

Review-Article

“Force and Freedom. Kant’s Legal and Political Philosophy”

by Arthur Ripstein

“Freedom and Force. Essays on Kant’s Legal Philosophy”

edited by Sari Kisilevsky and Martin J Stone

The Legitimacy of Bourgeois Freedom

A. Einleitung

Die Rechtsphilosophie der Gegenwart steht weiterhin im Zeichen des Instrumentalismus. Den Instrumentalismus kennzeichnet, dass er geltendes Recht [law] versteht als ein Mittel, das der Staat nutzt, um wünschenswerte Zwecke zu erreichen. Welche Zwecke das im Einzelnen sein sollen, darüber wird innerhalb des großen instrumentalistischen Lagers sehr engagiert diskutiert. Unabhängig davon aber gilt stets: Der Staat wird als Akteur gedacht, der Zwecke verfolgt. Diese Zwecke haben ihrerseits mit Recht [law] und Rechten [rights] nichts zu tun. Ihr Verständnis setzt weder einen Begriff von Recht und Rechten voraus. Recht und Rechte sind damit nur mögliche, häufig besonders effektive Mittel, mit der der Staat seine Ziele erreichen kann. Das gilt selbst dann, wenn sich der Staat die individuelle Freiheit seiner Bürger zum Zweck setzt (was viele Instrumentalisten befürworten¹). Auch dann kommen Freiheit und Recht oder Rechte nicht in einem Zug. Recht und Rechte bleiben Mittel zum Zweck.

Die klarste Version des Instrumentalismus liefert der ökonomische Utilitarismus, der dem Ansatz der ökonomischen Analyse des Rechts zugrunde liegt.² Die ökonomische Analyse des Rechts behauptet, dass die Steigerung des Reichtums ein staatliches Ziel darstellt. In der radikalen Version ist dies sogar der einzige Zweck des Staates. Nach der radikalen Version muss die Steigerung des Reichtums alle Felder des Rechts, einschließlich des Strafrechts, des Verfassungsrechts und des Völkerrechts, prägen. Nach der gemäßigeren Version stellt die Steigerung des Reichtums nur einen Zweck unter mehreren dar, wobei sich über diesen Zweck gerade das Verständnis des Privatrechts erschließen soll.³

Es kommt an dieser Stelle nicht darauf an, dass das Projekt der ökonomischen Analyse auf der ganzen Linie gescheitert ist.⁴ (Das gilt jedenfalls dann, wenn man sie als Erläuterung des geltenden Rechts lesen will und nicht als etwas ulkige Theorie eines imaginierten Rechts.) Denn unabhängig von ihrer Tragfähigkeit als Rechtsphilosophie eignet sich die ökonomische Analyse gut, um die Probleme einer jeden instrumentalistischen Lesart des Rechts vorzuführen.

Die ökonomische Analyse weist der Idee individueller Freiheit auch im Privatrecht keine grundlegende Rolle zu. Zwar mag man auch unter der ökonomischen Analyse den Sinn des Privatrechts so ausdrücken, dass es Räume individueller Freiheit stifte. Schließlich werden durch das Privatrecht Gegenstände in die Verfügungsgewalt von einzelnen Personen gestellt, die damit machen können, was sie wollen. Aber diese Räume individueller Freiheit werden nicht um ihrer selbst willen

¹ As examples: Hanoch Dagan, *Property. Values and Institutions* (Oxford: Oxford University Press, 2011), oder Jan Smits, *Advanced Introduction to Private Law* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd., 2016).

² See Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014), or Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard Univ. Press, 2004).

³ Hans-Bernd Schäfer & Claus Ott, *The Economic Analysis of Civil Law* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd., 2005).

⁴ See Arthur Ripstein, ‘Too Much Invested to Quit’ (2004) EaP 20 at 185-208; Richard W. Wright, ‘The New Old Efficiency Theories on Causation and Liability’ (forthcoming), JTL.

gestiftet, sondern im Dienste eines staatlich verfolgten Zwecks. Im Fall der ökonomischen Analyse im Dienste des Zwecks, den Reichtums zu steigern.

Dieses Bild hat zwei Konsequenzen, die den meisten kontraintuitiv erscheinen. Erstens hängt in diesem Bild die Gewähr privatrechtlicher Freiheit davon ab, ob sich der Reichtum auf andere Weise nicht noch höher steigern lässt. Denkbare Möglichkeiten sind, die privatrechtliche Freiheit nur wenigen zuzusprechen oder das Eigentum an Boden aus dem Bereich privatrechtlicher Freiheit auszuschließen. Es mag sein, dass solche Modelle historisch keinen großen ökonomischen Erfolg hatten. Aber die Dinge könnten sich in Zukunft auch wieder ändern. Zweitens hängt die Reichweite privatrechtlicher Freiheit davon ab, ob der Staat nicht noch andere Zwecke verfolgt. In diesem Fall entstehen Zielkonflikte. Reichtum durch privatrechtliche Freiheit muss dann mit den konkurrierenden Zwecken abgewogen werden. In der Folge wird privatrechtliche Freiheit hier und da zurücktreten, vielleicht auch einmal ganz gestrichen werden. Als anschauliches Beispiel mag das Ziel der Terrorbekämpfung dienen: Es handelt sich sicher um einen plausiblen staatlichen Zweck. Seine Verwirklichung verlangt umfassende Überwachung, Schutzhaft von Verdächtigen, womöglich auch Folter. Eine Freiheit, die ihre Grundlage in ihrem Beitrag zum Reichtum hat, lässt sich dagegen nicht mobilisieren, denn es ist klar, dass Terrorbekämpfung etwas kostet.

Diese kontraintuitiven Konsequenzen der ökonomischen Analyse lassen sich verallgemeinern: Jede Version des Instrumentalismus weist der Idee privatrechtlicher Freiheit keine grundlegende Rolle zu. Privatrechtliche Freiheit ist stets nur ein Mittel zu beliebigem staatlichen Zweck. Privatrechtliche Freiheit muss darum erstens unter diesem Zweck mit anderen womöglich tauglicheren Mitteln konkurrieren. Privatrechtliche Freiheit kann darum zweitens durch andere Ziele aus dem Feld geschlagen werden.

Arthur Ripsteins Buch „Force and Freedom“ repräsentiert die grundlegende Alternative zum Instrumentalismus. Es ist die Alternative, die Kant in der Rechtslehre entfaltet hat und die Ripstein für die Gegenwart umfassend rekonstruiert hat. In dieser Alternative fungiert privatrechtliche Freiheit als Grundbegriff der Rechtsordnung. Ripstein entwickelt daraus die Institutionen von Eigentum und Vertrag, darüber hinaus die Idee des Staates, der staatlichen Strafe, des Gemeinwohls und des sozialen Ausgleichs. Die besondere Pointe von seiner Rekonstruktion liegt darin, dass er keine philosophische Grundlage für ein anderes als das geltende Recht liefern will, sondern eine Rechtfertigung des geltenden Rechts unternimmt. Ripstein will erläutern, dass das geltende Recht vernünftig ist, insofern es eine rechtliche Ordnung gleicher Freiheit repräsentiert.

Der Diskussionsband „Freedom and Force. Essays on Kant’s Legal Philosophy“, den Sari Kisilevsky und Martin J Stone herausgegeben haben, präsentiert Beiträge zur Diskussion von Ripsteins Arbeit. Die Beiträge werden gerahmt von einer Einleitung, die Martin Stone verfasst hat, und von einer Erwiderung Ripsteins auf sämtliche Beiträge. Bei den meisten Beiträgen steht letztlich die Kohärenz eines nicht-instrumentellen Rechtsverständnisses in Zentrum. Dabei setzen die kritischen Einwände an recht unterschiedlichen Punkten an. Einige stellen Ripsteins Rekonstruktion des Privatrechts in Frage, andere die Legitimation des Staates, wieder andere bestreiten den grundlegenden Charakter rechtlicher Freiheit.

Im Folgenden soll zunächst das Projekt „Force and Freedom“ im Zusammenhang vorgestellt werden (B.). Anschließend sollen zwei Felder der Kritiken aus „Freedom and Force“ genauer beleuchtet werden, nämlich zum einen die Rekonstruktion des Privatrechts als Ordnung gleicher Freiheit (C.), anschließend die Begründung und die Reichweite öffentlichen Rechts (D.). Zum Abschluss kommen zwei weitere Probleme zur Sprache, die Ripsteins Arbeit dringlich aufwirft: Im Privatrecht die Rolle der Austauschgerechtigkeit, im öffentlichen Recht die Legitimation des Sozialstaats (E.).

B. "FORCE AND FREEDOM": CONTEXT AND GENERAL IDEA

I. The Context: Understanding the Idea of Private Law from Within

Man kann „Force and Freedom“ zunächst einmal ausschließlich aus einer juristischen Perspektive lesen. Dann begreift man die Argumentation als Versuch, die geltende Rechtsordnung zu erläutern. „Force and Freedom“ steht dann in einem Zusammenhang, in dem auch die Arbeiten einer Reihe von Arthur Ripsteins Kollegen an der University of Toronto stehen. Alle verbindet der Ansatz, das geltende Recht aus der Innenperspektive zu erläutern: „understanding the law from within“.

Die Initialzündung für diesen Ansatz lieferte Ernest Weinrib mit seinem Buch „The Idea of Private Law“.⁵ Mit diesem Buch trat die Auseinandersetzung um die Grundlagen des Privatrechts in eine neue Phase ein. In einer Lage, in der sich ökonomische Analyse und ethische Deutungsangebote des Privatrechts⁶ gegenüberstanden, identifizierte Weinrib den Instrumentalismus als gemeinsamen Ausgangspunkt beider. Weinrib erläuterte, dass schon dieser Ausgangspunkt die grundlegende Struktur des Privatrechts verkennt. Auf Basis dieses Ausgangspunkts kann man im Lichte verschiedenster Zwecke zwar vorteilhafte Effekte angeben, die das Recht hin und wieder zeitigen mag, aber man versteht das Recht nicht „from within“. Die Struktur des Privatrechts ist nämlich dadurch gekennzeichnet, dass das Privatrecht von privaten Rechten handelt, die nach der Idee ausgleichender Gerechtigkeit geschützt sind: Wer ein Recht verletzt, ist rechtlich zur Wiedergutmachung verpflichtet. Die anti-instrumentalistische Pointe Weinribs lag darin, dass der Schutz privater Rechte nicht in Ansehung eines Zwecks erfolgt. Welche Zwecke man auch immer anführen mag, sie werden der Struktur des Schutzes privater Rechte nicht gerecht. Der Schutz subjektiver Rechte lässt sich darum nur verstehen, wenn man ihren zweckfreien Charakter anerkennt: „The purpose of private law is simply to be private law“⁷.

Eine Reihe von Autoren ließ sich von Weinribs Analyse des Privatrechts als ausgleichende Gerechtigkeit durchaus beeindrucken und überzeugen. Wenn man aber ausgleichende Gerechtigkeit als Struktur des Privatrechts anerkennt, dann impliziert dies, dass nicht nur der Schutz, sondern auch die Konstitution privater Rechte zweckfrei verstanden werden muss. Nur wenige konnten und können sich vorstellen, dass die Institutionen von Eigentum und Vertrag erläutert werden können, ohne nach instrumentalistischem Vorbild Bezug zu nehmen auf von ihnen unabhängige Zwecke.

II. "Force and Freedom" as Philosophical Founding

An dieser Stelle setzt Ripstein mit „Force and Freedom“ ein.⁸ „Force and Freedom“ setzt augenscheinlich voraus, dass Weinribs Rekonstruktion des Privatrechts aus der Innenperspektive als ausgleichende Gerechtigkeit im Großen und Ganzen gelungen ist. Ripstein überschreitet nun Weinribs Rahmen in zweierlei Hinsicht. Zum ersten verlässt er die Innenperspektive. Sein Ziel ist es nicht nur, an einer Rekonstruktion des geltenden Privatrechts zu arbeiten, die dessen Struktur tatsächlich gerecht wird. Das wäre lediglich eine Fortsetzung des juristischen Projektes. Ripstein verfolgt darüber hinaus ein philosophisches Projekt: Es geht ihm darum, die Rekonstruktion des geltenden Privatrechts als auch normativ überlegen auszuzeichnen. Letztlich geht es um die These,

⁵ Ernest Weinrib, *The Idea of Private Law* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995).

⁶ Representative is Charles Fried, *Contract as Promise* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1981).

⁷ Weinrib, *The Idea of Private Law*, supra note 5 at 21.

⁸ Freilich hat auch Weinrib die Herausforderung angenommen: Ernest Weinrib, 'Correlativity and Personality' in Ernest Weinrib, ed., *Corrective Justice* (Oxford: Oxford University Press, 2012) 9-37; see also Peter Benson, 'Abstract Right and the Possibility of a Nondistributive Conception of Contract' (1988/1989) *Card Law Rev* 10 at 1077-1198.

dass das geltende Privatrecht auch vernünftig ist. Für diese Zwecke stellt sich Ripstein auf die starken Schultern Kants. Insofern kann sein Buch auch aus einer rein philologischen Perspektive gelesen werden, als eine umfassende und kohärente Deutung von Kants Rechtslehre. Ripstein aber liest die Rechtslehre nicht vor allem deswegen, weil sie die auch heute noch maßgebliche Rechtfertigung des geltenden Rechts liefert. Die Rechtslehre macht das geltende Recht verständlich und weist es zugleich als vernünftig aus.

Zum zweiten geht Ripstein über das Projekt Weinribs hinaus, indem er nicht allein das Privatrecht fokussiert. Weinrib konzentrierte sich auf das Privatrecht und hatte dabei vor allem die Differenz zum öffentlichen Recht akzentuiert.⁹ Ripstein hingegen geht vom Privatrecht zum öffentlichen Recht über, und zwar zum öffentlichen Recht in einem umfassenden Sinn. Unter diesen umfassenden Sinn des öffentlichen Rechts fallen unterschiedliche Felder: der staatliche Charakter des Rechts samt der Struktur staatlicher Gewaltenteilung, das Strafrecht, die Idee eines Gemeinwohls, das mit Mitteln des öffentlichen Rechts verfolgt wird und das Sozialrecht, allem voran die staatliche Fürsorge für die Armen. Und schließlich behandelt Ripstein sogar noch das Völkerrecht und das Migrationsrecht.

Auch mit Blick auf diese Felder unterliegt Ripsteins Arbeit derselbe doppelte Anspruch wie im Privatrecht: Eine Rekonstruktion des geltenden Rechts gelingt am besten im Lichte von Kants Rechtslehre und durch diese Rekonstruktion ist das geltende Recht auch als vernünftig auszuweisen. Die besondere Pointe ist dabei der umfassende Kohärenzanspruch, den Kant erhoben hat, und den Ripstein verteidigt: Nicht nur das Privatrecht beruht auf der Idee gleicher Freiheit. Die Idee gleicher Freiheit trägt auch den staatlichen Charakter des Rechts, die Idee des Gemeinwohls, das Strafrecht, das Sozialrecht, das Völkerrecht und das Migrationsrecht.

Genau dies muss man als die dramatische Pointe von „Force and Freedom“ verstehen. Weinribs juristische Rekonstruktionen des Privatrechts als ausgleichende Gerechtigkeit konnte man noch als intellektuell interessantes, aber letztlich überholtes Projekt rezipieren. Vielen Leserinnen schien die von Weinrib entfaltete Struktur des Privatrechts überformt, und zwar durch eine Vielzahl nur instrumentalistisch zu verstehenden Rechts im eingangs entfalteteten Sinne. Die vielfältigen Gemeinwohlaufgaben des modernen Staates können schließlich ihre Grundlage keinesfalls in der Idee gleicher rechtlicher Freiheit haben. Gleiches gilt für die Ansprüche der Armen auf staatliche Unterstützung. Weinribs Arbeit schien darum immer auch ein wenig verdächtig, sich am Ende auch normativ gegen Gemeinwohlverfolgung oder staatliche Armenunterstützung zu wenden.¹⁰

An dieser Stelle geht Ripstein mit „Force and Freedom“ in die Offensive. Er weist jeden Vorbehalt zurück, die Erläuterung des Privatrechts als Ordnung gleicher Freiheit sei ein libertäres Projekt, an dessen Ende ein Minimalstaat stehen müsste, der auf die Sicherung privater Rechte beschränkt ist. Die Zurückweisung erfolgt nun gerade nicht, indem die Idee gleicher Freiheit auf das Feld des Privatrechts begrenzt wird, neben die staatliche Zwecke treten können, die dann für das öffentliche Recht und dessen Einschränkungen privater Freiheit maßgeblich wären. Ripstein bestreitet vielmehr, dass es unmöglich sei, die Felder des öffentlichen Rechts aus der Idee gleicher Freiheit zu entwickeln. Es soll im Gegenteil möglich sein, sämtliche Felder des öffentlichen Rechts, also Staatlichkeit des Rechts und Gewaltenteilung, staatliche Strafe, staatliche Gemeinwohlverfolgung und Sozialrecht, nur aus der Idee gleicher Freiheit zu entwickeln. Und nur auf der Basis einer Herleitung dieser Felder aus der Idee gleicher Freiheit wird auch die konkrete Gestalt verständlich, in der uns diese Felder heute begegnen. Die Idee gleicher Freiheit weist also nicht nur, von einem philosophischen Standpunkt gesehen, über das Privatrecht hinaus. Sie liefert auch, von einem

⁹ Weinrib, *The Idea of Private Law* supra note 5 at 204-231.

¹⁰ Weinribs Entgegnung auf diesen Verdacht findet sich in: Ernest Weinrib, 'Poverty and Property in Kant's System of Rights' in supra note 8 at 263-296.

juridischen Standpunkt gesehen, die beste Rekonstruktion sämtlicher Felder des geltenden öffentlichen Rechts. Mit anderen Worten: Ebenso wie im Privatrecht macht auch im öffentlichen Recht die Idee gleicher Freiheit die Struktur des geltenden Rechts verständlich und weist sie als vernünftig aus.

Aufgrund dieser Verschränkung der philosophischen mit der juridischen Perspektive für sämtliche Felder des öffentlichen Rechts geht es in „Force und Freedom“ am Ende um nichts weniger als um die Legitimation der geltenden Rechtsordnung als Ganzer. Ripstein zufolge lässt sich die Logik dieser Rechtsordnung nur aus der Idee gleicher privatrechtlicher Freiheit entfalten. Dadurch wird sie wieder erkennbar als das, was sie nicht nur früher einmal war, sondern ungebrochen bis in die Gegenwart ist: als Recht und Staat bürgerlichen Gesellschaft [bourgeois society]. Das macht das Werk so faszinierend.

III. Von privaten Rechten zum modernen Staat

Die Beiträge im Diskussionsband „Freedom and Force“ diskutieren mehrfach die Grundlagen von Ripsteins Projekt, insbesondere die Idee gleicher Freiheit. Aber nicht immer steht dabei das Ganze im Blick. Damit deutlich wird, was an der Idee privatrechtlicher Freiheit hängt, muss hier der Argumentationsgang Ripsteins in groben Zügen nachgezeichnet werden.

1. Das angeborene Recht an der eigenen Person

Den Ausgangspunkt bildet die Konzeption von Freiheit, die Ripstein als die Grundlage des Privatrechts und der Rechtsordnung als ganzer vorstellt. Diese Konzeption ist der Dreh- und Angelpunkt seiner Rekonstruktion. Freiheit bedeutet hiernach, sein eigener Herr zu sein. Es ist eine wesentlich relationale Konzeption: Das Problem der menschlichen Freiheit tritt nur auf, wenn mehrere Menschen aufeinandertreffen. Nur dann besteht überhaupt die Möglichkeit, dass der eine sich zum Herrn über den anderen aufschwingt.

Im Verhältnis zu allen anderen mein eigener Herr zu sein, bedeutet, dass mein Handeln von mir bestimmt wird. Ein anderer darf über meinen Körper nicht bestimmen. Er darf ihn insofern nicht wie eine Sache für eigene Zwecke verwenden. Er darf meinen Körper etwa nicht als Boxsack nutzen. Er darf meinen Körper auch nicht verletzen, etwa mich verprügeln, wenn ich ihm nicht als Boxsack dienen will. Hinge es allein von meiner körperlichen Stärke ab, ob andere Gebrauch und Schädigung meines Körpers unterlassen, so könnte ich mich nur gegenüber Schwächeren als Herr über mich selbst behaupten. Indem aber die Idee menschlicher Freiheit jedem Menschen ein Dasein als Herr über sich selbst zuspricht, steht am Anfang der Entfaltung des Privatrechts das Recht an der eigenen Person. Dieses Recht wird im Privatrecht in erster Linie durch die Regeln des Deliktsrechts konstituiert. Diese schützen den eigenen Körper vor unbefugtem Gebrauch und Beschädigung durch einen anderen. Das Recht an der eigenen Person ist ein subjektives Recht, weil Gebrauch und Beschädigung nicht unverrückbar verboten sind, sondern weil ich Gebrauch und auch Beschädigung meines Körpers erlauben kann. Diese Erlaubnis ist selbst Teil der Freiheit, die bedeutet mein eigener Herr zu sein. Sie reicht nur nicht so weit, mich der Freiheit zu begeben. Ich kann mich nicht wie eine Sache an einen anderen verkaufen. Ein entsprechender Vertrag wäre nichtig. Das Recht an der eigenen Person kommt also jedem Menschen zu, es muss nicht erworben werden und kann auch nicht veräußert werden.

2. Relationale Freiheit und nicht-instrumentelles subjektives Recht

Zwei Aspekte des Rechts an der eigenen Person muss man an dieser Stelle sorgfältig festhalten. Der erste Aspekt ist, dass die Idee menschlicher Freiheit, die bedeutet sein eigener Herr zu sein, strikt unterschieden ist von einer beliebigen alternativen Idee von Freiheit. Nach dieser bedeute Freiheit, zu

tun, was man gerne möchte. Im Lichte dieser Idee wäre das Recht an der eigenen Person ambivalent. Es wäre einerseits Konstitution von Freiheit des Inhabers des Rechts und zugleich eine Beschränkung der Freiheit aller anderen. Denn das Recht an der eigenen Person hindert mein Gegenüber, meinen Körper zu gebrauchen oder zu beschädigen. Mein Gegenüber darf es nicht, auch wenn er es gerne möchte. Mein Recht beschränkt seine Freiheit zu machen, was er gerne möchte. Natürlich kann man sich als Anhänger dieser alternativen Idee von Freiheit aufstellen. Man sollte sich aber klarmachen, dass dies keine Freiheit ist, die für alle gleichermaßen verwirklicht werden könnte. Solange mein Körper von meinem Gegenüber gebraucht oder beschädigt wird, steht er mir nicht zur Verfügung. Ich kann nicht machen, was ich gerne möchte, solange ich als Boxsack genutzt werde. Unabhängig davon ist dies jedenfalls nicht der Freiheitsbegriff, der für Kant und damit für Ripstein zählt, und der die Grundlage alles Weiteren ist. Grundlage alles Weiteren ist die Freiheit, die bedeutet sein eigener Herr zu sein.

Der zweite wichtige Aspekt ist, dass die Freiheit, die bedeutet sein eigener Herr zu sein, und das Recht an der eigenen Person nicht in einem Verhältnis von Zweck und Mittel stehen, welches das instrumentelle Rechtsverständnis kennzeichnet. Die Freiheit, die bedeutet sein eigener Herr zu sein, ist kein Zweck, der unabhängig vom Recht an der eigenen Person verständlich wäre. Sein eigener Herr zu sein bedeutet, dass niemand berechtigt ist, den Körper eines anderen zu gebrauchen oder zu beschädigen. Das Recht an der eigenen Person ist damit eine notwendige Implikation der Freiheit, die bedeutet sein eigener Herr zu sein. Es ist kein Mittel in dem instrumentellen Sinn, welches man unter mehreren zur bestmöglichen Verwirklichung von Freiheit ausgesucht hat. Eine Ordnung, die das Recht an der eigenen Person nicht kennt, konstituiert die Freiheit, die bedeutet sein eigener Herr zu sein, nicht schlechter oder auf andere Weise, sondern überhaupt nicht.

3. Rechte an Sachen

Der nächste Schritt liegt in der Entfaltung der Rechte an Sachen und fremden Leistungen, also von Eigentum und Vertrag. Eigentum und Vertrag konstituieren subjektive Rechte an Sachen und fremden Leistungen, die der Struktur nach dem Recht an der eigenen Person entsprechen. Die Gegenstände, an denen das subjektive Recht besteht, werden vor Gebrauch und Beschädigung durch andere geschützt (im Fall der Sache: alle anderen, im Fall der fremden Leistung: des Schuldners [promisor]). Wenn solche Rechte konstituiert bestehen, dann bezieht sich die Freiheit, die bedeutet sein eigener Herr zu sein, nicht mehr nur auf den eigenen Körper, sondern auch auf die eigenen Gegenstände, eben die eigenen Sachen und die fremden Leistungen.

Für die kantische Logik, die uns Ripstein präsentiert, ist das Folgende entscheidend: Die Rechtfertigung der Konstitution von Eigentum und Vertrag ist nicht daran geknüpft, wie diese Rechte erworben werden können. Im Fall des Eigentums geht es nicht darum, auf welche Weise man mit einer Sache in Kontakt treten kann, die es rechtfertigte, allen anderen die Möglichkeit des Gebrauchs dieser Sache zu versagen. Auf Grundlage der Idee menschlicher Freiheit ist vielmehr zu begründen, dass die Konstitution von Eigentum von der Idee gleicher Freiheit verlangt wird. Erst wenn dies geleistet ist, ist in einem weiteren Schritt zu klären, auf welche Weisen ein Einzelner Eigentum erwerben kann.

Man kann die Begründung des Eigentums in zwei Schritte aufteilen. Im ersten Schritt kann man sich klarmachen, dass Eigentum der Idee gleicher Freiheit nicht widerspricht. Im zweiten Schritt kann man sich klarmachen, dass Eigentum von der Idee gleicher Freiheit verlangt wird. Der erste Schritt wird gut verständlich, wenn man den ersten oben herausgestellten Aspekt des angeborenen Rechts an der eigenen Person begriffen hat. Aufgrund des Rechts an der eigenen Person darf ich den Körper meines Gegenübers nicht gebrauchen oder beschädigen. Das ist keine Beschränkung meiner Freiheit, wenn Freiheit bedeutet, sein eigener Herr zu sein. Denn indem ich den Körper des Gegenübers nicht

gebrauchen oder beschädigen darf, wird der andere nicht zu meinem Herrn. Es wird lediglich gesichert, dass der andere sein eigener Herr ist. Das Recht des anderen an seiner Person verwirklicht also seine Freiheit, ohne die meinige zu beschränken. Das Gleiche gilt für das Eigentum. Aufgrund des Eigentums darf ich nicht nur den Körper, sondern auch die Sachen meines Gegenübers weder gebrauchen noch beschädigen. Ich darf also nicht nur den Körper des anderen nicht als Boxsack benutzen, ich darf auch seinen Boxsack nicht benutzen. Ginge es um Freiheit, die darin bestünde zu tun, was man gerne möchte, wäre das Eigentum der anderen natürlich eine Beschränkung. Vielleicht will ich den Boxsack des anderen gerne benutzen und nun darf ich nicht, weil es seiner ist. Das war mit Bezug auf das Recht an der eigenen Person genauso: Vielleicht will ich den anderen gerne als Boxsack benutzen, und nun darf ich es nicht, weil er ein Recht an seiner eigenen Person hat. Aber um die Freiheit zu tun, was man gerne möchte, geht es eben nicht. Es geht um die Freiheit, die bedeutet sein eigener Herr zu sein. Dadurch dass ich den Körper des anderen nicht gebrauchen oder beschädigen darf, wird er nicht zu meinem Herrn. Dadurch dass ich auch seine Sachen nicht gebrauchen oder beschädigen darf, wird er ebenfalls nicht zu meinem Herrn. In diesem Sinn verwirklicht auch das fremde Eigentum seine Freiheit, ohne die meinige zu beschränken.

Im zweiten Schritt bleibt zu klären, warum die Idee gleicher Freiheit die Konstitution von Eigentum nicht nur erlaubt, sondern verlangt. Das ist der schwierigste Schritt.¹¹ Man könnte nämlich Folgendes denken: Sicherlich verwende ich im Handeln nicht nur meinen Körper, sondern auch Sachen. In einer Ordnung ohne Eigentum kann ich nur die Sachen verwenden, die gerade kein anderer verwendet. Eben wurde gesagt, in einer Eigentumsordnung stelle es keine Einschränkung meiner Freiheit dar, dass ich Sachen nicht gebrauchen darf, weil sie einem anderen gehören. Dann dürfte es auch keine Einschränkung meiner Freiheit darstellen, wenn ich Sachen nicht gebrauchen darf, die ein anderer gerade gebraucht. Im einen wie im anderen Fall wird der andere nicht zu meinem Herrn. Wäre dieser Gedankengang richtig, wäre die Idee gleicher Freiheit der Institution des Eigentums gegenüber tatsächlich neutral, würde sie also gerade nicht tragen.

Doch die Dinge liegen anders. Sein eigener Herr zu sein bedeutet, dass das eigene Handeln selbstbestimmt ist und nicht durch einen anderen bestimmt wird. Insofern ich durch meinen Körper handle, ist mein Handeln nicht selbstbestimmt, wenn ein anderer meinen Körper gebraucht oder beschädigt. Aber ich handle nicht nur durch meinen Körper, sondern auch mit Sachen. Jede Handlung erfordert eine Sache, mindestens die Stelle im Raum, auf der ich mich gerade befinde. Insofern ich aber mit Sachen handle, ist mein Handeln nicht selbstbestimmt, solange ich die Sachen, mit denen ich handeln will, nicht als eigene habe. Wenn ich nämlich warten muss, bis die Sache frei ist, die ich verwenden will, dann ist mein Handeln nicht selbstbestimmt, sondern bestimmt durch das Handeln des anderen, der die Sache gerade nutzt. Um auch hinsichtlich der im Handeln notwendig verwendeten Sachen sein eigener Herr zu sein, müssen die Sachen mir gehören können wie mein eigener Körper. Wenn ich durch meinen Körper nur handeln könnte, wenn den Körper gerade kein anderer in seinem Handeln braucht, würde niemand sagen, mein Handeln sei dennoch selbstbestimmt. Genauso ist es mit den Sachen, die ich im Handeln verwenden will.

Natürlich ist es richtig, dass in einer Eigentumsordnung meine Handlungsmöglichkeiten begrenzt sind durch das, was ich neben meinem Körper als eigene Sachen habe. Aber alles Handeln, das ich mit diesen eigenen Sachen vollziehen kann, ist selbstbestimmt. Ohne Eigentum hätte ich vielleicht hier und da Handlungsmöglichkeiten (der Boxsack muss nur frei sein). Aber jeder Vollzug einer dieser Handlungsmöglichkeiten wäre bestimmt durch das Handeln anderer (der Boxsack darf eben nicht in

¹¹ Mein eigener Versuch in Florian Rödl, *Gerechtigkeit unter freien Gleichen* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2015) 214-222 brachte den Gedanken noch nicht richtig heraus.

fremdem Gebrauch sein). Genau darum ist die Institution des Eigentums von der Idee gleicher Freiheit verlangt.

Nachdem begründet ist, dass die Idee der Freiheit, die bedeutet sein eigener Herr zu sein, die Konstitution des Eigentums verlangt, ist die Frage nach dem Erwerb schnell geklärt. Die Idee gleicher Freiheit verlangt, dass eine herrenlose Sache von jedermann angeeignet werden kann, es entscheidet der erste Gebrauch. Weiterhin kann man Eigentum von einem anderen erwerben, denn es gehört zu den Handlungsmöglichkeiten des Eigentümers, sein Eigentum zu übertragen.¹²

4. Rechte an fremder Leistung

Die Kantische Begründung für Eigentum und Vertrag verläuft strikt parallel. Viele denken, dass die normative Grundlage des subjektiven Rechts an fremder Leistung kraft Vertrag eine ganz andere sei, als die des Eigentums, etwa die verpflichtende Kraft des im Vertrag enthaltenden Versprechens der eigenen Leistung. Eine solche Begründung hätte mit der Idee gleicher Freiheit nichts zu tun. Legt man jedoch nur diese zugrunde, dann ist auch für den Vertrag zu begründen, dass die Idee gleicher Freiheit die Konstitution von Rechten an fremder Leistung verlangt.

Das Recht an einer fremden Leistung beinhaltet, dass der Vertragspartner verpflichtet ist, die versprochene Handlung zu vollziehen. Wenn er es nicht tut, kann der andere Teil ihn dazu zwingen. In Ansehung dieses Zwangs zum Vollzug der vertraglich versprochenen Handlung könnte man denken, dass der rechtlich bindende Vertrag mit der Idee der Freiheit, die bedeutet sein eigener Herr zu sein, nicht zu vereinbaren ist. Doch das wäre ein Fehlschluss. Auch aufgrund des Rechts an der eigenen Person oder aufgrund von Eigentum können andere zu Handlungen gezwungen werden: Wer mich als Boxsack benutzt, muss damit aufhören, wer meinen Boxsack benutzt, muss ihn herausgeben. Wer mich beschädigt, muss die Kosten meiner ärztlichen Behandlung tragen, wer den Boxsack zerstört, muss einen neuen bezahlen. Stets gilt: Wer es nicht freiwillig tut, wird dazu gezwungen. Die Möglichkeit, die Einhaltung der Handlungsgrenzen zu erzwingen, ergibt sich aus den subjektiven Rechten. Diese folgen notwendig aus der Idee der Freiheit, die bedeutet sein eigener Herr zu sein. Sie verwirklicht sich eben nur durch diese subjektiven Rechte.

Die Begründung wiederum zunächst dafür, dass das Recht an fremder Leistung der Idee gleicher Freiheit nicht widerspricht, ist die folgende: Wenn man Freiheit verstünde als Freiheit zu tun, was man gerne möchte, wäre ein Recht an fremder Leistung ausgeschlossen. Denn der Schuldner [promisor] muss tun, was er versprochen hat, auch wenn er seine Meinung geändert hat und die Leistung jetzt lieber unterließe. Wenn Freiheit aber bedeutet, sein eigener Herr zu sein, dann ist ein Recht an fremder Leistung damit vereinbar. Aufgrund des Rechts an der eigenen Person und an Sachen darf ich den fremden Körper und fremde Sachen nicht gebrauchen oder beschädigen. Gleiches gilt für das Recht an fremder Leistung. Eine von mir versprochene Leistung darf nicht für meine Zwecke „gebrauchen“, indem ich ihren Vollzug verweigere, und ich darf sie auch nicht „beschädigen“, indem ich die Leistung schlecht erbringe. Dadurch dass ich die einem anderen versprochene Leistung nicht gebrauchen oder beschädigen darf, wird der Gläubiger [promisee] nicht zu meinem Herrn. Die Freiheit, mein eigener Herr zu sein, bleibt unbeschränkt. Entsprechend verwirklicht auch das vertragliche Recht an fremder Leistung nur die Freiheit des anderen, ohne die meinige zu beschränken.

Ebenso wie das Eigentum ist das Recht an fremder Leistung mit der Idee gleicher Freiheit nicht nur vereinbar, sondern auch verlangt. Zwar wäre eine Ordnung möglich, in der sich keine Rechte an

¹² Für eine minutiöse Entfaltung des Inhalts des Eigentums: Peter Benson, 'Philosophy of Property Law' in Jules Coleman & Scott Shapiro, eds, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and the Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002) 752-814.

fremder Leistung begründen lassen. Aber in unserem Handeln finden eben nicht nur Sachen, sondern auch versprochene Leistungen Verwendung. Dies geschieht immer dann, wenn das eigene Handeln so entworfen wird, dass fremde Leistungen darin eine Rolle spielen. So kann ich etwa planen, mir für das Wochenende einen Boxsack zu mieten. Wenn es nicht möglich wäre, ein Recht an der Leistung auf die Vermietung des Boxsacks zu erwerben, könnte ich hinsichtlich dieses Handelns niemals mein eigener Herr sein. Ebenso wie ich ohne Eigentum immer nur hoffen könnte, dass die Sache frei ist, könnte ich ohne Vertrag immer nur hoffen, dass der andere hält, was er verspricht. Mein Handeln wäre nicht selbstbestimmt, sondern bestimmt durch das Handeln des Schuldners.

Erst abschließend ist wiederum die Frage des Erwerbs eines Rechts an fremder Leistung zu klären. Es ist natürlich nicht möglich, sich eine fremde Leistung wie eine Sache einseitig anzueignen. Fremde Leistungen liegen nicht herrenlos herum, sondern kommen erst durch ihr verbindliches Versprechen in die Welt. Der ursprüngliche Erwerb kann darum nur geschehen durch Konsens zwischen denen, die ihre Versprechen miteinander tauschen wollen. Dem Eigentum entsprechend gehört es zu den Handlungsmöglichkeiten des Gläubigers, das Recht an fremder Leistung an einen anderen zu übertragen. Darum kann man auch das Recht an fremder Leistung – im Kontrast zu einem bloßen Versprechen – durch Abtretung [assignment] von einem anderen erwerben.

Damit sind sowohl Eigentum als auch Vertrag als private subjektive Recht aus der Idee gleicher Freiheit entfaltet. Die Zwecke eines Staates spielten keine Rolle.

5. Gewaltenteilige Staatlichkeit

Nach Kant, wie ihn auch Ripstein vorstellt, verlangt die Konstitution von subjektiven Rechten, die nicht angeboren sind, sondern erworben werden können, die Etablierung einer staatlichen Verfassungsordnung. Diese ist durch die Teilung der staatlichen Gewalten gekennzeichnet. Gemeint ist keine Teilung, die durch wechselseitige Kontrolle und Gleichgewicht einer Machtkonzentration an einer einzigen Institution vorbeugen soll. Es geht vielmehr um eine funktionale Unterteilung in Rechtssetzung, Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung. Dabei sind die Funktionen von Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung leicht einzusehen: Es wird immer wieder Streit geben darüber, ob die subjektiven Rechte des einen durch einen anderen noch geachtet oder schon verletzt wurden. Damit für den Ausgang dieses Streites nicht wiederum die körperliche Stärke maßgeblich wird, ist es erforderlich, dass über Inhalt und Schutz der Rechte von neutraler Seite entschieden wird. Das ist die Judikative. Es ist weiter erforderlich, dass die Durchsetzung gleichfalls einer neutralen Institution überantwortet ist, die über unwiderstehliche Gewaltressourcen verfügt. Das sind die Vollzugsorgane.

Besonderes Augenmerk verdient die Rechtssetzung. Sie scheint auf den ersten Blick an dieser Stelle überflüssig. Denn die grundlegenden privatrechtlichen Regeln sind aus der Idee gleicher Freiheit entfaltet und sie sollen sich auch in einem staatlichen Rahmen nicht ändern. Nach Ripsteins Deutung ist eine Rechtssetzung erforderlich, weil der erste Erwerb von Eigentum, die Aneignung herrenloser Sachen, durch einen einseitigen Akt erfolgt. Von diesem einseitigen Akt hängt folglich auch jedes von einem anderen erworbene Eigentum ab. Durch die Möglichkeit des Erwerbs erhält jeder Einzelne eine Macht [authority] über alle anderen, die ihm unter Gleichen eigentlich nicht zustehen kann. Diese Macht bedarf darum einer Grundlage, die ihr nur eine staatliche Rechtssetzung liefern kann.

6. Gemeinwohl [common interest]

Die Aufgabe der staatlichen Gesetzgebung reicht aber noch weiter. Aus der Konstitution einer bürgerlichen Gesellschaft resultieren weitere Staatsaufgaben. Einige davon sind zwingend, etwa eine allgemeine Gerichtsbarkeit und Vollstreckungsorgane bereitzustellen. Diese Aufgabe beinhaltet einerseits, die sachlichen Mittel und die in staatlicher Funktion handelnden Personen zu den

entsprechenden Institutionen zusammenzufassen und sie hinreichend auszurüsten bzw. auszubilden. Die Aufgabe beinhaltet andererseits, die für all das erforderlichen Mittel zu erheben, in erster Linie durch Steuern.

Eine ganz wichtige Aufgabe, die bei Ripstein breite Aufmerksamkeit erhält¹³, ist die Aufgabe, öffentliche Straßen bereitzustellen. Auch dies ist eine notwendige staatliche Aufgabe. Denn wenn subjektive Rechte an Sachen und fremden Leistungen von anderen erworben werden können, dann bedarf es dazu der Interaktion zwischen den Bürgern. Wäre die Oberfläche der Erde nun ausschließlich in private Parzellen aufgeteilt, so hinge die Möglichkeit meines Erwerbs fremder Rechte immer davon ab, ob mich meine Nachbarn und die Eigentümer der weiteren Grundstücke von dem Ort, an dem ich mich kraft Eigentum oder Vertrag rechtmäßig aufhalte, zu dem Ort durchlassen, auf dem sich mein anvisierter Vertragspartner aufhält. Um diese Abhängigkeit vom Willen anderer im Erwerb auszuschließen, muss es öffentliche Straßen geben, die die freie räumliche Interaktion aller mit allen ermöglichen.

Der nächste Schritt in der Entfaltung staatlicher Aufgaben ist der erste von zweien, die Ripsteins Kant-Lektüre entscheidend von einem libertären Staatsdenken absetzen. Ein libertärer Denker würde die Notwendigkeit von Gerichtsbarkeit und Vollzug nicht leugnen und vielleicht auch das Erfordernis öffentlicher Straßen akzeptieren. Doch damit wäre die Liste staatlicher Aufgaben erschöpft, und im gleichen Zug auch die legitimen Gründe staatlicher Besteuerung. In Ripsteins Kant ist jedoch auch Raum für eine darüber hinausweisende anspruchsvolle Idee des Gemeinwohls. Die Kantische Formel dafür lautet, dass der Staat alles zu tun hat, was der Errichtung, dem Erhalt und der Verbesserung [creating, sustaining and improving] der einmal errichteten bürgerlichen Verfassung dient.

Anders als im Fall von Gerichtsbarkeit und Vollstreckung, aber auch von öffentlichem Straßenland, sind diese Gemeinwohlaufgaben nicht festgelegt. Sie sind erst von den staatlichen Institutionen zu bestimmen. Ihre Bestimmung hängt einerseits von empirischen Umständen ab. Was etwa den Fortbestand eines Staates von außen bedroht, ändert sich in der Zeit. Es hängt andererseits von Einschätzungen ab. Was etwa der Erhalt durch Schutz nach außen unter den konkreten Umständen verlangt, ist nicht durch den Begriff des Erhalts festgelegt. Dasselbe gilt erst recht für die Aufgabe der Verbesserung einer bürgerlichen Verfassung. Hier ist also Raum für Ermessen, wobei Ermessen nicht bedeutet, dass die Entscheidungen, die die staatlichen Institutionen zu treffen hätten, rechtlich nicht gebunden wären. Der Staat kann nicht tun und lassen, was er will. Seine Entscheidungen zu Errichtung, Erhalt und Verbesserung der bürgerlichen Verfassung sind lediglich nicht zwingend. Es sind in diesem Sinne politische Entscheidungen, aber sie bleiben rechtlich gebunden, insofern sie eben der Errichtung, dem Erhalt oder der Verbesserung der bürgerlichen Verfassung dienen müssen.

Man kann sich die Struktur klar machen anhand des Erhalts der eigenen bürgerlichen Verfassung durch den Schutz vor fremder Herrschaft. Dieser Schutz verlangt vielleicht eine Armee, das entscheidet sich nicht zuletzt in Ansehung der äußeren Umstände, etwa danach, ob andere Staaten ihrerseits Armeen haben. Wenn der Schutz nach außen eine Armee verlangt, hängt es von weiteren Umständen und ihrer Einschätzung durch die zuständigen Stellen ab, welcher Stärke und welcher Ausrüstung die Armee bedarf. Weiter dient Außenpolitik immer auch dazu, den Krieg zu vermeiden. Wiederum hängt es von den Umständen und ihrer Einschätzung ab, welche Außenpolitik verfolgt werden sollte.

Dasselbe gilt für die Aufgabe der Verbesserung der bürgerlichen Verfassung. Ripstein widmet diesem Feld im Einzelnen keine große Aufmerksamkeit. Aus seiner Sicht kann die Aufgabe, den Zustand

¹³ Arthur Ripstein, *Force and Freedom* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009) 232-266.

bürgerlicher Verfassung zu verbessern, etwa auch staatliche Maßnahmen tragen, die lediglich das Wachstum der Wirtschaft fördern sollen.¹⁴

7. Grenzen der Verwirklichung des Gemeinwohls

Für die Erfüllung sämtlicher staatlicher Aufgaben gilt jedoch eine wichtige Restriktion. Der Staat darf seine Bürger nicht als beliebige Mittel zur Erfüllung der Gemeinwohlzwecke einsetzen. Denn wie erläutert ist der Begriff des Gemeinwohls seinerseits aus der Idee gleicher Freiheit abgeleitet. Darum liefert die Freiheit der Bürger auch die Grenze der Gemeinwohlverwirklichung.

Völlig unproblematisch ist vor diesem Hintergrund die Besteuerung der Bürger zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Durch die Auferlegung einer Steuerlast, entsteht kein Eingriff in subjektive private Rechte. Eine Steuerlast schmälert zwar das Vermögen, doch das Vermögen repräsentiert lediglich den Wert aller subjektiven Rechte zusammengenommen. Am Vermögen selbst besteht kein privates subjektives Recht. Problematisch wird es, wenn der Staat der bürgerlichen Verfassung auf die Freiheit der Bürger zugreifen will. Ripstein erläutert die Problematik anhand der Ermächtigung staatlicher Stellen, zur Hinderung größerer Opferzahlen ein Zivilflugzeug abzuschießen.¹⁵ Sicherlich gehört die Hinderung terroristischer Anschläge zur Sicherung der bürgerlichen Verfassung. Aber wenn die Insassen eines Flugzeuges geopfert werden zugunsten einer größeren Zahl potentieller Opfer, geht das zu weit. Die Betroffenen sind nur Mittel zum Zweck, ihre Freiheit liefert keine äußerste Grenze.

Aber es gibt natürlich einen Bereich zwischen Besteuerung und Tötung. Es gibt viele öffentliche Zwecke, deren Verfolgung die Bürger nicht das Leben kostet, die aber gleichwohl mit empfindlichen Einschränkungen ihrer privatrechtlich konstituierten Freiheit verbunden sind. Nehmen wir als Beispiel, dass die Verteidigung einer bürgerlichen Verfassung nicht ausschließlich durch ein Berufsheer, sondern auch durch allgemeine Wehrpflicht gesichert werden soll. Mit der allgemeinen Wehrpflicht sind gravierende Einschränkungen der Freiheit der jeweils Wehrpflichtigen verbunden. Auch in diesem Fall werden die Betroffenen als Mittel zur Erreichung von Zwecken des Gemeinwohls eingesetzt. Auf den ersten Blick besteht kein Unterschied zur Konstellation der rigiden Terrorbekämpfung.

Ripstein diskutiert diese Problematik nicht explizit. Aber es wäre in Anknüpfung an seine Diskussion der zulässigen Mittel der Terrorabwehr stimmig, wenn er seine Erläuterung etwa so fortsetzte: Die subjektiven Rechte der Bürger sind nicht in gleicher Weise die Grenzen des staatlichen Handelns, wie sie Grenze des Handelns der anderen sind. Sie sind Grenze insofern, als der Staat bei der Verfolgung des Gemeinwohls nur nach Maßgaben der Verhältnismäßigkeit eingreifen darf. Mithilfe des Verhältnismäßigkeitsprinzips wird zum einen kontrolliert, ob sich zugunsten des staatlichen Eingriffs überhaupt ein Gemeinwohlzweck (also Schutz, Erhalt oder Verbesserung der bürgerlichen Verfassung) anführen lässt und ob er von diesem Zweck wirklich getragen wird. Die Tragfähigkeit wird kontrolliert, indem die Eignung und die Erforderlichkeit des Eingriffs für den angeführten Gemeinwohlzweck überprüft wird. Aber das reicht nicht aus. Die Zwecke des Gemeinwohls müssen im konkreten Fall in angemessenem Verhältnis stehen zur Reichweite des Eingriffs in die private Freiheit. Bisweilen ist ein Eingriff so gravierend, dass kein Gemeinwohlzweck ihn tragen kann. Das ist der Fall des Abschusses eines Zivilflugzeugs zur Terrorabwehr. In anderen Fällen ist der Eingriff ebenfalls gravierend, aber ein überragend wichtiger Gemeinwohlzweck kann ihn tragen. Das ist der

¹⁴ Ripstein, *Force and Freedom* supra note 13 at 223.

¹⁵ Ripstein, *Force and Freedom* supra note 13 at 221 f.

Fall der Wehrpflicht. Die Freiheit der Bürger, ihre subjektiven Rechte, setzt also der Erfüllung von Gemeinwohlzielen Grenzen. Aber es ist nicht dieselbe Grenze wie im Verhältnis der Bürger untereinander. Vielmehr wird die Grenze durch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit bestimmt.

8. Sozialer Ausgleich [social welfare]

Bis hierher ist ausgeräumt, dass die Idee gleicher Freiheit als Grundlage einer Verfassungsordnung jenseits der Sicherung privater Rechte keine Gemeinwohlaufgaben tragen könnte. Aber damit ist der moderne Staat noch nicht erreicht. Der moderne Staat ist schließlich wesentlich auch Sozialstaat. Das bedeutet grundsätzlich allem voran, dass er die Armen unterstützt. Er bewahrt sie vor dem Hungertod, geht mit seiner Unterstützung vielleicht noch darüber hinaus. Er unterhält auch vielfach öffentliche Systeme sozialer Sicherheit, wie Rentenversicherung oder Krankenversicherung. Indem diese die Erwerbsrisiken wie eben Krankheit oder altersbedingte Erwerbsunfähigkeit absichern, liegt ihre Funktion nicht zuletzt darin, durch Versicherung dieser Risiken den Eintritt von Armut zu verhindern.

Das Problem für Ripsteins Kant liegt an dieser Stelle darin, dass das menschliche Grundbedürfnis in der Idee gleicher Freiheit keine Rolle spielt. Freiheit bedeutet, sein eigener Herr zu sein, und das bedeutet das Eigene unabhängig vom Handeln anderer verwenden zu können. Freiheit bedeutet nicht, zu tun, was man gerne möchte. Die Gründe, die man dafür anführen könnte, dass man gerade dieses oder jenes gerne tun möchte, sind irrelevant. Es spielt keine Rolle, ob ich deinen Sportwagen fahren will, weil ich gerade Lust auf eine Spritztour habe, oder ob ich dein Brot essen will, weil ich sonst verhungere. Unter der Perspektive gleicher Freiheit erscheinen beide Fälle gleich. Weil ich deine Sachen gebrauche, würde ich in beiden Fällen deine Rechte verletzen. Und es ist eben keine Beschränkung meiner Freiheit, dass ich deine Sachen – Sportwagen oder Brot – nicht nutzen darf, mag es mich im Fall des Brotes auch das Leben kosten.

Trotzdem will Ripstein eine Pflicht des Staates begründen, zwar nicht den Sportwagen für eine Spritztour bereitzustellen, aber mir Brot zu geben oder die entsprechenden Geldmittel, wenn ich mich anders nicht am Leben erhalten kann. Doch die Grundlage dieser Pflicht muss sich wiederum auf der Idee gleicher Freiheit entfalten lassen. Denn Ripsteins herausfordernder Anspruch ist eben, dass gerade auch der moderne Staat als Sozialstaat den Staat der bürgerlichen Gesellschaft repräsentiert und nicht etwa hinter sich gelassen hat.

Entscheidend für Ripsteins Argument ist, dass Armut erst mit einer Eigentumsordnung auftritt. Ohne eine Konstitution des Eigentums hat man lediglich die Rechte an der eigenen Person zu achten. Das schließt Sachen nur insofern ein, als sie ein anderer gerade unmittelbar in den Händen hält. Zwar mögen auch Menschen verhungern in einer Ordnung, die kein Eigentum kennt. Aber dafür sind keine privaten Rechte verantwortlich, sondern nur die Umstände. In einer Ordnung ohne Eigentum gibt es darum keine Armut, sondern nur Bedürftigkeit, und die ist kein Freiheitsproblem. Wenn ich bedürftig bin, mag mein Überleben gefährdet sein, aber es hängt nicht von fremdem Handeln ab. Mit der Konstitution des Eigentums aber hängt mein Überleben von fremdem Handeln ab, nämlich davon, ob mich meine Mitmenschen aus ihren Mitteln unterstützen, die dank der subjektiven Rechte an Gegenständen weit mehr umfassen können, als sie selbst zum Leben brauchen. Mein Überleben wird aber für die Freiheit, die bedeutet sein eigener Herr zu sein, vorausgesetzt. Diese Voraussetzung wird mit der Konstitution des Eigentums abhängig vom Handeln anderer. Darum ist Armut ein Freiheitsproblem. Nicht eine einzelne Handlung, aber das Handlungsvermögen hängt vom Handeln der vermögenden Mitmenschen ab. Diese durch die bürgerliche Verfassung mit der Eigentumsordnung ermöglichte Abhängigkeit vom Handeln anderer muss aufgehoben werden durch

die Pflicht des Staates, in Repräsentation aller anderen die Armen zu unterstützen. Weil der Staat aber die Armen unterstützen muss, steht es in seinem Ermessen mit präventiven Maßnahmen (etwa mithilfe öffentlicher Systeme sozialer Sicherheit) dafür zu sorgen, dass Armut gar nicht erst entsteht.

IV. Juridische und philosophische Perspektiven

Ripsteins Rekonstruktion der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Staates liefert Stoff für Einwände aus unterschiedlichsten Perspektiven. Man kann sie in erster Einteilung in Einwände aus der juridischen Perspektive und Einwände aus der philosophischen Perspektive unterscheiden. Einwände aus der juridischen Perspektive machen geltend, dass die Rekonstruktion das geltende Recht nicht trifft. Dazu kann man einzelne Aspekte oder auch ganze Felder des geltenden Rechts anführen, die sich nicht in die Rekonstruktion als rechtliche Ordnung gleicher Freiheit einfügen. Einwände aus der philosophischen Perspektive lassen das geltende Recht außen vor. Sie führen etwa an, dass die einzelnen Schritte der Rekonstruktion nicht schlüssig aufeinander aufbauen. Sie können weiterhin geltend machen, dass die Idee gleicher Freiheit ihrerseits einer Grundlage bedürfe, die Ripstein nicht geliefert habe. Und sie können schließlich auf gravierende Probleme hinweisen, welche die Idee gleicher Freiheit und die aus ihr entfaltete bürgerliche Gesellschaft samt ihres Staates aufwerfen.

Der Sammelband „Freedom and Force“ versammelt überwiegend Stimmen, die Ripsteins „Force and Freedom“ aus einer philosophischen Perspektive diskutieren. Entsprechend wird die Erläuterung, die Ripsteins Arbeit im Hinblick auf das geltende Recht leistet, nur vereinzelt thematisiert. Die philosophischen Einwände vereint wiederum, dass bei allen eine Idee von Freiheit (oder Autonomie) im Zentrum steht, mag es auch nicht die Freiheit sein, sein eigener Herr zu sein. Davon unabhängig stellen sich die meisten Autoren in einen Kantischen Rahmen in dem Sinne, als sie entweder Ripsteins Rekonstruktion von Kants Gedankengang auf der Basis einer eigenen kritisieren, oder aber Inkohärenzen im Kantischen Gedankengang aufdecken wollen. Wenn man die Einwände aus den Beiträgen¹⁶ etwas sortieren wollte, so geht es vor allem um zwei Themen: Erstens der Begriff von Freiheit, die bedeutet sein eigener Herr zu sein, als Grundbegriff des Privatrechts, und zweitens die mit dem nicht-instrumentellen Begriff des subjektiven Rechts verbundene essentielle Differenz von Privatrecht und öffentlichem Recht.

C. PRIVATRECHT

I. Der Begriff der Rechtsverletzung

Andrea Sangiovanni erhebt einen erhellenden Einwand, der den Begriff der Verletzung eines subjektiven Rechts betrifft.¹⁷ Er zieht in Zweifel, ob sich die Handlungsgrenzen, die die subjektiven Rechte des einen für das Handeln des anderen bestimmen, ohne Rückgriff auf das verstehen kann, was die Einzelnen gerne tun möchten. Sangiovanni zieht damit letztlich in Zweifel, dass Freiheit, die bedeutet sein eigener Herr zu sein, und die daraus resultierende Idee des subjektiven Rechts tatsächlich der Grundbegriff des Privatrechts sein kann. Aus seiner Sicht kann der Grundbegriff doch nur der des Interesses sein. Mit Interesse ist aber nichts Anderes bezeichnet als ein Handlungswunsch.

Es wurde oben erläutert, wie Ripstein die Freiheit, die bedeutet sein eigener Herr zu sein, und das daraus abgeleitete subjektive Recht als Grundbegriffe des Privatrechts behauptet: Die Freiheit sein eigener Herr zu sein, bedeutet, Inhaber von Rechten an der eigenen Person, an Sachen und an

¹⁶ Alle Einwände können hier nicht zur Sprache kommen. Das Folgende konzentriert sich auf diejenigen, zu denen der Reviewer vielleicht etwas beitragen kann.

¹⁷ Andrea Sangiovanni, 'Rights and Interests in Ripstein's Kant' in Sari Kisilevsky & Martin J. Stone, eds, *Freedom and Force* (Oxford: Hart Publishing, 2017) 77-90.

versprochenen Leistungen sein zu können. Der Inhalt des Rechts besteht darin, Person und Sachen nach Belieben und unabhängig vom Handeln anderer zu gebrauchen. Mit dieser Bestimmung ist Ripstein zufolge auch die Idee der Verletzung eines subjektiven Rechts vorgezeichnet. Ein Recht ist verletzt, wenn eine fremde Person oder ein fremder Gegenstand beschädigt werden. Ein Recht ist auch verletzt, wenn eine fremde Person oder ein fremder Gegenstand ohne Erlaubnis für eigene Zwecke gebraucht werden.

Sangiovanni identifiziert im letzten Schritt eine Unklarheit, die wohl exemplarisch für die fehlende Tauglichkeit des subjektiven Rechts als Grundbegriff stehen soll. Aus seiner Sicht ist nämlich unbestimmt, was es bedeutet, eine fremde Person für eigene Zwecke zu gebrauchen. Dass die Bedeutung von Gebrauch unbestimmt ist, läuft nicht auf die triviale Behauptung hinaus, dass es Grenzfälle [hard cases] gebe, wo die Entscheidung schwerfällt. Es geht vielmehr darum, dass es Handlungen gibt, die sicherlich den Gebrauch einer fremden Person darstellen, die aber privatrechtlich keinesfalls als Rechtsverletzung gelten. Wenn das zuträfe, dann wäre der Inhalt eines Rechts nicht mehr durch die Idee bestimmt, über das eigene Handeln selbst zu bestimmen.

Sangiovannis anschauliches Beispiel ist das Zeichnen schöner fremder Hände, die ihr Träger aber nicht als Modell zur Verfügung stellt. Vielmehr entdeckt sie der Zeichner zufällig in einer Bibliothek und zeichnet sie heimlich ab, also ohne Einwilligung ihres Trägers. Damit verletzt der Zeichner nach geltendem Privatrecht tatsächlich kein Recht des Trägers der schönen Hände. Und doch handelt es sich aus Sangiovannis Sicht um einen Fall des Gebrauchs der fremden Hände. Anders läge es, wenn der Zeichner die Hände nicht zeichnete, sondern sie küsste.¹⁸ Auch dies wäre ein Gebrauch, und diesmal zugleich nach geltendem Privatrecht eine Rechtsverletzung. Weil in beiden Fällen ein Gebrauch vorliegt, aber nur der eine Fall eine Rechtsverletzung darstellt, lässt sich der Begriff der Rechtsverletzung nicht durch die Idee des Gebrauchs erläutern. Aus Sangiovannis Sicht lässt sich der Unterschied nur unter Rückgriff auf die Wertung von Interessen verständlich machen: Jeder Mensch hat ein berechtigtes Interesse daran, dass seine Hände nicht von Fremden geküsst werden. Darum ist das eine Rechtsverletzung. Niemand hat ein berechtigtes Interesse daran, dass seine Hände nicht gezeichnet werden. Darum ist das keine.

Mit Behauptung des menschlichen Interesses als Grundbegriff sind viele Probleme verbunden, die allesamt ungelöst sind. Warum zählen Interessen? Wie werden die typischen Interessen bestimmt? Warum zählen Interessenlagen nicht, die im Einzelfall von den typischen abweichen? Nach welchem Maßstab werden Interessen bewertet, als mehr oder weniger berechtigt oder auch als unberechtigt? Um die Beantwortung dieser Fragen soll es hier nicht gehen. Zur Diskussion steht Ripsteins Position, und mit Gegenfragen an Sangiovanni lässt sie sich nicht verteidigen. Die Gegenfragen sind hier aber angesprochen, um dem Eindruck entgegenzuwirken, eine Rekonstruktion des Privatrechts auf der Basis des Begriffs des Interesses wäre eine einfache Sache, die von Ripstein grundlos in Zweifel gezogen wurde. Ripsteins Position ist vielmehr genau deswegen attraktiv, weil sie all diese ungeklärten Fragen zum Verschwinden bringt.

Die Entgegnung auf Sangiovanni ist die folgende: Sein Einwand beruht letztlich auf einem falschen Akzent in der Bestimmung des Inhalts des Rechts. Man kann das natürlich so formulieren: Das Recht an der Person beinhaltet, eine fremde Person nicht für eigene Zwecke zu gebrauchen. Doch in dieser Formulierung wird der Kontrast nicht klar zu einer Situation, in der jemand sein Handeln auf die Umstände bezieht. Die schönen Hände des Gegenübers in der Bibliothek zählen ebenso zu den Umständen des Handelns des Zeichners, wie vielleicht der weitere, dass die Sonne hereinscheint und dadurch die Konturen der Hände besonders schön hervortreten. Die fremden Hände zählen also als

¹⁸ Sangiovanni nimmt ein anderes Beispiel für einen rechtsverletzenden Gebrauch eines fremden Körpers.

Umstände, die sich der Zeichner zunutze macht [take advantage]. Sein Zeichnen ist kein unbefugter Gebrauch der Hände. Das Kriterium der Abgrenzung ist, dass das Zeichnen fremder Hände den Gebrauch seitens ihres Inhabers nicht stört. Das ist der springende Punkt, auf den es für die Bestimmung des Inhalts des Rechts ankommt: nicht der Gebrauch für eigene Zwecke, sondern die Störung des beliebigen Gebrauchs des Inhabers des Rechts.

Man kann sich den Punkt leichter anhand des Rechts an einer Sache klarmachen. Eine Sache muss vom unbefugten Besitzer auch dann an den Eigentümer herausgegeben werden, wenn der Besitzer sie gar nicht nutzt, sondern sie nur irgendwo bei ihm herumliegt. Der Grund dafür, dass er sie herausgeben muss, ist also nicht, dass er sie für eigene Zwecke gebraucht. Er muss sie vielmehr deswegen herausgeben, weil der bloße Besitz den beliebigen Gebrauch des Eigentümers stört. Darin liegt die Rechtsverletzung. Für die fremden Hände gilt entsprechend: Obgleich sie heimlich gezeichnet werden, kann der Inhaber mit ihnen machen, was er will. Er wird in seinem Gebrauch der Hände durch die heimliche Zeichnung nicht gestört. Er kann mit ihnen durch die Haare fahren oder sie in den Schoß legen, so dass es schwer oder unmöglich wird sie weiter zu zeichnen. Beim Küssen fremder Hände ist es anders: Ihr Inhaber kann sie währenddessen nicht nach Belieben gebrauchen. Er muss sie erst einmal wegziehen, mag das auch noch so leicht gehen.

Im Lichte von Sangiovannis Einwand lässt sich der Inhalt eines subjektiven Rechts präzise bestimmen: Das subjektive Recht verbietet nicht den Gebrauch fremder Person oder Gegenstände für eigene Zwecke, sondern es verbietet die Störung des beliebigen Gebrauchs des Inhabers. Es sei ausdrücklich betont, dass es nicht um einen gegenwärtigen, sondern um den beliebigen Gebrauch geht. Wer eine fremde Sache unbefugt besitzt, kann sich gegen den Anspruch des Eigentümers nicht damit verteidigen, dass jeden die Sache gerade selbst gar nicht brauche. Und ebenso darf man die Hände eines anderen auch dann nicht küssen, wenn ihr Inhaber gerade über seiner Lektüre eingeschlafen ist und seine Hände darum gerade selbst gar nicht braucht. Mit diesem Inhalt des subjektiven Rechts ist der Begriff seiner Verletzung klar bestimmt.

II. Freiheit ohne subjektive Rechte

Julius erhebt einen ebenfalls erhellenden Einwand gegen den Grundbegriff des subjektiven Rechts. Sein Einwand richtet sich gegen den begrifflichen Zusammenhang von Freiheit, die bedeutet sein eigener Herr zu sein, und subjektiven Rechten an Sachen. Ripstein hatte es so dargestellt, dass bei Handlungen unter Verwendung von Sachen die Unabhängigkeit vom Handeln anderer nur dann besteht, wenn die Sachen dem Handelnden gehören, wenn es also kraft Eigentum die eigenen sind.

Julius bestreitet, dass Eigentum Unabhängigkeit vom Handeln anderer verwirklicht. Die Abhängigkeit sieht er darin, dass ich fast immer jemanden finden muss, von dem ich die Sachen erwerben kann, die ich in meinem Handeln verwenden möchte. Auf dieser Grundlage verschwindet aus seiner Sicht zunächst einmal der grundlegende Unterschied zu einer Ordnung, die nur den gegenwärtigen Gebrauch einer Sache schützt. Denn, wie auch oben ausgeführt wurde, in dieser Ordnung ist mein Handeln auch von anderen abhängig und zwar davon, dass das, was ich gerne gebrauchen möchte, gerade nicht von einem anderen gebraucht wird. So sind die Vorteile der Eigentumsordnung eigentlich verloren. Die These, dass Eigentum Handeln in Freiheit verwirklicht, muss Julius zufolge neu interpretiert werden: Eigentum ist eine Möglichkeit, mein selbstbestimmtes Handeln mit Deinem selbstbestimmten Handeln in Einklang zu bringen. Der Einklang wird dadurch hergestellt, dass ich nur meine Sachen verwenden darf. Eine Ordnung, die nur den gegenwärtigen Gebrauch schützte, leistete dasselbe. Der Einklang wird dadurch hergestellt, dass ich nur Sachen verwenden darf, die gerade kein anderer verwendet.

Wenn die Dinge so liegen, entsteht Raum für eine dritte Art der Ordnung. Sie wird möglich, wenn alle einen Grundsatz für ihr Handeln akzeptieren. Der Grundsatz ist eben der, dass das eigene Handeln in Selbstbestimmung mit dem selbstbestimmten Handeln aller anderen vereinbar sein soll. Was bei Kant als Grundsatz des Rechts fungiert¹⁹, wandert bei Julius in die Köpfe der Handelnden. Das mag eine hohe ethische Anforderung sein. Diese zu erheben hat aber scheinbar einen großen Vorteil: Auf ihrer Grundlage ist selbstbestimmtes Handeln nämlich nicht mehr auf ein Handeln unter Verwendung eigener Gegenständen begrenzt.

Es sei zunächst festgehalten: Julius Argument beruht eigentlich auf einem Missverständnis. Er unterstellt Ripstein die Behauptung, jeder habe ein Recht, sich beliebige Zwecke zu setzen. Wenn dem so wäre, könnte Julius in der Tat vorbringen: Sofern noch die Mittel fehlen, um diese Zwecke zu verwirklichen, entsteht Abhängigkeit von den bisherigen Inhabern dieser Mittel. Julius akzentuiert besonders, dass der andere sie vielleicht nicht tauschen will. Aber das ändert nichts. Es ist keine Beschränkung meiner Freiheit, die bedeutet mein eigener Herr zu sein, wenn meinem Gegenüber eine Sache gehört, die ich gerne verwenden möchte. Ebenso wenig ist es dann eine Beschränkung dieser Freiheit, wenn er die fragliche Sache nicht tauschen will.

Trotzdem ist Julius Alternative instruktiv und soll darum noch etwas weiterverfolgt werden. Sie wird charakteristischerweise entwickelt am Beispiel einer Begegnung zweier Akteure im öffentlichen Straßenland, das keinem privat gehört. Aber sie greift entsprechend in einer Ordnung, die kein Eigentum kennt, für Sachen aller Art. Wenn im öffentlichen Straßenland jeder der Akteure für sich nur die eigenen Zwecke verfolgt, kann es sein, dass sie im Rahmen ihres je eigenen Handlungsplans zur gleichen Zeit auf dem gleichen Stück Boden sein wollen. Dann kann auf nur einer von beiden seinen Handlungsplan verfolgen. Das wäre an sich derjenige, der das fragliche Stück Boden zuerst erreicht hat. Das Handeln des anderen wäre insofern abhängig vom Willen des Ersteren, seine Freiheit also beschränkt. Wenn beide aber nun den Handlungsgrundsatz befolgen, ihre Handlungspläne nur auf eine Weise zu verfolgen, die mit den Handlungsplänen des anderen vereinbar ist, dann würde es anders ausgehen. Beide würden sich verständigen. Sie würden einen Kompromiss finden: sie wechseln sich ab, oder einer von beiden verzichtet und ändert seinen Handlungsplan entsprechend ab. Für Julius ist es entscheidend, dass diese Kompromissbildung keine Bestimmung des eigenen Handelns durch das Handeln des anderen bedeutet. Denn die Vereinbarkeit des eigenen selbstbestimmten Handelns mit dem fremden selbstbestimmten Handeln gehört eben nach dem allgemeinen Handlungsgrundsatz zum eigenen Handeln immer dazu.

Man kann sich Julius' Pointe vielleicht noch einmal auf einem anderen Wege erschließen. Dafür muss man mit der Idee von Freiheit starten, die nicht darin besteht, sein eigener Herr zu sein, sondern zu tun, was man gerne möchte. An sich würde das einschließen, auch alle Mitmenschen für eigene Zwecke gebrauchen zu dürfen. Wenn diese Freiheit aber für alle dieselbe sein soll, dann kommt Julius' Handlungsgrundsatz ins Spiel: Man kann tun, was man möchte, soweit es sich damit vereinbaren lässt, dass andere auch tun, was sie möchten. Das führt mit Blick auf den Körper zum Recht an der eigenen Person. Mit Blick auf Sachen aber führt es nicht zum Eigentum. Es führt dazu, dass der eine alles gebrauchen kann, was andere gerade nicht gebrauchen und auch nicht beabsichtigen zu gebrauchen. Und wenn hiernach die Handlungspläne kollidieren, kann man sie im Wege der Kompromissbildung modifizieren.

Mit Julius' Position verbunden ist die Aufhebung der Trennung zwischen Recht und Ethik als unterschiedliche Sphären der Moral. Das wirft viele Fragen auf. Aber das ist hier nicht weiter zu vertiefen. Das eigentliche Problem für Julius liegt an anderer Stelle. Der neuralgische Punkt ist der

¹⁹ Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitten (1797), § 2, in: Kants Werke, Akademie Textausgabe VI, 1968, 246 f.

Fall scheiternder Kompromissbildung: Was geschieht, wenn sich die Handelnden mit konkurrierenden Handlungsplänen nicht einigen können? Dann muss eine Regel greifen. Wenn die Regel beide als Gleiche behandelte, dann könnte es wiederum nur die Regel des ersten Gebrauchs sein. Doch dann würde diese Ordnung sich Julius zufolge nicht mehr von einer Ordnung unterscheiden, die zwar kein Eigentum kennt, wohl aber den gegenwärtigen Gebrauch einer Sache schützt. Es ist trivial, dass auch in einer solchen Ordnung, ebenso wie in einer Eigentumsordnung, über Gebrauchsbefugnisse verhandelt werden kann. Darauf kann Julius nicht hinauswollen.

Wenn bei fehlender Einigung aber keine Regel greifen soll, dann kann die Folge nur sein, dass beide von ihren Plänen Abstand nehmen müssen. Das hätte eine dramatische Konsequenz für mein Handeln. Unter einer Eigentumsordnung kann ich nur Sachen gebrauchen, die mir gehören. Unter einer Ordnung, die den gegenwärtigen Gebrauch schützt, kann ich nur Sachen gebrauchen, die gerade kein anderer gebraucht. In dieser Ordnung ist, wie erläutert wurde, mein Handeln nicht selbstbestimmt, sondern abhängig vom Handeln anderer. Unter einer Ordnung, in der Julius' Handlungsgrundsatz anerkannt ist, kann ich nur Sachen gebrauchen, die während meines Gebrauchs kein anderer gebrauchen möchte. In dieser Ordnung ist mein Handeln nicht nur abhängig vom Handeln anderer, sondern darüber hinaus von den Absichten anderer. Es gibt wohl keine Möglichkeit, mein Handeln in größere Abhängigkeit von anderen zu stellen, als einer Ordnung, die im Hinblick auf Sachen von Julius' Handlungsgrundsatz bestimmt ist.

III. Ein Fundament rechtlicher Freiheit?

Auch Katrin Flikschuhs Einwand betrifft zunächst den Zusammenhang von Freiheit und subjektiven Rechten.²⁰ Sie hält Ripstein vor, dass es ihm in seiner Darstellung nicht gelingt, den Freiheitsbegriff strikt relational zu halten. Sie hält ihm vor, dass er bei der Darstellung des Rechts an der eigenen Person immer wieder auf da praktische Handlungsvermögen zu sprechen kommt. Das interpretiert sie so, als müsse Ripstein das Recht an der eigenen Person auf das Handlungsvermögen stützen. Dieses aber wiederum sei ein menschliches Vermögen, das unabhängig verständlich wäre von der Idee von Freiheit, die bedeutet sein eigener Herr zu sein. Nur durch den Rückgriff auf das menschliche Handlungsvermögen sei es dann möglich, dem Recht einen konkreten Inhalt zu geben, das heißt das näher zu bestimmen, was die Person umfasst (Körper, Seele, Meinung etc.).

Demgegenüber beansprucht Flikschuh, eine tatsächlich reine relationale Konzeption von Freiheit auch mit Blick auf das Recht an der eigenen Person zu präsentieren. Dafür ist es aus ihrer Sicht erforderlich, dass sich das Recht an der eigenen Person nicht auf einen empirischen Begriff der Person bezieht. Vielmehr kann das Recht an der eigenen Person gar keinen bestimmten Inhalt haben. Das Recht an der eigenen Person soll lediglich einen formalen Anspruch auf rechtliche Gleichheit repräsentieren. Substanz erhält damit auch das Recht an der eigenen Person erst, in dem ein öffentlicher Gesetzgeber Rechte an Sachen konstituiert und schützt. Erst damit soll sich Flikschuh auf implizite Weise die Konstitution des Gehalts des Rechts an der eigenen Person verbinden. (Es wird nicht recht klar, wie Flikschuh die Regelung zu Delikten gegen die Person [assault and battery] einordnet.) Selbst das Recht an der eigenen Person soll also nach Flikschuh keinen vorpolitischen, in diesem Sinne natürlichen Gehalt haben, der unabhängig von seiner politischen Bestimmung feststünde.

Dieser Zug hat Auswirkungen auch auf die Reichweite staatlicher Gesetzgebung. Die Pointe wird von Flikschuh an dieser Stelle nicht herausgearbeitet. Aber wenn jeder Inhalt der subjektiven Rechte, selbst des Rechtes an der eigenen Person, von seiner Bestimmung durch den Gesetzgeber abhängt,

²⁰ Katrin Flikschuh, 'A Regime of Equal Private Freedom? Individual Rights and Public Law in Ripstein's Force and Freedom' in supra note 17 at 55-74.

dann können die Rechte nur eingeschränkt als Grenze staatlicher Gesetzgebung fungieren. Es bleibt ein Anspruch auf rechtliche Gleichheit im Verhältnis zu anderen übrig. Nur daran darf der Staat nicht rühren, wie tief auch immer seine Eingriffe reichen mögen. Eine Grenze, die aus der Idee von Freiheit, sein eigener Herr zu sein, resultierte, lässt sich in diesem Rahmen nicht mehr verständlich machen.

Überdies erscheint der Vorhalt an Ripstein schwerlich berechtigt. Natürlich ist das praktische Handlungsvermögen des Menschen die Grundlage der Idee der Freiheit als rechtliche Unabhängigkeit. Aber es ist keine normative Grundlage, sondern eine Voraussetzung. Das vorausgesetzte praktische Handlungsvermögen eines Menschen, das sich in Raum und Zeit entfaltet, wirft eine Frage auf unter der Bedingung, dass es mit anderen Menschen mit gleichem Handlungsvermögen zusammentrifft. Die Frage lautet, in welchem Sinn sich das menschliche Handlungsvermögen auch unter dieser Bedingung als freies Vermögen entfalten kann. Mehrere Handelnde werfen nämlich eine spezifische Frage auf, insofern jeder andere, ebenso wie ich, meine Person und beliebige Sachen im Handeln verwenden wollen könnte. Dadurch wird mein Handlungsvermögen nicht nur (wie stets) abhängig von den äußeren Umständen (ich kann mich nur sonnen, wenn die Sonne scheint). Es wird zusätzlich abhängig vom Willen anderer (ich kann den Liegestuhl nur nutzen, wenn ihn gerade kein anderer nutzt oder nutzen will). Diese spezifische Abhängigkeit lässt sich nur aufheben, wenn die im Handeln verwendeten Mittel eigene sein können.

Abschließend sei bemerkt: Natürlich kann man auch die Voraussetzung der Idee von Freiheit, die bedeutet sein eigener Herr zu sein, bestreiten. Man kann also bestreiten, dass den Menschen ein praktisches Handlungsvermögen auszeichnet (Deterministen tun das). Man kann ebenso bestreiten, dass sich das menschliche Handlungsvermögen in Ansehung anderer in Freiheit entfalten sollte, sein eigener Herr zu sein (Faschisten tun das). In beiden Fällen endet man natürlich nicht beim Begriff des subjektiven Rechts. Das bedeutet aber nicht, dass der Zusammenhang von dieser Idee von Freiheit und subjektiven Rechten nicht zwingend wäre.

D. ÖFFENTLICHES RECHT

I. Privatrecht als öffentliches Recht

Wenn man die Idee von Freiheit, die bedeutet sein eigener Herr zu sein, und damit die subjektiven Rechte und das Privatrecht als grundlegend akzeptiert, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zum öffentlichen Recht. Kants Darstellung ist in diesem Punkt nicht einfach. Denn aus der Entfaltung des Privatrechts aus der zweckfreien Idee gleicher Freiheit resultiert einerseits eine grundlegende Differenz zum öffentlichen Recht, soweit dieses die Felder des Gemeinwohls und des sozialen Ausgleichs bezeichnet. Aber bei Kant fällt auch das Privatrecht unter das öffentliche Recht. Damit will er aber nicht die grundlegende Differenz zu Gemeinwohl und sozialem Ausgleich wieder einziehen. Gemeint ist, dass das Privatrecht in staatlich gesetzter und garantierter Form auftreten muss.

Einige Interpreten haben Kant so gedeutet, dass die Notwendigkeit der Erscheinungsform als staatliches Recht einschließe, dass der Staat das Privatrecht nicht nur ändern, sondern sogar aufheben könnte. Sie nehmen die Ableitung des öffentlichen Rechts aus dem Privatrecht insofern als genealogische Auskunft. Das Privatrecht hat allenfalls Bedeutung für die Genese von Staatsgewalt, nicht aber für ihr Wirken, wenn sie einmal etabliert ist. Das Privatrecht etabliert die Rechtsform, aber nicht in der Form des subjektiven Rechts, sondern in der Form der objektiven Rechtsnorm.²¹

²¹ Solchen Interpreten fällt es schwer, die Rolle von Grundrechten verständlich zu machen. Sie können eigentlich nur noch als zufällige (freilich glückliche) Selbstbeschränkungen der Staatsgewalt präsentiert werden. Mit Kants Text ist das nicht in Einklang zu bringen, der mehrfach betont, dass die Normen des Privatrechts als

Japa Pallikkathayil zielt eigentlich in eine ähnliche Richtung.²² Sie fokussiert den Aspekt, dass die allgemeine Form des subjektiven Rechts ohne ein staatliches Privatrecht nicht möglich ist. Die Pointe von Pallikkathayils Argument ist eine Kritik an Kants Differenzierung zwischen dem Recht an der eigenen Person einerseits und Rechten an Gegenständen andererseits. Kant stellt es so dar, dass subjektive Rechte an Gegenständen ein zusätzliches Problem aufwerfen, das beim Recht an der eigenen Person nicht auftritt. Dieses Problem kann nur durch die staatliche Erscheinungsform des Privatrechts geheilt werden. Pallikkathayil erkennt keine Berechtigung für diese Differenzierung. Aus ihrer Sicht teilen beide Arten von subjektiven Rechten drei Probleme. Das Problem der Unbestimmtheit des Inhalts eines Rechts [indeterminacy], das Problem seiner verbindlichen Feststellung [adjudication] und das Problem der Durchsetzung [assurance]. Alle drei Probleme verlangen einen Staat, namentlich eine Gerichtsbarkeit und Vollstreckungsorgane.

Aber Ripstein hatte einen Unterschied zwischen dem Recht an der eigenen Person und den Rechten an Gegenständen herausgearbeitet, den Pallikkathayil zwar zugesteht, aber nicht als relevant anerkennt. Der Unterschied besteht darin, dass das Recht an der eigenen Person angeboren ist, während Rechte an Gegenständen erworben werden können. Das Recht an einer bestimmten Person kann nur die Person selbst haben. Das Recht an einer bestimmten Sache kann an sich jeder Mensch haben. Er muss sie aber durch einen Willensakt erwerben, sei es erste Besitzergreifung oder Konsens. Die Grundlage der subjektiven Rechte an Gegenständen ist also letztlich allein ein Willensakt. Das ist der Unterschied zum Recht an der eigenen Person: jenes beruht nicht auf einem Willensakt, sondern auf der notwendigen Verbindung des Handelns mit dem Körper des Handelnden.

Es handelt sich hierbei nicht um ein Problem der Freiheit, sondern der Gleichheit (Kant formuliert es als Problem der „Reziprozität“) und es taucht beim Recht an der eigenen Person nicht auf. Ein herrenloses Seegrundstück, das ich mir aneigne, konnte zuvor von jedermann betreten werden. Anders als beim Seegrundstück steht hingegen das Recht an der eigenen Person jedem zu. Zwar bildet auch das Recht der eigenen Person für alle anderen eine Handlungsgrenze, aber diese Grenze beruht nicht auf einem einseitigen Willensakt. Dem Recht an der eigenen Person liegt damit keine Macht zur Grenzziehung zugrunde. Kants Frage ist, wie es unter Gleichen möglich ist, dass der eine die Macht hat, dem anderen eine rechtliche Handlungsgrenze zu setzen, gegen den ein späterer gegenläufiger Willensakt nicht ankommt.

Pallikkathayil will diese Frage Kants so beantworten: Die einseitige Macht, anderen Handlungsgrenzen zu setzen, ist unter Gleichen möglich, weil sie erforderlich ist, um die Freiheit sein eigener Herr zu sein auch in Ansehung der Gegenstände zu verwirklichen, die im Handeln verwendet werden können. Aus Pallikkathayils Sicht kann man also einfach die Begründung wiederholen, die – wie oben entfaltet – die Konstitution von subjektiven Rechten an Gegenständen trägt: Weil es subjektive Rechte an Gegenständen geben muss, müssen diese Rechte durch einseitigen Willensakt für andere verbindlich erworben werden können. Aber das stimmt natürlich nicht: Konstitution der Institutionen von Eigentum und Vertrag und ihr Erwerb durch Willensakt sind zweierlei. Ein Argument, dass die Konstitution trägt, trägt eben noch nicht die Form des einseitigen Erwerbs. So gelangt man in eben das Dilemma: Einerseits verlangt die für alle gleiche Freiheit, sein eigener Herr zu sein, die Konstitution von subjektiven Rechten an Gegenständen; andererseits ist der Erwerb eines subjektiven Rechts an einem Gegenstand, der auch jedem anderen gehören könnte, durch einseitigen Willensakt mit eben dieser Idee der gleichen Freiheit nicht vereinbar.

staatliches Recht denselben Inhalt haben müssen: Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), § 41, in: *Kants Werke*, Akademie Textausgabe VI, 1968, 306. Kant (AA VI/306).

²² Japa Pallikkathayil, 'Persons and Bodies' in *supra* note 17 at 35-54.

Aus Kants Sicht liegt der Ausweg aus dem Dilemma darin, dass die rechtliche Grenze am Ende nicht von einem Willensakt herrührt, sondern von staatlicher Rechtssetzung. Oft wird die einschlägige Passage so gedeutet, dass die einseitige Grenzziehung nur dann möglich wäre, wenn alle anderen dem zustimmten. Dieses Einverständnis soll dann pauschal für jeden Rechtserwerb durch eine staatliche Rechtssetzung erfolgen, weil diese den Willen aller repräsentiere. Aber das trifft nicht den Punkt. Für sich allein kann kein Willensakt rechtliche Verpflichtung erzeugen. Das gilt für den Willensakt eines Einzelnen, wie für einen Willensakt aller Einzelnen zusammengenommen. Darum brächte die staatliche Rechtssetzung keine Abhilfe, insofern man sie lediglich als einen Willensakt aller Einzelnen verstünde.²³ Es geht also nicht um eine Zustimmung, die die staatliche Rechtssetzung etwa leistete. Vielmehr liefert die staatliche Rechtssetzung die Grundlage, welche den Willensakten allgemein die Kraft rechtlicher Verpflichtung verleiht. Eine solche Grundlage ist nur erforderlich für die Konstitution von Eigentum und Vertrag, nicht aber für das Recht an der eigenen Person. Das Recht an der eigenen Person ist angeboren und unveräußerlich.

Allerdings, und hier trifft Pallikkathayil wohl einen Punkt, kann man sich fragen, warum Kant diesen Aspekt so heraushebt, um zu begründen, dass das Privatrecht in staatlicher Form erscheinen muss. Dabei sind die Aspekte der Gerichtsbarkeit und des Vollzugs doch tatsächlich ebenfalls tragend.²⁴ Eine Erklärung mag darin liegen, dass Kant an dieser Stelle die Fragmentierung der Staatlichkeit in Nationalstaaten vorbereitet: Der Staat der bürgerlichen Gesellschaft ist nicht weltumspannend, sondern durch eine staatliche Verfassung nach außen begrenzt. Aber das kann hier nicht weiter vertieft werden.

II. Der Staat als Republik

Martin Stone behandelt die Macht des Staates, das Gemeinwohl zu verwirklichen.²⁵ Er bezweifelt, dass die Idee gleicher Freiheit tatsächlich die umfassenden Aktivitäten tragen kann, die den modernen Staat kennzeichnen. Man kann sich seinen Einwand wie folgt klarmachen: Die Idee gleicher Freiheit soll nach Ripsteins Darstellung nicht nur den Staat begründen. Sie soll auch die Reichweite der Macht des Staates bestimmen, der Macht, die Bürger mit Steuern zu belegen und in ihre Rechte einzugreifen. Beides ist nur erlaubt zur Verwirklichung von Aufgaben des Staates, die sich als Erfordernis einer rechtlichen Ordnung gleicher Freiheit ausweisen und darüber legitimieren lassen.

Es gibt eine Reihe staatlicher Aufgaben, die vor diesem Hintergrund ohne weiteres als notwendig erscheinen. Sie waren schon Thema: Privatrechtssetzung, Gerichtsbarkeit und Vollstreckungsorgane. Weiterhin hat Ripstein ausführlich gezeigt, dass auch öffentlicher Straßen eine notwendige Aufgabe des Staates darstellt. Stone geht nun davon aus, dass auch alle weiteren Staatsaufgaben im vergleichbaren Sinn notwendige Aufgaben sein müssen. Ihre Erfüllung müsste also für eine rechtliche Ordnung gleicher Freiheit erforderlich sein. Das bezweifelt er mit Blick auf Staatsaufgaben im Bereich der Kultur im weiten Sinne. Erhalt von Naturparks, Förderung von Kunst oder Denkmalpflege sind seine Beispiele. Es sind gut gewählte Beispiele, weil sie nicht nur mit finanziellem Aufwand und also mit Besteuerung verbunden sind, sondern regelmäßig auch mit Eingriffen in privates Eigentum: Nationale Kunstschatze dürfen nicht ins Ausland verkauft werden, denkmalgeschützte Häuser dürfen nicht nach Belieben umgebaut werden, der Erhalt von Naturparks macht Enteignungen erforderlich.

²³ Das ist auch ein Problem vieler Theorien einer Legitimation staatlicher Gewalt durch Gesellschaftsvertrag: Sie setzen die rechtsverbindliche Kraft eines Vertragsschlusses bei immer schon voraus.

²⁴ Ripstein will das in seiner Erwiderung anscheinend bestreiten, Arthur Ripstein, 'Embodied Free Beings under Public Law' in supra note 17 at 187. Aber das scheint mit Kants Text nicht leicht vereinbar: Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), §§ 44, 45, in: Kants Werke, Akademie Textausgabe VI, 1968, 312 f.

²⁵ Martin J Stone, 'Kant's Apparent Positivism' in supra note 17 at 165-179.

Stones Pointe ist klar: Wenn die entsprechenden Staatsaufgaben nicht notwendig sind für die rechtliche Ordnung gleicher Freiheit, dann müssen sie auf eine andere Rechtfertigung gestützt werden. Diese Rechtfertigung ist offenbar unabhängig von der Idee gleicher Freiheit. Im Ergebnis entstünde dann im Bereich des öffentlichen Rechts ein Pluralismus. Den muss Ripstein aber vermeiden. Nur dann trägt die Idee gleicher Freiheit nicht nur das Privatrecht, sondern auch den modernen Staat.

Ripsteins Antwort liegt nicht darin zu zeigen, dass die modernen Staatsaufgaben tatsächlich doch notwendig seien für eine rechtliche Ordnung gleicher Freiheit. Er bestreitet vielmehr, dass ein notwendiger Zusammenhang bestehen müsse. Es genüge, wenn die verantwortlichen staatlichen Stellen die betreffenden Staatsaufgaben für erforderlich halten. Den staatlichen Stellen soll also eigenes Ermessen zukommen. Diese Idee erlaubt es, den in Stones Bild drohenden Pluralismus zu vermeiden: Der Staat ist nicht zur Wahrnehmung jeder einzelnen der vielfältigen modernen Staatsaufgaben verpflichtet. Aber die staatlichen Stellen können sich auch die modernen Staatsaufgaben setzen, sofern sie ihre Erfüllung zur Verwirklichung der Ordnung gleicher Freiheit für erforderlich halten. Entsprechend können staatliche Stellen in der Zeit zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Sie können eine Staatsaufgabe neu setzen und eine bisherige fallen lassen, ohne dass sie zu einem Zeitpunkt falsch gelegen haben müssen. Verlangt ist nur, dass die staatlichen Stellen sich auf Erfordernisse der rechtlichen Ordnung gleicher Freiheit stützen können.

Das ist an sich stimmig. Ein Problem besteht aber fort, nämlich in der Bestimmung dieser Erfordernisse. Bei Ripstein fungiert als Bestimmung ein Dreiklang: Errichtung, Erhalt und Verbesserung einer rechtlichen Ordnung gleicher Freiheit. Dabei liefert das Erfordernis der Verbesserung den entscheidenden Joker. Unter Verbesserung fällt alles, was nicht unter Errichtung oder Erhalt fällt. Eine Idee von Verbesserung soll den Anker bieten für Naturschutz, Denkmalpflege oder Kunstförderung. Doch es ist zumindest nicht auf Anhieb verständlich, inwiefern diese drei Staatsaufgaben eine Ordnung gleicher Freiheit verbessern. Es ist nicht klar, was „Verbesserung“ in diesem Zusammenhang heißen soll. Die Freiheit, die bedeutet sein eigener Herr zu sein, ist verwirklicht, wenn der Einzelne die Mittel, die er im Handeln verwendet, als eigene haben kann. Man mag den Zustand einer rechtlichen Ordnung mit Blick die Effektivität des Zugangs zu den Gerichten als besser oder schlechter bewerten, vielleicht auch mit Blick auf den Erfolg friedenssichernder Außenpolitik, aber doch eigentlich nicht mit Blick auf Denkmalpflege, Naturschutz oder Kunstförderung.

Ripstein widerspricht.²⁶ Die Idee einer Verbesserung soll sich bei ihm nämlich nicht auf die rechtliche Ordnung gleicher Freiheit beziehen, also nicht auf die bürgerliche Gesellschaft, sondern auf ihren Staat. Der Staat aber repräsentiert in Kants Darstellung einen vereinigten Willen (der hat, wie Ripstein an anderer Stelle aufklärt, nichts mit einer Aggregation empirischer Präferenzen der einzelnen Bürger zu tun²⁷). Ripstein zufolge ist es die Repräsentation des Staates als vereinigter Wille, die – nach dem Ermessen der zuständigen staatlichen Institutionen – durch die modernen Staatsaufgaben verbessert werden kann. Doch was soll das bedeuten? Inwiefern verbessert Denkmalpflege die Repräsentation als vereinigter Wille?

Ripstein gibt die Auskunft, dass die Bürger – wenn die staatlichen Institutionen denn richtiglagen – den Staat eher als den ihren ansehen. Sie anerkennen die staatliche Aktivität eher als Selbstregierung an. Empirisch ist freilich auch das Gegenteil möglich (und leider auch gängig): Viele Bürger sehen staatliche Aktivitäten wie den Denkmalschutz als unbotmäßige Einmischung in ihre privaten Angelegenheiten, die zudem die wirtschaftliche Entwicklung hemmt. Aber Ripsteins Auskunft ist

²⁶ Arthur Ripstein, 'Embodied Free Beings under Public Law' in supra note 17 at 209-212.

²⁷ See Arthur Ripstein, 'Embodied Free Beings under Public Law' in supra note 17 at 205 f.

wahrscheinlich nicht so gemeint, dass Staatsaufgaben am Ende nach den empirischen Präferenzen der Bürger zu bestimmen wären. Es wird schon darum gehen, dass die Bürger den Staat aufgrund der Erfüllung bestimmter Staatsaufgaben eher als den ihren anerkennen sollten. Der Grund soll augenscheinlich darin liegen, dass diese Staatsaufgaben aus der „Erfahrungserkenntnis der Menschen“ [*empirical cognition of human nature*] resultieren.²⁸ Das meint wohl – Ripstein deutet es nicht näher aus – Erkenntnis über den Menschen wie er leibt und lebt, Erkenntnis des Menschen in seiner menschlichen Natur.

Das wäre eine Überraschung: Die menschliche Natur ist im Entwurf der Ordnung gleicher Freiheit doch so sorgsam reduziert auf das Handeln zu beliebigen Zwecken. Aspekte, die den Menschen als Naturwesen betreffen, spielen ebenso wenig eine Rolle wie Aspekte, die den Menschen als Kulturwesen betreffen. Es ist darum überraschend, dass diese Aspekte nun für die Bestimmung der Staatsaufgaben relevant werden sollen. Die Vermittlung über die Aufgabe der Verbesserung der Anerkennung des Staates als Selbstregierung überzeugt nicht. Man kann es darum ebenso gut umgekehrt sehen: Die Ordnung gleicher Freiheit hat keinen Platz für die menschliche Natur. Das ist ihr gravierendes moralisches Problem. Der Versuch von Ripstein, das Problem durch eine mittelbare Staatsfunktion einzuholen, der menschlichen Natur gerecht zu werden, liefert keine Lösung, sondern bestätigt das Problem. Natürlich kann man postulieren, dass der moderne Staat dieses Defizit, das Defizit der rechtlichen Ordnung gleicher Freiheit, heilen sollte (soweit er denn kann). Für die Ordnung gleicher Freiheit jedoch ist damit ihr Status als einzige Grundlage des modernen Staates verloren.

E. Zwei weitere Einwände

I. Kommutative Gerechtigkeit (oder: Fairness im Austausch)

Wenn man Ripsteins Position vor Privatrechtlern vorträgt, dann erhält man häufig juristische Einwände, die sich aus dem geltenden Vertragsrecht speisen. Man wird gefragt, ob denn der Schutz der schwächeren Vertragspartei, die sich im Wohnraummietrecht, im Arbeitsrecht, im Verbrauchervertragsrecht und im Recht der AGB-Kontrolle findet, in der rechtlichen Ordnung gleicher Freiheit einen Platz hat. Natürlich kann man dieselbe Frage auch aus einer philosophischen Perspektive aufwerfen. Sie lautet dann, ob der Erwerb des Rechts an fremder Leistung tatsächlich nur den Konsens über den Austausch der versprochenen Leistungen verlangt, und darum gegen Ausbeutung nichts einzuwenden hat.

In Ripsteins Rekonstruktion spielt der Schutz der schwächeren Vertragspartei keine relevante Rolle. Der Erwerb eines Rechts an fremder Leistung verlangt Konsens, sonst nichts. Und tatsächlich scheint der Schutz der schwächeren Vertragspartei überhaupt nicht in den kantischen Rahmen zu passen. Denn Privatrecht, wenn es als Ordnung gleicher Freiheit rekonstruiert ist, repräsentiert die Menschen in einem fundamentalen Sinn als Gleiche. Diese Idee von Gleichheit verträgt keine Abstriche. Wie oben erläutert²⁹, tritt sie auch nicht als staatlicher Zweck gegen andere Zwecke an, so dass eine Abwägung Abstriche an der Idee gleicher Freiheit begründen könnte. Genau das aber scheint der Schutz der schwächeren Vertragspartei zu verlangen: Denn bei bestimmten Vertragstypen werden die Vertragsparteien unterteilt in stärkere und schwächere Parteien, und letztere müssen gegenüber ersteren geschützt werden. Darüber hinaus soll sich das Schutzbedürfnis ausgerechnet noch aus der materiellen Lage der jeweiligen Partei ergeben: Der Arbeitnehmer ist auf seine Beschäftigung, der Mieter ist auf seine Wohnung angewiesen. Doch im Privatrecht geht es nur um die Freiheit, die bedeutet sein eigener Herr zu sein und darum, das Eigene unabhängig vom Handeln anderer zu

²⁸ Ripstein bezieht sich auf eine Passage in: Immanuel Kant, Über ein vermeintliches Recht aus Menschenliebe zu lügen, in: Kants Werke, Akademie Textausgabe VIII, 1968, 429.

²⁹ Above sub A.

nutzen. Ob das Eigene großen Umfang hat oder ganz bescheiden ausfällt, ob man sich entsprechend umfangreiche und teure Handlungspläne erfüllen oder kaum sein Überleben sichern kann, das ist für das Privatrecht ohne Belang.

Insofern scheint die Aussparung des Schutzes der schwächeren Vertragspartei im Rahmen von Ripsteins Rekonstruktion des Vertrags ganz richtig. Doch damit entsteht der Eindruck, als ob die Rekonstruktion des Privatrechts als Ordnung gleicher Freiheit einen wesentlichen Bereich des modernen Privatrechts nicht einholen kann. Das würde auf einen Befund hinauslaufen, den Ripstein grundlegend bestreitet: Die Idee gleicher Freiheit mag zu früherer Zeit maßgeblich gewesen sein, im geltenden Recht ist sie lange überholt. Gleichwohl beschränkt sich Ripstein auf zwei Fußnoten. Sie sind knapp, weisen aber immerhin die Richtung: Sie deuten an, dass der Schutz der schwächeren Vertragspartei eben doch als Prinzip des privatrechtlichen Erwerbs gedeutet werden kann.

Die erste Fußnote behandelt die Anforderung der Entgeltlichkeit eines Vertrags [doctrine of consideration].³⁰ Diese Anforderung führt Ripstein zunächst auf eine Unterstellung des Privatrechts zurück, jeder handle im Normalfall nur für seine eigene Zwecke. Das gelte auch für den Akt der Begründung eines Rechts an der eigenen Leistung. Wer durch Vertrag eine eigene Leistung gegen das Recht an einer fremden Leistung tauscht, der beschafft sich im Normalfall Mittel zur Verfolgung eigener Zwecke. Wer hingegen einem anderen eine Leistung ohne Gegenleistung zuwendet, der verfolgt keine eigenen Zwecke. Er fördert aus Großzügigkeit die Zwecke des anderen. Zuwendungen aus Großzügigkeit sind aber nur wirksam als Schenkung, nicht als Vertrag. In einer weiteren Fußnote geht Ripstein einen Schritt weiter zum Wucherverbot [doctrine of unconscionability] als Grund zur Anfechtung eines Vertrags.³¹ Hier knüpft Ripstein nun an die ungleiche Verhandlungsmacht an. Ebenso wie beim unentgeltlichen Leistungsversprechen beruht der zusätzliche Wertvorteil, den die überlegene Vertragspartei zieht, bei ungleicher Verhandlungsmacht mutmaßlich nicht auf Großzügigkeit. Darum ist Bewucherung für die unterlegene Vertragspartei zwar nicht unverbindlich, aber zumindest anfechtbar.

Bei Kant indessen finden sich für diese Doktrinen von Entgeltlichkeit und Bewucherung eigentlich keine Anhaltspunkte. Das mag der Grund sein für Ripsteins Zurückhaltung. Ripstein meint zwar, dass sich die Unterstellung des Privatrechts, dass keiner einem anderen etwas aus Großzügigkeit zuwende, aus der Idee der Freiheit der Person ableiten lasse. Es wird aber nicht deutlich, wie der Gedankengang im Einzelnen lauten soll. Empirisch ist die besagte Unterstellung sehr einleuchtend. Aber es ist nicht leicht verständlich, dass das Vertragsrecht diese Unterstellung rechtlich in den Regeln des Erwerbs fremder Leistung reflektieren muss.³²

Darüber hinaus führt die Doktrin der Bewucherung zu einem ausgesprochen schwierigen Punkt: Ungleiche Verhandlungsmacht liefert nämlich nur dann einen Grund für die Anfechtung eines Vertrags, wenn Leistung und Gegenleistung in keinem angemessenen Verhältnis zueinanderstehen. Nur dann wendet nämlich die eine Partei der anderen etwas unentgeltlich zu. Erst diese unentgeltliche Zuwendung von Wert wirft die Frage auf, ob die Zuwendung auf Großzügigkeit beruht. Das bedeutet aber, dass die Feststellung eines unangemessenen Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung logisch vorrangig ist. Und die Frage nach dem unangemessenen Verhältnis von Leistung und Gegenleistung ist die Frage nach dem gerechten Preis.

³⁰ Arthur Ripstein supra note 13 at 115 note 7.

³¹ Arthur Ripstein supra note 13 at 131 note 22.

³² Ripsteins Kollege Peter Benson hat versucht, die Begründung bei Hegel zu finden: Peter Benson, 'The Unity of Contract Law' in Peter Beson, ed, *The Theory of Contract Law* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2001) 134-201. Aber wir erfahren in „Force und Freedom“ nicht, was Ripstein davon hält.

Man erfährt nicht, ob Ripstein diesen Gedankengang für richtig hält und darum auch nicht, was er über einen Begriff des gerechten Preises denkt.³³ Das wäre interessant gewesen. Die aristotelisch-thomistische Tradition begründet den kompetitiven Marktpreis als Maß des gerechten Preises für eine fremde Leistung. Der Grund liegt schlicht darin, dass der Tauschwert die einzig kommensurable Bestimmung des Wertes einer Leistung darstellt. Doch diese Auskunft wirft wiederum die Folgefrage auf, wie sich der gerechte Preis für Waren bestimmt, für die sich keine kompetitiven Märkte bilden können. Das gilt für den Boden, weil Boden ein Monopolgut darstellt. Es gilt vor allem für die menschliche Arbeitskraft, weil der Markt für diese vom sogenannten Konkurrenzparadox geprägt ist. Hier stellen sich interessante Fragen, mithilfe derer sich mutmaßlich die Grundlagen des kollektiven Arbeitsrechts erhellen lassen.

II. State Support for the Poor

Der zweite Einwand betrifft die Begründung Ripsteins für die Pflicht des Staates, die Armen zu unterstützen. Diese basale Pflicht ist von großer systematischer Bedeutung. Er trägt die gesamte Aktivität des Staates im Feld des sozialen Ausgleichs, weil ein Staat, der die Armen unterstützen muss, auch dafür sorgen kann, dass Armut nicht entsteht. Wenn also Ripsteins Begründung der staatlichen Pflicht zur Unterstützung der Armen trägt, dann bedeutet dies, dass der Staat der bürgerlichen Gesellschaft notwendig Sozialstaat ist. Ebenso wie im Fall des Gemeinwohls steht die konkrete Ausgestaltung des Sozialstaates im Ermessen der zuständigen staatlichen Stellen. Es wirft darum für Ripstein keine Probleme auf, dass sich in der modernen Staatenwelt ganz unterschiedliche Niveaus von Sozialstaatlichkeit finden.

Im Band „Freedom and Force“ hat die staatliche Pflicht zur Unterstützung der Armen keine größere Aufmerksamkeit gefunden. Der Baustein wird zwar hin und wieder erwähnt, aber es findet sich keine kritische Auseinandersetzung damit. Vermutlich befürworten alle Autoren des Bandes ihrerseits eine entsprechende Pflicht des Staates. Sie sind darum vielleicht froh, dass sich diese Pflicht sogar auf dem Boden von Ripsteins Rekonstruktion begründen lässt. Man kann Ripsteins Argumentation aber natürlich nicht nur kritisieren, wenn man selbst auf einem libertären Standpunkt steht. Dann zielt die Kritik nicht auf die staatliche Unterstützung der Armen, sondern auf die Legitimationsleistung, die Ripsteins Argumentation für die bürgerliche Gesellschaft und ihren Staat erbringen soll.

Nach Ripsteins überzeugender Rekonstruktion bedeutet Freiheit, die bedeutet sein eigener Herr zu sein. Das wiederum bedeutet, im Handeln eigene Mittel verwenden zu können. Freiheit bedeutet nicht, tun zu können, was man gerne möchte. Es ist darum keine Einschränkung meiner Freiheit, wenn mir die Mittel fehlen, um zu tun, was ich eigentlich gerne möchte. Das gilt, wenn meinem Körper bestimmte Eigenschaften fehlen (100 Meter in weniger als 10 Sekunden zu laufen), und ebenso, wenn mir bestimmte Sachen nicht gehören (ein Sportwagen oder ein Brot). Eine wichtige Pointe des Privatrechts ist: Was ich gerne tun möchte, aber wegen fehlender Mittel nicht tun kann, ist auch dann irrelevant, wenn mein Wunsch auf die Erfüllung essentieller menschlicher Bedürfnisse gerichtet ist, etwa Nahrung, Wasser oder Obdach. Im Privatrecht geht den einen die existentielle Not des anderen tatsächlich nichts an. Auch wer in existentieller Not ist, hat kein Recht darauf, dass ihm ein anderer Nahrung, Wasser oder Obdach gewährt. Er kann nur darum bitten.

Nachdem nun dem existentiellen Bedürfnis in der Ordnung gleicher Freiheit des Privatrechts jede Bedeutung versagt ist, soll es unter dem öffentlichen Recht wieder Bedeutung erhalten. Ripsteins

³³ Die Idee des gerechten Preises ist tatsächlich auch die Grundlage jeden zwingenden Vertragsrechts, das die schwächere Vertragspartei vor unfairen Nebenabreden schützt. Denn durch unfaire Nebenabreden ist das erworbene Recht womöglich seinen Preis nicht mehr wert. Dafür muss man den gerechten Preis eines Austauschs zu fairen Bedingungen kennen.

entscheidender Zug dafür ist die Gleichsetzung von Armut und Sklaverei. Er argumentiert: In beiden Fällen ist nicht nur diese oder jene Handlung, sondern das Handlungsvermögen als solches vom Willen anderer abhängig. Es gibt wohl zwei Versionen, dieser Gleichsetzung. Nach der ersten Version geht es darum, dass ein Sklave nur dann eigene Zwecke verfolgen kann, als sein Herr ihm dazu freien Raum lässt. So könnte man zwar sagen, dass das freie Handlungsvermögen vom Willen des Herrn abhinge. Und entsprechend hinge die Fortdauer des freien Handlungsvermögens des Armen vom Willen eines anderen ab, ihn zu unterstützen. Aber diesen Aspekt kann Ripstein eigentlich nicht gemeint haben. Denn der Sklave, der nur deswegen selbstbestimmt handeln kann, weil sein Herr ihn gerade nicht gebraucht, ist tatsächlich überhaupt nicht frei. Er kann über seine Person nicht bestimmen, denn der Herr kann ihn jederzeit in Gebrauch nehmen. Das Handlungsvermögen des Sklaven ist damit permanent abhängig vom Willen des Herrn, weshalb er gerade auch dann nicht frei ist, wenn ihm sein Herr einmal freigibt.

Die Gleichsetzung muss anders gemeint sein. Nach der zweiten Version geht es bei der Gleichsetzung darum, dass ein Sklave erst dann eigene Zwecke verfolgen kann, wenn sein Herr ihn eines Tages freizulassen bereit ist. Dadurch erst gewinnt er tatsächlich ein freies Handlungsvermögen. Vergleichbar kann auch der Arme seine Zwecke nur dann weiterverfolgen, als es einem anderen gefällt, ihn vor dem Hungertod zu bewahren. Es besteht kein Recht oder Anspruch des Sklaven gegen seinen Herrn auf Freilassung, und ebenso wenig besteht ein Recht oder Anspruch des Armen gegen irgendeinen anderen auf Unterstützung. Die Leistung des Privatrechts der bürgerlichen Gesellschaft besteht darin, durch die Anerkennung eines Rechts an der eigenen Person die Abhängigkeit des freien Handlungsvermögens eines Sklaven vom Willen seines Herrn aufzuheben. Das Privatrecht der bürgerlichen Gesellschaft schafft aber zugleich mit der Anerkennung des Eigentums eine vergleichbare Abhängigkeit des Armen. Seine Abhängigkeit besteht nicht gegenüber einem bestimmten Herrn, sondern gegenüber allen, die zur Unterstützung in der Lage wären. Sie kann daher nur durch den Staat der bürgerlichen Gesellschaft aufgehoben werden, insofern dieser alle anderen als Einheit repräsentiert.

Das Problem des Gedankengangs ist: Die Folgerung ist nicht zwingend, man kann ebenso zum gegenteiligen Schluss kommen. Das liegt daran, dass ein essentieller Unterschied bleibt zwischen Sklaverei und Armut: Im Fall des Sklaven ist es die rechtliche Freiheit der Person, die dem Willen des Herrn unterliegt. Im Fall der Armut ist es das Leben, das dem Willen anderer unterliegt. Das Privatrecht der bürgerlichen Gesellschaft zeichnet aus, dass es die rechtliche Freiheit sichert, nicht aber das Leben. Man könnte den Hungertod aus Armut mithin zu einem Lebensrisiko erklären, ebenso wie den Unfalltod oder den Krankheitstod. Sicherlich ist der Hungertod aus Armut ein Risiko, das erst durch die Errichtung einer bürgerlichen Gesellschaft auftritt. Aber man könnte dieses Risiko doch ebenso gut als einen Preis verstehen, der für die Garantie rechtlicher Freiheit eben zu zahlen ist. Man könnte also auf der Basis der Idee gleicher Freiheit ohne weiteres den Schluss ziehen, dass Armut kein normatives Problem darstellt, das der Staat zu beheben hätte, weil die Abhängigkeit im Fall der Armut nicht die rechtliche Freiheit betrifft, sondern nur das menschenwürdige Leben. Denn das menschliche Leben endet eines Tages, aber es ist nur ein menschenwürdiges Leben, wenn es nicht durch Hungertod endet.

Dem kann man nur entgegenhalten, dass es auch der bürgerlichen Rechtsordnung doch nicht nur auf die Idee gleicher Freiheit ankäme, sondern auch auf das menschenwürdige Leben. Damit träte aber das menschenwürdige Leben an die grundlegende Stelle, die Idee gleicher Freiheit müsste die Stelle räumen. Damit wäre Ripsteins Versuch, Armut und Eigentumsordnung durch eine Pflicht des Staates zur Unterstützung der Armen zu versöhnen, gescheitert. Die Gewährleistung menschenwürdigen Lebens für alle bliebe mithin das dramatische Problem der bürgerlichen Gesellschaft und ihres

Staates. Wenn wir unter diesem Aspekt in die Welt der Gegenwart hineinsehen, spricht vieles dafür, dass es in ihrem Rahmen auch praktisch nicht zu lösen sein wird.