

KANT ÜBER PRIVATRECHT UND ÖFFENTLICHES RECHT

Manfred Baum (Wuppertal)

I. DER ALLGEMEINE WILLE IM PRIVATRECHT

In seiner 1947 erschienenen Rede „Sozialismus der Wohlfahrt und Sozialismus des Rechtes“ vertritt Julius Ebbinghaus einen „Sozialismus des Rechtes“, in dessen Exposition sich folgende Sätze finden:

„Alle wahre Sozialpolitik ist [...] Befreiungspolitik. Der Staat selbst ist durch und durch Freiheit, und in ihrem Interesse hat er das souveräne Recht und die Pflicht, die privatrechtliche Verfügungsgewalt einzuschränken auf die Bedingungen einer wechselseitigen Unabhängigkeit aller in der möglichen Verfolgung ihres Glückes.“¹

Dass diese Worte gegen den Liberalismus als Ideologie des uneingeschränkt freien Unternehmertums gerichtet sind, ergibt sich aus der folgenden Beschreibung eines seinem Sozialismus des Rechts gegenübergestellten Prinzips:

„Das Prinzip, jeder müsse frei seinem Glück nachgehen können, ohne dass der Staat verpflichtet sei, ihn zu verhindern, andere in der möglichen Verfolgung ihres Glückes von seinem Belieben abhängig zu machen. Wenn die Meinung, dass eine solche Verpflichtung des Staates gegenstandslos sei, weil der Gang der wirtschaftlichen Entwicklung von selber diesem Übel steuern würde, Liberalismus heißt, so beruht der Liberalismus in der Tat auf einem grundsätzlichen Irrtum – ja er enthält einen Widerspruch. Wo jeder frei ist, von seinem (Privat)rechte zu seinem Glück Gebrauch zu machen ohne Rücksicht darauf, ob er durch diesen Gebrauch irgend jemand anderem ein Gesetz für die Möglichkeit, sein Glück zu suchen vorschreibt, da herrscht überhaupt nicht Freiheit, sondern Willkür.“²

Und schließlich heißt es über das Eigentum:

„außer in Beziehung auf einen wenigstens möglichen allgemeinen Willen ist gar kein Eigentum denkbar, weil nämlich kein Erwerb der Sachen als ursprünglich durch einen einseitigen Willensakt entstanden, gedacht werden kann; dieser Erwerb bedarf der Möglichkeit allgemeiner Zustimmung. Folglich kann niemand im Widerspruch mit einer solchen möglichen Zustimmung aller derer, mit denen er in Rechtsgemeinschaft steht, Eigentümer sein, und die Einschränkung meiner Verfügungsfreiheit durch Gesetze des öffentlichen Rechtes ist in der rechtlichen Möglichkeit des Eigentums selbst enthalten.“³

Die letzten Worte erinnern natürlich an Kants Besitz-, Eigentums- und Erwerbslehre, also an Kants Privatrechtslehre innerhalb seiner *Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre*. Es gibt in den letzten Jahrzehnten in der Kantforschung eine Tendenz, die Kantische Staatsrechtslehre als Teil der Lehre vom öffentlichen Recht in ihrer Begründung von seiner Privatrechtslehre abhängig zu

1 Ebbinghaus, Julius (1947): „Sozialismus der Wohlfahrt und Sozialismus des Rechtes“. In: Ders., *Zu Deutschlands Schicksalswende*. Frankfurt a. M., S. 147.

2 Ebd., S. 148.

3 Ebd., S. 132.

machen, und Reinhard Brandt hat in seinem Nachruf auf Julius Ebbinghaus (Juni 1981, Oberhessische Presse) über ihn gesagt: „Seine Interpretation der Kantischen Rechtsphilosophie enthält einen Fehler, der nicht zufällig ist und den ich hier kurz skizzieren möchte, weil er den etatistisch gesonnenen Bürger Ebbinghaus charakterisiert.“ Am Ende dieser kurzen Skizze, die aus einem langen Ebbinghaus-Zitat besteht, heißt es dann über dessen Interpretation:

„Aus dem Prinzip der Übereinstimmung der Freiheit eines jeden mit der aller anderen nach einem allgemeinen Gesetz wird der Kantische Gesellschaftsvertrag entwickelt. Aber Kant knüpft den Gesellschaftsvertrag an die provisorische Vorgabe des äußeren Mein und Dein; das äußere Mein und Dein, besonders das Eigentum an Grund und Boden wird unter Verletzung des Rechtsprinzips durch einseitige Willkür erworben – eine Willkür, die Kant im Namen des Rechts erlaubt. Das Problem des Eigentums ist für den späten Kant essentiell. Ebbinghaus hat es aus seiner Kantinterpretation eliminiert. Es ist zugleich eines der Probleme, die die eigentliche Schwierigkeit ausmachen, in Dingen der praktischen Philosophie, zumal des Rechts, zu Kant zurückzukehren.“⁴

Es ist hier nicht der Ort, um auf die Brandtsche Diagnose des Ebbinghauschen „Fehlers“ einzugehen und insbesondere nicht auf Brandts eigene, unrichtige Darstellung der Kantischen Rechtsphilosophie hinsichtlich des sog. Erlaubnisgesetzes. Es genügt, darauf hinzuweisen, dass sich in Übereinstimmung mit diesem Nachruf zahlreiche Bücher und noch viel mehr Aufsätze die Meinung vertreten haben, dass Kants Staatsrechtslehre sich nur in ihrer Abhängigkeit von seiner Privatrechts- und insbesondere von seiner Eigentumstheorie verstehen lasse und dass Kant, wie John Locke, in die Reihe der *possessive individualists* in der politischen Philosophie gehöre. Auch das ist ein zu weites Feld, um es in einem Vortrag bearbeiten zu können. Ich beschränke mich im Folgenden vielmehr auf eine kurze Darstellung der Rolle, die Kants Version von Rousseaus staatsrechtlichem Prinzip der *volonté générale* innerhalb seines Privatrechts spielt. Es wird sich zeigen, dass Ebbinghaus' kurze Bemerkungen über die Abhängigkeit des Privateigentums vom allgemeinen Willen in der Tat einen wesentlichen Zug der Kantischen Rechtslehre treffen.

Kant unterscheidet innerhalb des Naturrechts das Privatrecht vom öffentlichen Recht als „Inbegriff derjenigen Gesetze, die keiner [öffentlichen] Bekanntmachung bedürfen“ vom „Inbegriff der Gesetze, die einer öffentlichen Bekanntmachung bedürfen“.⁵ Das Privatrecht handelt entsprechend vom „natürlichen Recht“, das vor dem Staat oder besser: abgesehen von ihm gilt, aber auch im Staat weitergelten soll, während das öffentliche Recht vom „bürgerlichen Recht“ handelt, dem Recht im bürgerlichen Zustand der Gesellschaft, also einer solchen möglichen Gesellschaft, die „durch öffentliche Gesetze das Mein und Dein sicher[t]“ (RL, AA VI: 242) und insofern ein Staat ist. Demnach ist das Recht im „Naturzustand“, das sogenannte „Privatrecht“, das, abgesehen von aller öffentlichen Gesetzgebung, von jedem Menschen als Privatperson a priori durch Vernunft erkannt werden kann, und deshalb auch in einem „nicht-rechtlichen Zustand“ der Gesellschaft (Naturzustand) gilt (RL, AA VI: 306). Aber solche rationale und reine Prinzipien des Naturrechts gelten auch für das öffentliche Recht, sofern es nicht das positive öffentliche Recht einer historisch gegebenen

4 Reinhard Brandt, Nachruf auf Julius Ebbinghaus, in: Oberhessische Presse, Juni 1981.

5 RL, AA VI: 210.

Gesetzgebung ist, sondern seiner Idee nach (RL, AA VI: 297) aus reiner Vernunft erkannt werden kann und insofern den Maßstab der Beurteilung und Kritik wirklicher, d.h. positiver staatlicher Gesetzgebung abgeben kann. Zum Verhältnis des Naturzustandes als eines Zustands des Privatrechts zum Zustand des öffentlichen Rechts sagt Kant, dass der letztere

„nicht mehr oder andere Pflichten der Menschen unter sich [enthalte], als im [Naturzustand] gedacht werden können; die Materie des Privatrechts ist eben dieselbe in beiden [Zuständen]. Die [eigenen] Gesetze des [öffentlichen Zustands] betreffen also *nur* die rechtliche Form ihres [der Menschen] Beisammenseins (Verfassung), in Ansehung deren diese Gesetze notwendig als öffentliche gedacht werden müssen“ (RL, AA VI: 306).“

Wenn das Privatrecht definiert wird als „Inbegriff derjenigen Gesetze, die keiner [öffentlichen] Bekanntmachung bedürfen“ (RL, AA VI: 210), und deshalb auch im Naturzustande gelten, dann ist klar, dass es auch vom „inneren Mein und Dein“, dem angeborenen Recht der äußeren Freiheit handelt, einem Recht, „welches, unabhängig von allem rechtlichen Act, jedermann von Natur zukommt“ (RL, AA VI: 237). Dieses angeborene subjektive Recht der äusseren „Freiheit (Unabhängigkeit von eines Anderen nöthigender Willkür), sofern sie mit jedes Andern Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann“, ist nach Kant das „einzige, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht“ (RL, AA VI: 237). Dieses „innere Meine“ der „angeborenen Freiheit“ (RL, AA VI: 238) ist natürlich ein (Privat)Recht fundamentaler Art gegenüber allen erworbenen Rechten. Es wird geschützt in demjenigen Teil der öffentlichen Gesetzgebung, die vom Strafrecht handelt, und in dem es um die Verletzung des Freiheitsrechts von Personen geht. Die erworbenen Rechte, die das „äußere Mein und Dein“ betreffen, treten dagegen im Plural auf, und das hat Konsequenzen für die Gliederung der von Kant veröffentlichten Rechtslehre von 1797 und ihre Interpretation.

„Da es nun in Ansehung des angeborenen, mithin inneren Mein und Dein keine Rechte, sondern nur Ein Recht giebt, so wird diese Obereintheilung als aus zwei dem Inhalte nach äußerst ungleichen Gliedern bestehend in die Prolegomenen [d. h. die *Einleitung* der MAdR] geworfen und die Eintheilung der Rechtslehre [selbst] bloß auf das äußere Mein und Dein bezogen werden können“ (RL, AA VI: 238).“

Und so handelt denn Kants Rechtslehre in ihrem ersten Teil nicht von Kants Privatrecht, sondern nur vom „Privatrecht in Ansehung äußerer Gegenstände“ (RL, AA VI: 210) oder, wie es in der Überschrift des ersten Teils der Rechtslehre heißt, vom „Privatrecht vom äußeren Mein und Dein überhaupt“ (RL, AA VI: 245) (das „überhaupt“ wird noch wichtig werden), also zunächst von der Besitz-, Eigentums- und Erwerbslehre, ohne dass in der Rechtslehre selbst eine gesonderte Abhandlung des „inneren Mein und Dein“ bzw. des „angeborenen Rechts“ zu finden ist. Für das Verhältnis von Privatrecht und öffentlichem Recht erweckt das den Eindruck, als sei das letztere nur für die Sicherung von Besitz- (einschließlich Eigentums-) und Vertragsrechten (entsprechend der römischen Einteilung in Sachenrecht und persönliches Recht) und zusätzlich des „Rechts der häuslichen Gesellschaft“ (RL, AA VI: 282) zuständig. Es ist ersichtlich, dass durch einen solchen Eindruck die Interpretation begünstigt wird, es sei das Staatsrecht nichts als ein Mittel der Garantie und Sicherung von privaten Eigentums- und privaten

Vertragsrechten, wie es der Vorstellung vom possessive individualism in der politischen Philosophie entspricht.

Kants eigene Ansicht vom Verhältnis des öffentlichen Rechts zum Privatrecht lässt sich einer Vorarbeit zum öffentlichen Recht entnehmen, die kurz vor dem Erscheinen der *Rechtslehre* (1797) geschrieben sein muss. Dort heißt es:

„Das öffentliche Recht ist ein Inbegriff der einer allgemeinen Verkündigung (*declaratio*) fähigen Rechtsgesetze für ein Volk. [...] Man kann es als einen Grundsatz des allgemeinen Naturrechts [d. h. des Privatrechts und des öffentlichen Rechts] annehmen: handle nach Maximen, die auch als Gesetze des öffentlichen Rechts gelten können“ (RL, AA VI: 23.346).

Einen solchen Grundsatz könnte man einen kategorischen Imperativ des öffentlichen Rechts nennen, und wenn er als praktischer Grundsatz des „allgemeinen Naturrechts“ gelten soll, dann müssen gerade die Handlungen im Naturzustand gemeint sein, von denen zunächst nur das Privatrecht gilt, die aber außerdem noch als der Idee einer öffentlich-rechtlichen Gesetzgebung unterworfen gedacht werden müssen. Denn von den Maximen der Handlungen im bürgerlichen, also öffentlich-rechtlichen, Zustand wäre es tautologisch zu sagen, dass sie so sein müssen, dass sie „auch als Gesetze des öffentlichen Rechts gelten können“ müssen. Offenbar soll man nach diesem kategorischen Imperativ auch unter den Bedingungen des Privatrechts schon so handeln, dass der äußere Freiheitsgebrauch seiner Maxime nach in einen öffentlich-rechtlichen Zustand hineinpassen würde. Denn dieser unterscheidet sich ja vom Zustand des Privatrechts (außer seinen eigenen, die Verfassung der Gesellschaft in einem Staat betreffenden Gesetzen und Rechten), wie wir schon gehört haben, nicht seiner Materie nach, also nicht der Zahl und Art der Rechtspflichten nach, die das Verhalten der Menschen zu einander betreffen. Es ist also nach Kant nicht so, dass wir die durch ein rein rationales Naturrecht für das Verhalten von Menschen in einem vor- bzw. außerstaatlichen Zustand a priori erkennbaren Pflichten und Rechte einfach in den bürgerlichen Zustand übertragen (vgl. John Locke), sondern nach Kant ist schon das Recht im vor- bzw. außerstaatlichen Zustand, also das Privatrecht, nur dadurch a priori bestimmbar, dass die Handlungen in diesem Zustand unter der Idee eines öffentlich-rechtlichen Zustandes gedacht und ihr gemäß bestimmt werden.

Was ist aber das Gemeinsame von Privat- und öffentlichem Recht, aus dem die Identität der „Materie“ des Privatrechts mit der „Materie“ des öffentlichen Rechts (abgesehen von der Staats-„Verfassung“ als „Form“ des „Beisammenseins“ der Menschen) folgt? Das öffentliche Recht der Idee nach unterscheidet sich vom positiven öffentlichen Recht, wie wir gesehen haben, dadurch, dass es in ihm keine wirkliche Gesetzgebung durch einen wirklichen und machthabenden Gesetzgeber gibt. In einem wirklichen Staat ist hingegen

„das öffentliche Recht [...] der Inbegriff öffentlicher Gesetze (d.i. solcher die durch einen machthabenden Gesetzgeber allen denen eine Pflicht obliegt [nicht nur wie im idealen, d.h. naturrechtlich bestimmten, öffentlich-rechtlichen Zustand „verkündigt werden können“, sondern wirklich] verkündigt werden)“ (RL, AA VI: 23.347).

Kant fährt fort:

„Sollen nun diese Gesetze a priori durch die Vernunft erkennbar seyn [wie es dem Naturzustand als bloßem Zustand des Privatrechts entspricht], so können sie aus nichts anders

als der Idee eines gemeinschaftlichen Willens, der dem Obersten Gesetzgeber beygelegt wird (der Idee desselben) hervorgehen, nur daß der declarirte Wille [dann im Falle einer positiven Gesetzgebung] einer wirklichen Person beygelegt werden muß. Ohne diese hat der Begriff des Rechts keine bestimmte Quelle der Ausführung, nämlich der wirklichen Verbindung des Willens aller zu einem Willen des Ganzen. [...] Ohne ein öffentliches [Recht] ist es [das Privatrecht] der *status naturalis* und die bloße Idee der Möglichkeit einer Rechtspflege [d. h. einer *iustitia distributiva*]“ (RL, AA VI: 23.347).

Das gemeinschaftliche Rechtsprinzip des öffentlichen und des Privatrechts ist also Rousseaus staatsrechtliches Prinzip der *volonté générale* oder, wie Kant hier sagt, der „Wille des Ganzen“, und diese Idee ist es, die, wie ich im folgenden zeigen will, auch den wesentlichen Rechtspflichten des Privatrechts, nicht nur, wie sich von selbst versteht, im persönlichen Recht qua Vertragsrecht, sondern auch im sogenannten Sachenrecht, genauer im Besitz-, Eigentums- und Erwerbsrecht, zugrundeliegt.

Im § 7 des *Privatrechts vom äußeren Mein und dein überhaupt* spricht Kant von seiner „Critik der rechtlich-practischen Vernunft im Begriffe des äußeren Mein und Dein“ (RL, AA VI: 254). Zu ihr werde die Vernunft durch eine Antinomie der Sätze über die Möglichkeit eines solchen Besitzes, also im Falle des Sachbesitzes, über die Möglichkeit des Privateigentums genötigt und damit zu einer Unterscheidung „zwischen dem Besitz als Erscheinung und dem bloß durch den Verstand denkbaren [Besitz]“ (RL, AA VI: 255). Unter Voraussetzung diese Unterscheidung könnten nämlich zwei kontradiktorisch entgegengesetzte Sätze zugleich wahr sein, nämlich der Satz: „Es ist möglich, etwas Äußeres als das Meine zu haben; ob ich gleich nicht im Besitze desselben bin“ und der „Gegensatz: Es ist nicht möglich, etwas Äußeres als das Meine zu haben; wenn ich nicht im Besitz desselben bin.“ (ebenda) Der erste Satz sei wahr, wenn er vom „empirischen Besitz (*possessio phaenomenon*)“ gelte, also vom physischen Besitz eines Gegenstandes oder seiner Inhabung, der zweite Satz sei wahr, wenn ich unter dem Wort „Besitz [...] den reinen intelligiblen Besitz (*possessio noumenon*)“ verstehe“ (ebenda), also den Besitz ohne Inhabung, den Kant auch den „bloß-rechtlichen“ Besitz nennt. Die Unterscheidung dieser zwei Arten von Besitz ist, unter einer anderen Terminologie, ein Standardthema aller Lehrbücher des Naturrechts im 17. und 18. Jahrhundert. Uns interessiert hier nicht die Begründung, die Kant für seinen zweiten Satz gibt, sondern die viel wichtigere Aussage Kants, dass „der Grund der Gültigkeit eines solchen Begriffs vom Besitze (*possessio noumenon*)“ eines äußeren Mein in nichts anderem liege als in „einer allgemeingeltenden Gesetzgebung; denn eine solche ist in dem Ausdrücke enthalten: „Dieser äußere Gegenstand ist mein“, weil allen andern dadurch eine Verbindlichkeit auferlegt wird, die sie sonst nicht hätten, sich des Gebrauchs desselben zu enthalten“ (RL, AA VI: 253). Die Ausschließung aller anderen vom Gebrauch eines äußeren Gegenstandes, der in meinem Privatbesitz ist, ist also ein Begriff, der nur aufgrund der in ihm vorausgesetzten „allgemeingeltenden Gesetzgebung“ für alle aktuellen und potentiellen Besitzer äußerer Gegenstände als gültig gedacht werden kann. Es ist klar, dass es im Naturzustande als einem Zustande des Privatrechts nur die Idee einer solchen Gesetzgebung durch einen ebenso nur in der Idee gedachten Gesetzgeber geben kann, aber dieser Gesetzgeber kann niemand anderer als die *volonté générale* sein. Also ist die Idee eines Staatsrechts nach Kant die Bedingung der rechtlichen Möglichkeit des Gebrauchs eines äußeren

Gegenstandes als eines ausschließenden Meinen, auch dann, wenn ich gerade nicht im physischen Besitz desselben bin. Denn die in diesem Begriff liegende Verpflichtung aller anderen, sich des von mir unerlaubten Gebrauchs meines Gegenstandes zu enthalten, kann gar nicht von meinem einseitigen Willen ausgehen, sondern bedarf eines Gesetzgebungswillens, der für alle ihm Unterworfenen gilt und die Reziprozität in der Beschränkung der äußeren Freiheit aller im Gebrauch äußerer Gegenstände durch allgemein geltende Gesetze garantiert.

Eine analoge Argumentation lässt sich, wie Kant im § 8 der *Rechtslehre* zeigt, auch aus dem Begriff der Sicherung des äußeren Mein und Dein durch Zwangsgesetze führen, denn „nur ein jeden anderen verbindender, mithin collectiv-allgemeiner (gemeinsamer) und machthabender Wille, [ist] derjenige, welcher jedermann jene Sicherheit leisten kann“. Aber durch dieses Argument würde nur die Sicherheit der privaten Eigentümer von einem machthabenden allgemeinen Willen abhängig gemacht, die im Naturzustande nicht zu erhalten ist und also den bürgerlichen Zustand voraussetzt.

Daraus ergibt sich, dass der Besitz einer äußeren Sache im Naturzustande eigentlich nur ein physischer und kein rechtlicher sein kann.

„Die Art etwas Äußeres als das Seine im Naturzustande zu haben, ist ein physischer Besitz, der die rechtliche Präsümption für sich hat, ihn durch Vereinigung mit dem Willen aller in einer öffentlichen Gesetzgebung zu einem rechtlichen zu machen, und gilt in der Erwartung comparativ für einen rechtlichen“ (RL, AA VI: 257).

Es geht also nicht um die triviale Tatsache, dass Sicherung des äußeren Mein und Dein ohne Zwangsgesetze eines allgemeinen Willens und deren Durchführung durch die Staatsgewalt nicht möglich ist, sondern darum, dass die Rechtlichkeit des Besitzes selbst nur gedacht werden kann, in Abhängigkeit von der bloßen Idee einer „Vereinigung“ meines Willens, einen äußeren Gegenstand als das ausschließend Meine zu haben, „mit dem Willen aller in einer öffentlichen Gesetzgebung“ (ebenda). Diese öffentliche Gesetzgebung als eine bloß mögliche liegt der rechtlichen Möglichkeit des Privateigentums also zu Grunde, und damit ist der gesetzgebende allgemeine Wille schon im Naturzustand eine logisch notwendige Bedingung dafür, etwas Äußeres als das rechtlich Meine zu denken, also für das hier geltende Privatrecht.

Dasselbe Prinzip liegt nach Kant auch der äußeren Erwerbung zu Grunde. Auch sie ist nur „gemäß der Idee eines möglichen vereinigten Willens“ (RL, AA VI: 258) rechtlich möglich. Denn diese Erwerbung als eine ursprüngliche kann nur durch eine *prima occupatio* erfolgen, deren entscheidendes drittes Moment, die von Kant so genannte „Zueignung (appropriatio)“, als

„Act eines äußerlich [also öffentlich] allgemein gesetzgebenden Willens (in der Idee) gedacht werden muss, durch welchen jedermann zur Einstimmung mit meiner Willkür, [die will, eine Sache solle mein sein] verbunden wird“ (RL, AA VI: 259).

Nur dadurch (und durch die rechtliche Möglichkeit einer physischen Apprehension und einer Bezeichnung (*declaratio*) des Besitzes eines Gegenstandes) kann eine solche ursprüngliche Erwerbung als die eines rechtlich Meinen erfolgen, obwohl eine solche *prima occupatio* ihrerseits nur Akt einer einseitigen Willkür sein kann. Auch die Erwerbslehre des Kantischen Privatrechtes bedarf also der Idee des allgemeinen und gesetzgebenden Willens zu ihrer Begründung. Denn die

Erwerbung durch einen einseitigen Willen bedarf zu ihrer Berechtigung der *volonté générale* als eines Rechtsgrundes. Das Entscheidende in diesem privatrechtlichen Lehrstück der äußeren Erwerbung ist aber, dass Kant in seiner Okkupationslehre nicht nur die Rechtlichkeit dieser Bemächtigung, sondern alle subjektiven und erwerblichen Rechte davon abhängig macht.

„Derselbe Wille [sc. der einseitige Wille, eine Sache ursprünglich zu erwerben] kann doch eine äußere Erwerbung nicht anders berechtigen, als nur so fern er in einem a priori vereinigten (d.i. durch die Vereinigung der Willkür Aller, die in ein practisches Verhältniß gegeneinander kommen können) absolut gebietenden Willen enthalten ist; denn der einseitige Wille [...] kann nicht jedermann eine Verbindlichkeit aufliegen, die an sich zufällig ist, sondern dazu wird ein allseitiger nicht zufällig, sondern a priori, mithin nothwendig vereinigter und darum allein gesetzgebende Wille erfordert; denn nur nach dieses seinem Princip ist Übereinstimmung der freyen Willkühr eines jeden mit der Freyheit von jedermann, mithin ein Recht überhaupt, und also auch ein äußeres Mein und Dein möglich“ (RL, AA VI: 263).

Demnach ist die gesetzgebende *volonté générale* in ihrer Idee nicht nur eine unabdingbare Voraussetzung des Privateigentums und der äußeren Erwerbung, sondern sie ist eine notwendige Bedingung der Möglichkeit allen äußeren Rechts einschließlich allen Privatrechts. Was die äußere Erwerbung anbelangt, so sagt Kant von ihr, dass dem „Rechtsgesetz der Natur“ (RL, AA VI: 264), d. h. der natürlichen Rechtspflicht, den Naturzustand zu verlassen und in eine bürgerliche Verfassung einzutreten, „alle äußere Erwerbung unterworfen ist“ (ebenda). Der Staat ist also nicht dazu da, den Erwerb und Besitz des äußeren Mein und Dein zu ermöglichen und zu sichern, sondern umgekehrt sind Erwerb und Besitz des Seinen als rechtliche nur möglich, wenn ihnen die Idee einer öffentlichen Gesetzgebung durch den allgemeinen Willen zu Grunde gelegt wird, ganz unabhängig von dem wirklichen Zustandekommen und Bestehen eines solchen Staates.

Und deshalb wird Kant nicht müde, alle Hauptlehrstücke des natürlichen Privatrechts aus Rousseaus *volonté générale* zu begründen: „Der Vernunftstitel der Erwerbung [...] kann nur in der Idee eines a priori vereinigten, (notwendig zu vereinigenden) Willens aller liegen“. Diese Vereinigung ist also als äußere Rechtspflicht aller Menschen zu denken, die untereinander in einem praktischen Verhältnis ihres äußeren Willkürgebrauchs stehen. Kant fährt fort:

„welche [Idee] hier als unumgängliche Bedingung (*conditio sine qua non*) stillschweigend vorausgesetzt wird; denn durch einseitigen Willen kann anderen eine Verbindlichkeit, die sie für sich sonst nicht haben würden, nicht auferlegt werden“ (RL, AA VI: 264).“

Also ist der vereinigte Wille Aller der bei aller Erwerbung äußerer Gegenstände und Rechte stillschweigend vorausgesetzte Rechtsgrund einer solchen Erwerbung, durch den allein sie zu einer rechtlichen wird. Nun ist aber „der Zustand [...] eines zur Gesetzgebung allgemein wirklich vereinigten Willens [...] der bürgerliche Zustand“ der Gesellschaft oder der Staat.

„Also nur in Conformität mit der Idee eines bürgerlichen Zustandes [oder eines Staates], d.i. in Hinsicht auf ihn und seine Bewirkung, aber vor der Wirklichkeit desselben [...] mithin nur provisorisch kann [im Naturzustand und nach seinem Privatrecht] etwas Äußeres ursprünglich erworben werden“ (RL, AA VI: 264).

Das kann man, wenn man will, Kants Etatismus nennen, den er mit Rousseau und Hobbes teilt und durch den er sich z. B. vom Frühliberalismus John Lockes unter-

scheidet. Die Idee des bürgerlichen Zustandes oder des Staates liegt aber nicht nur der Beurteilung der Rechtllichkeit von Erwerbsakten, die „in Hinsicht auf ihn“ zu erfolgen hat, zu Grunde, sondern sie ist diejenige Idee, die auch der „Bewirkung“, d.h. der Realisierung dieser Idee durch menschliche Praxis, also jedem wirklichen Staat (als Rechtsstaat) zu Grunde zu liegen hat. Er ist, ebenso wie aller Besitz und Erwerb von äußeren Rechten nach dem Privatrecht, nur mittelst der Idee der *volonté générale* mit der Idee und dem Prinzip des Rechts vereinbar. Eine austeilende Gerechtigkeit (*iustitia distributiva*) kann es nur im bürgerlichen Zustand geben, der seinerseits, auch wenn er ein historisch-faktisch nur durch einen Gewaltakt herbeigeführt werden kann, mit der Idee „eines ursprünglich und a priori vereinigten Willens“ (RL, AA VI: 267) übereinstimmen, also auf der Idee eines ursprünglichen Vertrages beruhen muss. Nur als aus einer so zu Stande gekommenen Gesetzgebung entspringend kann „das austheilende Gesetz des Mein und Dein“ und damit eine peremptorische Erwerbung gedacht werden, die mit „dem Axiom der äußeren Freyheit“, also dem allgemeinen Rechtsprinzip übereinstimmt. Eine Person kann also nur gemäß „der allgemeinen Gesetzgebung des a priori als vereinigt gedachten Willens“, sei dieser nun wirklich oder eine bloße Idee, andere Personen „in Ansehung des Gebrauchs der Sachen [...] verbinden“. Darauf beruht der intelligible Besitz eines Gegenstandes „durchs bloße Recht“ (RL, AA VI: 268), denn

„das Recht“ bedeutet in diesem Falle „nur die Befugniß der besonderen Willkür zum Gebrauch eines Objekts, sofern sie als im synthetisch-allgemeinen Willen enthalten, und mit dem Gesetze desselben zusammenstimmend gedacht werden kann“ (RL, AA VI: 269).

Also gilt wiederum, diesmal im Hinblick auf eine, nur in einem bürgerlichen Zustande wirkliche öffentliche Gesetzgebung überhaupt, dass ein bloß-rechtlicher Besitz und damit auch das Mein und Dein des Privateigentums logisch und rechtlich den „synthetisch-allgemeinen Willen“ voraussetzen, der dieses Mal als Gesetzgebungswille gedacht wird, dessen Gesetzgebung aller gesetzlichen Regelung von erwerblichen Rechten überhaupt und damit auch von Eigentumsrechten im Staat als Grundnorm vorausgehen muss.

Die Idee von vorstaatlichen Eigentumsrechten, zu deren Garantie und Schutz der Staat und seine Gesetzgebung das geeignete Mittel seien, sowie die Idee von Freiheitsrechten der Bürger als Schutzrechten gegen den Staat, die zum eisernen Bestand des liberalen und neoliberalen Denkens und zur politischen Philosophie des *possessive individualism* gehören, können sich jedenfalls nicht auf Immanuel Kant berufen. Sie sind weiterhin bei John Locke gut aufgehoben.

II. DAS PRIVATRECHTLICHE ERLAUBNISGESETZ

Obwohl es nach diesen Erörterungen klar ist, dass das staatsrechtliche Prinzip des allgemeinen Willens eine tragende Säule des Privatrechts des äußeren Mein und Dein ist, könnte man einwenden, dass die Möglichkeit des äußeren Mein und Dein vielmehr auf einem Postulat beruht, das nach Kant auch ein Erlaubnisgesetz genannt werden kann. Das nötigt zu der Frage: Was ist ein Erlaubnisgesetz und welche Rolle spielt es im Privatrecht und bei der Begründung des öffentlichen Rechts, insbesondere des Staatsrechts?

Die Frage, ob es nach dem Naturrecht Erlaubnisgesetze, also natürliche Erlaubnisgesetze, geben könne, ist nach der Vigilantius-Vorlesung von 1793/94 von Hufeland aufgeworfen worden (V-MS/Vigil, AA XXVII: 513). Die Frage setzt voraus, dass im positiven Recht Erlaubnisgesetze als Ausnahmeregeln zu vorhergehenden Verbotsgesetzen üblich sind. Das Anstößige dieser positiven Gesetzgebungspraxis, die meistens dem Erhalt alter Privilegien des Adels oder der Kirche diene, liegt darin, dass Gesetze als solche universale, also ausnahmslose Geltung haben sollten, gegen die durch solche positiven Erlaubnisgesetze verstoßen wird. So notiert Kant in den achtziger Jahren: „Es kann nur *lex arbitraria lex permissiva* seyn. [...] Aber die *exceptio a lege* durch ein ander Gesetz ist eigentlich ein Gesetz, das vorige aufzuheben“ (Refl, AA XIX: 295 f.; Reflexion 7256). Dementsprechend heißt es bei Vigilantius: „Dass man in *jure statuario* *leges permissivas* annehmen müsse ist außer Streit“ (V-MS/Vigil, AA XXVII: 514). Aber die Hufelandsche Frage bezüglich der Möglichkeit natürlicher Erlaubnisgesetze wird von Kant zunächst „verneint“ (V-MS/Vigil, AA XXVII: 513). Die Begründung dafür lautet, dass ein moralisches Gesetz überhaupt als *principium dijudicationis* dazu dient, „zu bestimmen, was erlaubt oder nicht erlaubt sei“, nämlich das dem Gesetz nicht Widersprechende ist erlaubt, das ihm Widersprechende ist nicht erlaubt, ein Drittes gibt es nicht. Die Ablehnung solcher natürlichen Erlaubnisgesetze durch Kant ist ganz im Einklang mit etwa Pütters und Achenwalls *Elementa iuris naturae* von 1750⁶. Dort heißt es:

„Da die moralische Verbindlichkeit entweder positiv oder negativ ist, zerfällt das moralische Gesetz in gebietendes und verbietendes [*praeceptiva et prohibitiva*]. Was keine Verbindlichkeit [*obligationem*] enthält, kann nicht Gesetz [*lex*] genannt werden. Daraus folgt, was von dem sogenannten erlaubenden Gesetz [*lege permissiva*] zu halten ist.“⁷

Also nichts ist davon zu halten, weil es eine *contradictio in adjecto* wäre.

Gleichwohl heißt es bei Vigilantius, „Herr Kant“ glaube, „dass man die Frage [Hufelands] nicht schlechthin verneinen“ könne (V-MS/Vigil, AA XXVII: 515). Wenn man nämlich annehme, dass es Fälle gäbe, in denen „Gewalt für Recht“ gehe, dann gebe es auch ein natürliches Erlaubnisgesetz (ebenda). Vigilantius nennt zwei solcher Fälle: (1) die *lex necessitatis*, „die die Befugnis erteilt, etwas verbotenes zu thun, wenn man in einen solchen Nothfall [z.B. in den klassischen Fall des Brettes des Karneades] gekommen, der mit der Gefahr des Lebens verbunden ist“ (V-MS/Vigil, AA XXVII: 514) und (2) den Fall der Beendigung des Naturzustandes,

„wo jeder in der Meinung steht, dass er die Gesetzmäßigkeit seiner Handlung vertheidige; hier reiben sie unter einander die Möglichkeit auf, in einen gesetzlichen Zustand überzugehen, und da bleibt nur die Gewalt des Stärkeren übrig; hier geht also Gewalt für Recht; – die wahrscheinliche Entstehung aller Staatsgesellschaft“ (V-MS/Vigil, AA XXVII: 514),

und, wie man im Jahre 1793 hinzufügen muss, auch der neuen französischen Republik.

Diese Berufung auf ein Ausnahmegesetz der Erlaubtheit an sich verbotener Handlungen auch im Naturrecht, die zugleich eine Unterscheidung von univer-

6 Achenwall, Gottfried/Pütter, Johann Stephan (1995): *Anfangsgründe des Naturrechts*. Hrsg. u. übersetzt von Jan Schröder. Frankfurt am Main.

7 Ebd. § 106 (Übersetzung von Jan Schröder).