auch *Georg Mohr* um den Nachweis, dass die gegenwärtige Rechtspraxis durch empirische Befunde nicht in Frage gestellt wird. Im Anschluss an Rohs unterscheidet Mohr zwischen einem – harmlosen – *Determinismus* und einem die Freiheit gefährdenden *Prädeterminismus*. Während Ersterer nur die

Festlegung psychischer Ereignisse durch korrespondierende physische Ereignisse behauptete, ohne dass damit eine Festlegung im Voraus verbunden wäre, impliziert der *Prädeterminismus* eine vollständige Festlegung psychischer Prozesse durch beliebig weit zurückliegende physische Prozesse und schließt daher Freiheit aus. Da es sich bei diesem Prädeterminismus um eine empirisch nicht zu beweisende metaphysische These handle, bestehe jedoch keine Veranlassung, seinetwegen unsere Rechtspraxis zu korrigieren. Mohr kommt daher mit Roxin zu der Schlussfolgerung, dass der Streit um die Willensfreiheit unsere Rechtspraxis nicht in Frage stelle.

Auf der Basis eines pragmatischen Verständnisses von Freiheit als Selbstbestimmung analysiert *Julius Kuhl* die funktionalen und neurobiologischen Grundlagen freien und verantwortlichen Handelns. Letzteres zeichnet sich aus durch die Übereinstimmung mit den relevanten Bedürfnissen, eigenen und fremden Werten sowie durch die Berücksichtigung der zu erwartenden Konsequenzen. Damit wird ein Grad an Freiheit erreicht, der durch eine Aufhebung der Determination nicht mehr zu steigern ist. Zentral für die Steuerung selbstbestimmter Handlungen ist neben dem in der linken Hemisphäre des Gehirns verorteten bewussten »Ich« das unbewusste »Selbst«, das auf Aktivitäten der rechten Hemisphäre basiert. Die Rolle des Selbst wird dabei häufig unterschätzt, da uns nur das bewusste Ich direkt zugänglich ist. Während das Ich aufgrund der Strukturen der zugrunde liegenden neuronalen Systeme stark auf bestimmte Inhalte fokussiert ist, gewinnt das unbewusste Selbst seine besondere Bedeutung durch die Integration einer Vielzahl unterschiedlicher Aspekte in den Entscheidungsprozess. Dies betrifft auch emotionale Faktoren, die eine umfassende Berücksichtigung eigener und fremder Bedürfnisse ermöglichen, und schließlich die Entwicklung einer integrativen Moral. Kuhl glaubt, dass auf der Basis dieses Modells der enge Zusammenhang zwischen Verantwortlichkeit und Willensfreiheit psychologisch und neurobiologisch expliziert werden kann.

Eine besondere Bedeutung unter den bislang vorliegenden neurowissenschaftlichen Untersuchungen zur Willensfreiheit kommt den Experimenten von Benjamin Libet zu. Libet hatte gezeigt, dass bewussten Willensakten eine unbewusste Hirnaktivität vorausgeht. Nach einer weitverbreiteten Interpretation ist diese Aktivität die eigentliche Ursache der Handlung; der bewusste Wille dagegen gilt

nur als ein wirkungsloses Nachspiel, das mit der eigentlichen Entscheidung nichts zu tun hat. Von freien Entscheidungen könne also keine Rede sein. *Frank Rösler* weist in seinem Beitrag jedoch auf grundlegende methodische Probleme der Libet-Experimente hin. Diese Probleme betreffen sowohl die physiologische Messung der unbewussten Hirnaktivität wie die psychologische Messung des bewussten Willensaktes. Aussagen über die zeitliche Reihenfolge und – mehr noch – über den Kausalzusammenhang von unbewusster Hirnaktivität und bewusstem Willensakt erscheinen daher sehr fragwürdig. Rösler kommt zu dem Schluss, dass aus den Libet-Experimenten keine weit reichenden Aussagen über den freien Willen abzuleiten sind.

Für den Zusammenhang von Willensfreiheit und Schuld sind jedoch nicht nur die bekannten Experimente zu den neuronalen Grundlagen von Willensakten relevant; kaum weniger wichtig sind Untersuchungen zu einzelnen Handlungsdispositionen, die – wie eine schwer kontrollierbare Gewaltbereitschaft – die Fähigkeit zu freiem und verantwortlichem Handeln beeinträchtigen können. *Gerhard Roth*, *Monika Lück* und *Daniel Strüber* weisen auf eine Reihe von Faktoren hin, die zu einer signifikanten Erhöhung der Gewaltbereitschaft führen können. Hierzu gehören hirnanatomische und hirnphysiologische Störungen, insbesondere Veränderungen im Bereich des Stirnhirns. Weitreichende Auswirkungen haben aber auch gestörte frühkindliche Bindungserfahrungen, traumatische Erlebnisse in der frühen Kindheit und schließlich eine ungünstige Familiensituation. Die Autoren betonen die Revisionsbedürftigkeit der derzeit geltenden Bestimmungen über die Schuldunfähigkeit. Sie halten am Schuldprinzip fest, heben aber hervor, dass das Prinzip nur dann zu rechtfertigen sei, wenn man sich eine kompatibilistische Vorstellung von Freiheit zu eigen macht, die es erlaubt, freie Handlungen auf ihre Urheber zurückzuführen.

Michael Pauen

Teil II: Juristische Beiträge

In der Debatte um die Willensfreiheit des Menschen haben die daran beteiligten Neurowissenschaftler und Psychologen juristische Konsequenzen stets nur für das Strafrecht gezogen. Einige waren der Meinung, die Strafrechtler müssten von ihrem Schuldprinzip, das Freiheit voraussetzt, Abstand nehmen und an dessen Stelle ein Maßregelrecht setzen, das die Straftäter bessert und die staatliche Gemeinschaft zumindest vor Wiederholungstaten schützt. Dass darüber hinaus die gesamte Rechtsordnung auf dem Prüfstand steht, weil *jede* rechtliche Norm Adressaten voraussetzt, die sich ihr gemäß verhalten können, ohne von ihren Folgen determiniert zu sein – das haben sie in aller Regel nicht realisiert.

Vor allem deshalb sollen im zweiten Teil dieses Bandes außer Strafrechtlern auch Zivilrechtler und Staatsrechtler zu Wort kommen und aufzeigen, welche Folgen sich für ihr Rechtsgebiet aus den neueren Erkenntnissen der neurowissenschaftlichen und psychologischen Forschung ergeben können. Ihre Quintessenz allerdings (um dies vorwegzunehmen) wird sein: Grundsätzliche Änderungen unserer Rechtsordnung sind nicht zu erwarten. Dies gilt zum einen deshalb, weil sich aus den vorliegenden empirischen Befunden bestimmte grundlegende Einwände gegen die Willensfreiheit gar nicht ableiten lassen; es gilt zum Zweiten deshalb, weil keine unmittelbare Abhängigkeit der Rechtsordnung von einzelnen empirischen Befunden besteht. Dennoch geben diese Befunde Anlass, die Bedeutung von Schuld und Willensfreiheit für unsere Rechtsordnung genauer zu bestimmen, als dies bislang geschehen ist.

I. Anfänge des Rechts

Als akademisches Fach beginnt die Rechtsgeschichte gewöhnlich mit dem römischen Recht. Aber Jahrtausende der Rechtsgeschichte sind ihm vorhergegangen – Jahrtausende, von denen wir wenig und – vor Erfindung der Schrift – so gut wie gar nichts wissen. Solange die Menschen als Jäger und Sammler lebten und in Horden umherzogen, hatten sie noch keine ›Rechtsordnung‹. Störungen der Sozialordnung – die sie hatten – lösten sie mutmaßlich, ohne dass es ihnen

auf die Willensfreiheit angekommen wäre: Bestand die Erwartung, dass der Störer sich der Ordnung wieder einfügte, wurde er ermahnt oder gemäßregelt; bestand die Erwartung nicht, musste er den eigenen Stamm verlassen und versuchen, von einem anderen aufgenommen zu werden.¹ Ob Unverstand oder böser Wille seiner Störung zugrunde lag, war dafür gleichgültig. Aber auch später, als die Menschen sesshaft wurden, Staaten bildeten und sich Rechtsordnungen gaben, normierten ihre Gesetze weniger das Verhalten der Bürger als die Rechtsprechung der Gerichte: die Rechtsfolgen, welche sie für Missetaten verhängen, und das Verfahren, welches sie – insbesondere bei der Erhebung von Beweisen – anwenden sollten. Ob ein Missetäter als willensfähig anzusehen war oder nicht und ob es danach geraten erschien, gegen ihn eine Sanktion zu verhängen oder nicht, regelten die Gesetze nicht. Das blieb als Tatfrage der richterlichen Beurteilung überlassen.

Gewiss, das alte Recht war im wesentlichen *Strafrecht*, und schon deshalb, so scheint es, hätte es frühzeitig die Schuldfrage aufwerfen und sie mit Blick auf die Willensfreiheit beantworten müssen. Offenbar war das aber nicht der Fall – jedenfalls ist uns nichts überliefert, was darauf hindeuten würde. Im Vordergrund der Strafbarkeit stand der Erfolg der Tat; die Verantwortung hierfür wurde aus der Verursachung hergeleitet, der psychische Vorgang also durch den physischen vertreten. Ansätze zur Differenzierung finden wir lediglich zwischen vorsätzlicher und unvorsätzlicher Tat – etwa in Mesopotamien,² Indien,³ China,⁴ Israel (wo allerdings der Staat dem unvorsätzlich Handelnden lediglich Schutz vor Blutrache bot)⁵ und

1 Geling ihm der Anschluss an einen fremden Stamm nicht, war meistens sein Tod die Folge. Diese Bedrohung war in der Regel stark genug, um ihn zur Vernunft zu bringen – wenn er denn welche besaß. Allein zu überleben, vermochte er nicht.

2 Codex Hammurabi §§ 206f.

3 Das Gesetzbuch des Manu sah (VIII 126) die sträfliche Absicht des Täters und das Können als strafmitbestimmende Faktoren an und setzte überdies (VIII 120f.) beim aus Irrtum, Unwissenheit oder Einfalt geleisteten Falscheid besonders niedrige Bußen an (vgl. auch VIII 291f.).

4 Das Zhōu-lǐ (der Verhaltenskodex der Zhōu-Zeit, 11.-3. Jh. v. u. Z.) unterschied neben der Absicht den Irrtum (etwa über die Person des Getöteten), den Zufall und die Fahrlässigkeit (Nachlässigkeit), vgl. Weggel 1980, S. 7.

5 4. Mose 35, 22 ff.; 5. Mose 19, 5f. (mit der Einschränkung, dass der Totschläger den Erschlagenen nicht gehasst hat).

in den germanischen Volksrechten.⁶ Differenzierte Überlegungen zur Schuldfähigkeit wurden damit nicht verbunden.⁷ Stattdessen erfahren wir von den Griechen, dass sich bei ihnen auch Unmündige ursprünglich vor der Blutrache fürchten mussten, wenn sie aus Torheit unwissentlich einen Menschen töteten,⁸ und dass sich erst allmählich – insbesondere bei Aischylos und Sophokles – die Idee vom autonomen Menschen Bahn brach, der nicht ein gottgesandtes Schicksal erleidet, sondern Herr über sich und seine Taten ist und der deshalb nur durch eigenen Frevel schuldig werden kann.⁹

Das frühantike *Privatrecht* wurde von dieser Entwicklung zunächst nicht oder kaum berührt. Es brauchte sich mit der Frage nach der Willensfreiheit auch kaum jemals zu befassen, weil im Allgemeinen nur der Hausvater rechtsfähig war und selbstständig Rechte begründen, aufgeben oder übertragen konnte. Was in den Fällen geschah, in denen er dies nicht freiwillig, sondern etwa unter dem Eindruck von Zwang oder Drohung tat, wissen wir nicht.

2. Antikes römisches und neuzeitliches deutsches Privatrecht

Sehen wir hinüber ins antike Rom. Dort entstand – etwa seit der Zeitenwende – ein erstes System des Privatrechts.¹⁰ Es ging vom Individuum und seiner Willenssphäre aus; denn der Macht- und Freiheitstrieb der römischen Bürger ließ wie für das gesamte Leben, so auch für das Recht keinen anderen Ausgangspunkt als die Anerkennung von souveränen und einseitigen Machtverhältnissen zu.

6 Die germanischen Volksrechte unterschieden zwischen denen (besonders verwerflichen) mit Vorbedacht, denen mit bösem Willen und den absichtslosen, von ungefähr (d. h. ohne Nachstellung) begangenen Verletzungen. Im Einzelnen dazu Wilda 1842, S. 544 ff.

7 Allerdings stellte in China das Zhōu-lǐ neben den unter 7- und über 80-Jährigen auch die Unzurechnungsfähigen straffrei.

8 Homer, Ilias XXIII 84 ff. Entsprechendes berichtet aus Sparta in viel späterer Zeit Xenophon, Anabasis IV viii 26.

9 Zu Aischylos und Sophokles vgl. Rosenberger 2006, S. 16 ff.

10 Das früher (ca. 450 v. d. Z.) entstandene Zwölftafelgesetz war hierfür zwar die Grundlage, es kann jedoch noch nicht als systematische Kodifikation des römischen Rechts angesehen werden.

Privatrecht war, *quod ad singulorum utilitatem spectat*,¹¹ als seine Aufgabe wurde angesehen, den Freiheitsraum des Einzelnen gegenüber den anderen und der Allgemeinheit zu sichern. Die Förderung sozialer Anliegen blieb dem *mos*, der Sitte, vorbehalten; für das Recht war sie ein Fremdkörper. »Das lebhafteste Bewußtsein alles dessen, was die Kraft des einzelnen Mannes als ihr natürliches Machtgebiet in bezug auf die Familie, deren Haupt er war, und auf die Dinge, die er in der Hand hat, in Anspruch nimmt, ging allen Erwägungen voraus.«¹² Freilich forderten gerade das Freiheitsbedürfnis der römischen Bürger und ihr feines Gefühl für die Grenzen des Rechts zur Zurückhaltung bei der Gesetzgebung auf. Noch eingebunden in ein Netz starker sozietärer Pflichten – in *pietas* (Pflichterfüllung), *fides* (Treue), *humanitas*, kurzum in das *officium* (Amt, öffentliche Aufgabe) –, bedurften sie im Allgemeinen keiner zusätzlichen Rechtsbindung. Sie griffen zum Mittel des Rechts, wenn es galt, Missstände zu beseitigen oder eindeutige Quantitäten festzulegen. Dann hatte das Recht die Aufgabe, zu korrigieren oder klarzustellen.

Durchdrungen von diesem Geist der römischen Kultur, bezeichnete noch im 19. Jahrhundert Friedrich Carl von Savigny in seiner berühmten Schrift »Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft« jede kodifizierende Gesetzgebung als ein Übel, das man nur dann auf sich nehmen sollte, wenn »höhere politische Zwecke« die Abänderung des bestehenden Rechts fordern, wenn einzelne Rechtssätze zweifelhaft sind oder wenn Normen (wie etwa bei der Bestimmung einer Verjährungsfrist) so positiv sein müssen, dass sie der staatlichen Rechtssetzung bedürfen.¹³ Aber sein und Georg Friedrich Puchtas Versuch, noch im 19. Jahrhundert ein vom »Volksgeist« getragenes Juristenrecht – entsprechend dem *mos* in der Blütezeit Roms – zum Träger der Rechtskultur zu machen, scheiterte. Er musste scheitern, weil der neuzeitliche Mensch in seinem Gefühl weitgehend ungebunden ist und weil seine rationalen Bindungen zu kompliziert sind, um vom »Volksgeist« erfasst zu werden. Immer stärkere Interessengegensätze hatten sich inzwischen angesammelt und drängten nach organisierter Koexistenz und nach Pluralismus, nicht aber nach gefühlsmäßiger Harmonie. Der »Volksgeist« musste folglich den Primat an den Willen des Gesetzgebers

11 Digesten I. I. I. 2: »was den Nutzen einzelner betrifft«.

12 Lotze 1923, S. 409.

13 Savigny 1814, S. 16, 48 ff.