

plädoyer

MAGAZIN FÜR RECHT UND POLITIK

“Aussagen über die Rückfälligkeit sind in hohem Mass spekulativ”

Anna Coninx, Strafrechtsprofessorin



Bundesgerichte

Zersplitterte Aufsicht über die höchsten Richter

[Seite 6](#)

Internetzensur

EU-Gesetz gefährdet freie Meinungsäußerung

[Seite 26](#)

Rechtstreue

Relativierung der Normen auch bei Juristen

[Seite 30](#)

IMPRESSUM

plädoyer. Das Magazin für Recht und Politik, 42. Jahrgang, Nummer 4 vom 8. Juli 2024, erscheint zweimonatlich. ISSN 1420-5556 www.plaedoyer.ch

Archiv: Den Abonnenten steht das Web-Archiv unter www.plaedoyer.ch zur Verfügung. Bitte mit Kundennummer einloggen (siehe Abrechnung). Falls nicht zur Hand: Tel. 044 253 90 85

Verlag und Redaktion: *plädoyer*, Kreuzplatz 5, Postfach, 8024 Zürich
Tel. 044 253 83 40, Fax 044 266 17 00
E-Mail redaktion@plaedoyer.ch

Abos und Adressänderungen: *plädoyer*, Aboverwaltung, Postfach, 8024 Zürich
Tel. 044 253 90 85, Fax 044 266 17 00
E-Mail abo@plaedoyer.ch

Publizistische Leitung: René Schuhmacher (res.)

Redaktion: Karl Kümin (kk, Leitung Deutschschweiz), Sandra Renevey (sar, Leitung Westschweiz), Milad Al-Rafu (ma), Gjon David (gd), Michael Krampf (mk), Benjamin Rothschild (bro)

Mitarbeit an dieser Nummer: Jérôme Candrian, Bundesverwaltungsrichter, St. Gallen; David Dussy, Advokat, Basel; Christian Fraefel (cf), Rechtsanwalt, Zürich; Felix Frey, Rechtsanwalt, Zürich; Kaspar Gehring, Rechtsanwalt, Zürich; Viktor Györfy (vg), Rechtsanwalt, Zürich; Andreas Kley, Professor, Zürich; Lauren Kriedemann, Fotografin (Titelbild), Kapstadt; Martina Kuhn, Jus-Studentin, Lützelflüh; Norbert Mettler (me), Rechtsanwalt, Brunnen; Corinne Reber (cr), Rechtsanwältin, Zürich; Felix Schöbi, alt Bundesrichter, Bern; Judith Wissmann Lukesch, Rechtsanwältin, Zürich; Peter Wicki, Fürsprecher, Bern; Ruedi Widmer, Cartoonist, Winterthur

Layout/Grafik/Bild: Silvio Löttscher, Dominique Schütz, Monika Reize, Adrian Ulrich

Produktion: Remo Leupin, Thomas Müller (tom)

Korrektur: Jennifer Grünig

Druck: Stämpfli AG, Bern

Inserate: Ki Media GmbH, Postfach, 8024 Zürich
Tel. 044 253 83 53, Fax 044 253 83 54
Werner Zapater

inserate@kimedia.ch, www.kimedia.ch

Herausgeberin: Konsumenteninfo AG, Zürich
Massgebliche Beteiligung i.S. von Art. 322 StGB: Editions Plus GmbH, K-Tipp Rechtsschutz AG. In Zusammenarbeit mit den Demokratischen Juristinnen und Juristen Zürich

Auflage: 2822 (notariell beglaubigt 9/2023)

Abo-Preis: Fr. 179.– pro Jahr (sechs Ausgaben); Studenten Fr. 95.–. Kombi-Abo (deutsch- und französischsprachiges Magazin) Fr. 279.–

Preis Einzelnummer: Fr. 30.–

gedruckt in der
schweiz

KEYSTONE



Firmengründungen: Neue Sorgfaltspflichten für Anwälte

Bundesrat will Transparenzregister

Ende Mai hat der Bundesrat einen Gesetzesentwurf verabschiedet, mit dem er die Geldwäscherei verstärkt bekämpfen will. Neu soll ein Transparenzregister Auskunft über die wirtschaftlich berechtigten Personen an Unternehmen geben. Neben hiesigen Firmen müssen sich auch juristische Personen mit Sitz im Ausland ins Register eintragen lassen, wenn sie einen engen Bezug zur Schweiz haben, etwa als Eigentümerin eines Grundstücks. Das Register ist nicht öffentlich. Zugriff erhalten die Behörden, etwa Polizei oder Staatsanwaltschaften sowie die Banken. Geführt

wird es vom Bundesamt für Justiz. Eine beim Finanzdepartement angesiedelte Kontrollstelle soll die Einträge «risikobasiert» überprüfen. Diese Stelle kann Unternehmen mit Bussen bis zu einer halben Million Franken bestrafen, wenn sie gegen die Meldepflichten verstossen.

Zudem werden Anwälten, Notaren und Treuhändern Sorgfaltspflichten gemäss Geldwäschereigesetz auferlegt, wenn sie für ihre Klienten Unternehmen gründen oder Immobilien kaufen. Die Sorgfaltspflichten gelten neu auch immer, wenn ein Liegenschafts Kauf mit Bargeld abgewickelt wird. **mk**

KEYSTONE



Krankenkasse: Neue Regeln für die Prämien bei Lohnpfändung

Betreibungsämter können neu Krankenkassenprämien direkt bezahlen

Seit Anfang Juli können Schuldner vom Betreibungsamt verlangen, dass es während der Dauer einer Lohnpfändung die Bezahlung der laufenden Krankenkassenprämien und Kostenbeteiligungen aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung übernimmt. Für diesen Zusatzaufwand darf das

Gerichte verschweigen Gerichtsferien

Gemäss Prozessordnungen sind vom 15. Juli bis 15. August Gerichtsferien. Die meisten Fristen stehen dann still. So auch die Frist für eine Beschwerde ans Bundesgericht. Das gilt im Privat-, Straf- und öffentlichen Recht. Doch nur wenige Vorinstanzen informieren in ihrer Rechtsmittelbelehrung darüber, so etwa die Sozialversicherungsgerichte in den Kantonen Aargau und Zürich. Die meisten kantonalen Vorinstanzen sowie das Bundesstraf- und das Bundesverwaltungsgericht weisen zwar auf die 30-tägige Frist hin, aber nicht auf die Gerichtsferien.

Weshalb fehlt oft der Hinweis auf die ruhenden Fristen? Daniel Staehelin, Advokat und Titularprofessor in Basel, sagt: «Es besteht keine Vorschrift, dass die Gerichte auf den Fristenstillstand hinweisen müssen.» Ausnahme: Gemäss der Zivilprozessordnung müssten die Gerichte bei den Rechtsmitteln gegen erstinstanzliche Entscheide darauf hinweisen, falls keine Gerichtsferien gelten. So etwa bei summarischen Verfahren. **kk**

Betreibungsamt keine Gebühren verlangen. Wenn der Schuldner seine laufenden Gesundheitskosten bisher nicht bezahlt hat, soll ihm diese Neuerung ermöglichen, sie aus der pfändbaren Quote zu bezahlen. So kann er eine spätere Betreuung wegen nicht bezahlter Krankenkassenprämien vermeiden. **mk**

Rechtswissenschaft ohne Recht

Rechtsstaat • Die im Staats- und Völkerrecht verwendeten Rechtsbegriffe geraten ins Rutschen. Nicht nur Politiker, auch Juristen akzeptieren den Bruch geltenden Rechts und ersetzen die bestehende kategorische Rechtsbindung durch Gefühle.

Andreas Kley
Professor für öffentliches Recht,
Verfassungsgeschichte sowie
Staats- und Rechtsphilosophie an
der Universität Zürich¹

Die Überschrift dieses Beitrags lautet fast gleich wie der Titel von Leonard Nelsons Standardwerk, das 1917 erschien.² Die Überlegungen des deutschen Wissenschaftlers haben nichts an Aktualität eingebüsst. Der Titel impliziert, dass man sich mehrere Begriffe von Recht vorstellen kann. Etwa, dass zwar eine Rechtswissenschaft praktiziert wird, diese jedoch auf einem anderen Rechtsbegriff basiert, als es wünschenswert wäre.

Ein Beispiel: An Silvester 2015 kam es in Köln zu Übergriffen nordafrikanischer Immigranten auf Frauen. Nach dem Versuch der Behörden, unpassende Sachverhalte zu relativieren, zeigte sich das nicht mehr zu bestreitende Ausmass des Vorgangs. Die damalige Bundeskanzlerin Merkel kündigte den betreffenden Immigranten an: «Der Rechtsstaat wird mit aller Härte reagieren.»

Diese Aussage ist erstaunlich. Denn der Rechtsstaat ist eine Einrichtung, die nicht mit aller Härte oder gar mit blosser Gewalt reagiert. Vielmehr reagiert er mit denjenigen Sanktionen, die in den generell-abstrakten Gesetzen dafür vorgesehen sind, und übt die-

se Sanktionen unter Wahrung der geltenden Grundrechte aus.

DER RECHTSSTAAT HAT OFFENBAR ZWEI GESICHTER, er sanktioniert nach geltendem Recht – das aber nur unter Wahrung der Verhältnismässigkeit und weiterer Grundsätze. Bei Merkel und anderen Politikern dagegen soll er mit aller Härte zuschlagen. Das heisst, er übt physische Gewalt aus.

Ein zweites Beispiel zeigt die fluiden Rechtsbegriffe im nationalen Recht auf. Ein führendes Lehrbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts beleuchtet die Corona-Verordnungsgebung mit kritischen und berechtigten Fragen. Dann stellen die Autoren fest: «Zudem weicht der Bundesrat von der Bundesverfassung ab. Dies zeigt, dass die gemeinhin geforderte Verfassungsbindung beim Erlass von Notverordnungsrecht nicht durchwegs sinnvoll ist.»³

Diese Aussage ist bemerkenswert. Die Lehrbuchautoren kritisieren nicht, dass der Bundesrat die Verfassung verletzt. Vielmehr folgern sie, dass die Verfassung nicht sinnvoll und nicht funktional sei. Der Bundesrat steht für die Autoren über der Verfassung.

Ein letztes Beispiel: Viele akademische Autoren betrachten den Bruch des Rechts und speziell der Verfassung als ein emotionales oder ästhetisches Problem. Dies zeigt eine Auswahl von Formulierungen, in denen Professoren zur Lösung juristischer Probleme den Bruch geltenden Rechts vorschlagen. So heisst es hinsichtlich der Unverbindlichkeit der parlamentarischen Genehmigung der CS-Kredite zum Beispiel:

- «Dem Bundesrat ist mit grösstem Bedauern zuzugestehen, dass er gesetzliche Bestimmungen aushebelt.»
- «Dieser Rechtszustand ist demokratiepolitisch nicht in jeder Hinsicht befriedigend.»
- «Niemand kann Freude am ausserordentlich weitgehenden Griff zur polizeilichen Generalklausel der Bundesverfassung haben.»
- «Die Durchbrechung rechtsstaatlicher Vorgaben ist rechtsstaatlich unerwünscht.»
- «Die Verletzung der Verfassung gehört zu den unschönen Erkenntnissen.»
- «Die Einhaltung der formellen Verfassung ist eine position formaliste.»

Es überrascht, dass nicht nur Politiker, sondern auch akademische Juristen den Bruch geltenden Rechts als «juristische» Lösung eines Falls akzeptieren und die bestehende kategorische Rechtsbindung durch Gefühle ersetzen. Hinzu kommt, dass einige dieser Autoren sich in der Rolle von Regierungsmitgliedern sehen.

Nach der Staats- und Völkerrechtslehre besteht ein Staat aus den drei Elementen Staatsvolk, Staatsgebiet und Staatsgewalt.⁴ Dies ist eine konstitutive Definition. Die Legitimität des Staats ist kein derartiges Begriffselement. Der Staat ist also inhaltlich eine beliebige Ordnung der Herrschaft. Das Gewaltmonopol ist das Spezifische des Staatsbegriffs. Die Frage, wie die Herrschaft auszuüben ist, gehört nicht zum völkerrechtlichen Staatsbegriff.

DER PHILOSOPH PLATON MACHT ZWEI VORSCHLÄGE, um die staatliche Macht- und Gewaltausübung legitim auszugestalten. Im ersten übernehmen zur Verantwortung qualifizierte Personen, die Philosophenkönige, die Herrschaft.⁵ Im zweiten übernehmen nicht Menschen, sondern Regeln die Herrschaft.⁶ Diese Überlegungen stehen in der Tradition eines über Jahrtausende anhaltenden Nachdenkens und Versuchs, Herrschaft legitim zu gestalten.

Es war nicht ein Jurist, sondern der Theologe Emil Brunner, der diesem Bemühen einen überzeugenden Ausdruck gegeben hat. Brunner veröffentlichte sein Werk «Gerechtigkeit» 1943. Das Werk begründet im ersten Teil die theologische Ethik. Im zweiten Teil stellt es ethische Forderungen auf – darunter auch die «Gerechtigkeit im Staat». Brunner unterscheidet vier Kategorien von Gerechtigkeitsanforderungen:⁷

■ Zentrale Macht übt Hoheitsgewalt beliebiger Art über die Einzelnen aus.

■ Zentrale Macht übt Hoheitsgewalt über generell-abstrakte Regeln (Gesetze) aus.

■ Gesetze sollen inhaltlich gerecht sein.

■ Gerechte Machtverteilung; Gesetze werden in demokratischen Verfahren geschaffen.

Auf der ersten Stufe stellt das Phänomen von Macht und Gewalt das charakteristische Element des Staats dar. Diese Stufe fasst Brunner bereits als eine Erleichterung für die Menschen auf: «Der Zustand des Faustrechtes hört auf, das äusserste Mass von Gefährdung alles Humanen und Geistigen ist beseitigt. Das ist eine erste Stufe der Gerechtigkeit des Staates.»⁸

Man kann entgegen der Auffassung von Brunner bezweifeln, ob mit einer «brutalen Friedensordnung» bereits die Gerechtigkeit beginnt. Angesichts der menschenverachtenden totalitären Regime des 20. Jahrhunderts lässt sich das eigentlich nicht mehr begründen. Gewalt wird erst erträglich, wenn der Staat wirklichen Anforderungen der Gerechtigkeit genügt. Die Stufe eins ist allein ungenügend und keine Art von Gerechtigkeit. Brunner schlägt, einer Genealogie folgend, weitere Gerechtigkeitsstufen vor: Gesetzesherrschaft, gerechte Gesetze und gerechte Verteilung politischer Macht.

Für Brunner ist der Schritt von der ersten zur zweiten Stufe entscheidend. Denn auf der ersten Stufe ist jeder Macht- und Gewaltakt bereits Recht. Auf Stufe zwei kommt die besondere innere Struktur des Rechts hinzu. Der Staat muss alle seine Handlungen in Form von Gesetzen ankündigen. Brunner: «Das Gesetz kann nicht umhin, eine gewisse Gleichheit zu schaffen, und Gleichheit ist ein entscheidendes Element der Gerechtigkeit. Schon die blossе Konstanz gesetzlicher Regelung ist ein Sieg des Geistes über die Ungeistigkeit der Laune und Willkür.»⁹

Die dritte Stufe fordert inhaltlich gerechte Gesetze. Brunner verkündet dabei nicht bestimmte Inhalte, aber die Gesetze sollen Gerechtigkeit anstreben. Die Stufe vier fordert eine gerechte Verteilung der Macht im Staat, und bei gegebenen sozialen Voraussetzungen soll diese Machtverteilung in einer demokratischen Rechtsordnung erfolgen.

Die Stufe eins hat gegenüber den Stufen zwei bis vier einen völlig anderen Gegenstand. Die erste Stufe erfasst die empirische Sphäre des Menschen, das heisst den Ist-Zustand, so wie ihn unsere Sinnesorgane vermitteln. Das ist, vereinfacht gesagt, typischerweise die Perspektive der Naturwissenschaften und der heute zumeist empirisch arbeitenden Sozialwissenschaften sowie der Geschichtswissenschaft.

Die Stufen zwei bis vier sind normativ-philosophisch und fragen nach den Begründungen für einen wünschbaren Soll-Zustand in der Sozialorganisation des Menschen. Der Soll-Zustand ist nicht vorgegeben, sondern wird durch das Denken des Menschen geschaffen. Auch diese Sphäre ist ein Gegenstand der Wissenschaft, namentlich der Philosophie, genauer der Ethik, der Theologie, gestützt auf die Bibel, und der Rechtswissenschaft, gestützt auf das staatsphilosophische Denken.

Allerdings ist die Rechtswissenschaft, die sich der Rechtspraxis annimmt, keine reine Soll-Wissenschaft, da sie auch auf den Ist-Zustand angewiesen ist. So ist bei der Rechtsanwendung auf die Sachverhaltsermittlung oder bei der Rechtsetzung auf die empirischen Grundlagen eines Problems abzustellen, bevor das Sollen bestimmt und die rechtlichen Schlüsse gezogen werden können. Brunners Genealogie mit den vier Stufen der Gerechtigkeit zeigt mit den vier Rechtsbegriffen ein vielgestaltiges Recht auf. Welchen Anforderungen

¹ Der Beitrag basiert auf der Niederschrift der Abschiedsvorlesung des Autors vom 18.4.2024, die als Podcast unter www.ius.uzh.ch/de/staff/professorships/alphabetical/kley.html abrufbar ist. Im Jahr 2025 soll eine erweiterte Fassung der Vorlesung in Buchform publiziert werden.

² Leonard Nelson, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*, Leipzig 1917, diverse Nachdrucke.

³ Ulrich Häfelin / Walter Haller / Helen Keller / Daniela Thurnherr, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 10. Aufl., Zürich 2020, N 1867g, S. 601.

⁴ Georg Dahm u.a., *Völkerrecht*, Bd. I/1, 2. Aufl., Berlin / New York 1989, S. 125 f. und 132 ff. zur Legitimität.

⁵ Platon, *Politeia*, 473 c–d.

⁶ Platon, *Nomoi*, 715 c.

⁷ Emil Brunner, *Gerechtigkeit*. Eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung, Zürich 1943, S. 233 ff.

⁸ Brunner, a.a.O., S. 234.

⁹ Brunner, a.a.O., S. 235.

muss die Wissenschaft genügen? Muss sie ohne Metaphysik, unpolitisch, rein und werturteilsfrei sein? Welche Rechtsbegriffe genügen diesen Anforderungen?

IM 18. UND 19. JAHRHUNDERT VERZEICHNETEN die Naturwissenschaften bedeutende Entdeckungen. Sie hatten die wahrnehmbare Natur zum Gegenstand der Erkenntnis gemacht. Diese Erfolge luden dazu ein, die empirischen Methoden auch in anderen Wissenszweigen zu verwenden. Diese naheliegende Möglichkeit machte der französische Philosoph Auguste Comte zu einer Erkenntnistheorie, die von den positiven Tatsachen ausging und die er vor allem auf die Gesellschaftswissenschaften erstrecken wollte.

Comtes Wissenschaftstheorie war vom Fortschrittsdenken bestimmt. In seinem Drei-Stadien-Gesetz des Geistes nahm er eine Entwicklung der Wissenschaften an, nach der der Mensch Naturerscheinungen zunächst als göttliche Eingriffe, sogenanntes theologisches Stadium, erklärte.¹⁰ Dann folgte das Wirken von Abstraktionen, die sich die Menschen je nachdem als Götter oder als eine Gesamtheit von noch nicht näher bekannten Naturerscheinungen vorstellten, das metaphysische Stadium. Im letzten positiven Stadium erforschen die Menschen einzelne Zusammenhänge von Naturerscheinungen. Der Mensch lernt dabei nach Comte, die Natur besser zu beherrschen, indem er die positive Methode anwendet. Das Ziel der Gesellschaft wird im Endstadium nur die wissenschaftlich-industrielle Produktion sein.

Die Übertragung von Comtes Positivismus auf die Rechtswissenschaften bot sich an. Die Rechtswissenschaft war kein Anhängsel der Politik mehr, sondern eine losgelöste selbständige Disziplin. Das sittliche Gebotene war in der Politik festzulegen, und die Rechtswis-

senschaft hielt sich von der Politik fern. Die Rechtswissenschaft hatte einen empirisch klar feststehenden Gegenstand, den Staat, der mit jeder Handlung Recht setzt oder Recht anwendet. Dieser Staat konnte aus dem Blickwinkel der positivistischen Wissenschaft keine Fehler begehen.¹¹

Die Juristen des deutschen Kaiserreichs wollten die Rechtswissenschaft von allen nichtjuristischen, bloss der ethischen und politischen Betrachtung angehörenden Stoffen reinigen. An die Stelle des staatsphilosophischen Nachdenkens trat die juristische Konstruktion, die sozusagen alle Handlungen des Staats rechtlich verpackte. Diese Methode befand sich in Übereinstimmung mit dem Positivismus von Comte. Die moderne Rechtswissenschaft betrat die Bühne der Universitäten.

Auf dem Höhepunkt des Positivismus formulierte Karl Bergbohm: «Alles Recht ist positiv und nur positives Recht ist Recht. Billigen wir die realistische Doktrin, so befinden wir uns in der peinlichen Lage, auch das niederträchtigste Gesetzesrecht, sofern es nur formell korrekt erzeugt ist, als verbindlich anerkennen zu müssen.»¹²

Die Rechtswissenschaft des öffentlichen Rechts hatte zwar die Bühne betreten, aber die Frage des zutreffenden Rechtsbegriffs blieb ungeklärt. Den Vertretern des staatsrechtlichen Positivismus genügte das Bewusstsein, dass sie das «metaphysische Stadium» von Comte hinter sich gelassen hatten. Die Orientierung am positiv empirischen Stoff erwies sich aber als ungenügend. Sie machte die Wissenschaft zu einer Magd der Politik.

Max Weber erkannte die ungenügende Abgrenzung der Sozial- und der Rechtswissenschaft von der Politik und verhalf mit seinem Postulat der «Werturteilsfreiheit» den bisher verpönten Denkräumen des «Metaphysischen» zur Anerkennung. 1913 gab Weber

in einem Referat in der Ausschuss-sitzung des Vereins für Socialpolitik eine neue Antwort, die er in seinem Vortrag «Wissenschaft als Beruf» von 1919 ausbaute. Er forderte die Werturteilsfreiheit der Wissenschaft und verlangte gerade nicht die völlige Ausscheidung ethischer, politischer oder menschlicher Gehalte von der Wissenschaft.¹³ Vom Wissenschaftler verlangte er die Hingabe an die Sache und den Verzicht politischer Stellungnahmen. Zu diesem Zweck unterschied er zwischen unvermeidbaren und vermeidbaren Werturteilen der Wissenschaft.

Für das vorliegende Problem des Rechtsbegriffs ist das entscheidend. Die Wahl des Gegenstands der Wissenschaft ist ein unvermeidbares Werturteil.¹⁴ Die Wahl einer jeden Stufe von Brunners Stufenfolge der Rechtsbegriffe ist ein unvermeidbares Werturteil, ohne das die Wissenschaft nicht auskommt.

DIE DEUTSCHEN POSITIVISTEN VERTRATEN DIE MEINUNG, die Wahl des Macht- und Gewaltbegriffs des Rechts führe dazu, dass sie sich einzig mit einem positiv-empirischen Faktum beschäftigten, das rein und objektiv sei. Ihr Positivismus verkleidete alle Akte des Staats gleich welcher Art und Brutalität mit dem Begriff des Rechts. Sie trafen ein Werturteil und ergriffen damit bedingungslos Partei für den bestehenden Macht- und Gewaltapparat.

Weber forderte «die intellektuelle Rechtschaffenheit einzusehen, dass Tatsachenfeststellung mathematischer oder logischer Sachverhalte oder der inneren Struktur von Kulturgütern zur Wissenschaft gehören».¹⁵ Diese Aussage ist von grösster Bedeutung. Bei der Wahl des Rechtsbegriffs handelt es sich um ein Werturteil über den Gegenstand der Wissenschaft.¹⁶

Dabei ist vor allem auch der Aspekt der inneren Struktur des

“Die Akteure halten sich oft nicht an die Regeln der Völkerrechtsordnung, wenn sie diese als für ihre Interessen nachteilig halten”

Rechts entscheidend. Die Rechtswissenschaft bearbeitet positiv-empirische und philosophisch-normative Fragestellungen. Sie ist eine gemischte Wissenschaft, die beide Perspektiven einnehmen muss. Sie kommt nicht ohne Werturteile aus. Diese Werturteile von Brunners Stufen zwei bis vier machen die Rechtswissenschaft fähig, den Staat und sein Handeln («Recht» welcher Art auch immer) zu kritisieren.

Wer im Sinn von Comte beliebige Staatsakte als «wertfreies Recht» bewertet, wählt den Rechtsgegenstand des Faktischen, nämlich das sich durchsetzende Gewaltmonopol, als Rechtsbegriff. Die Auswirkungen des empirischen Rechtsbegriffs auf die Rechtswissenschaft sind beachtlich. Ein Beispiel dafür sind die Fundamentalkritiker der regelbasierten Herrschaft im internationalen Verhältnis wie etwa Heinrich von Treitschke. Für ihn entscheidet der Macht- und Gewaltbegriff des Rechts die Konflikte zwischen Staaten und nicht etwa das regelbasierte, generell-abstrakte Völkerrecht. Der Krieg bleibe die Form des Prozesses, durch welchen die Ansprüche der Staaten geltend gemacht würden. «Die Beweise, welche in diesen furchtbaren Völkerprozessen geführt werden, sind zwingend wie die Beweise in einem Zivilprozess.»¹⁷

Treitschke war Historiker. Seiner Linie folgte die Mehrheit der deutschen Völkerrechtler. So etwa Erich Kaufmann 1911 in seinem Buch «Wesen des Völkerrechts»: «So stellt sich der siegreiche Krieg als Bewährung des Rechtsgedankens, als die letzte Norm heraus, die darüber entscheidet, welcher der Staaten Recht hat.»¹⁸ Der Krieg wird damit zu einem Akt der Rechtsetzung. Das ist Bergbohms «peinliche Lage» einer Völkerrechtswissenschaft. Diese setzt auf den Gewalt- und Machtbegriff

des Rechts und hält diesen als objektiv, das heisst von Politik und Ethik gereinigt.

Die Charta der Uno versuchte, den Macht- und Gewaltbegriff des Völkerrechts zu bannen. Wie wir heute sehen, ist dieser Versuch einer regelbasierten Völkerrechtsordnung nur sehr eingeschränkt gelungen. Die Akteure halten sich oft nicht an diese Regeln, wenn sie diese als für ihre Interessen nachteilig halten.

DER FRANZÖSISCHE SOZIOLOGE EMILE DURKHEIM veröffentlichte 1915 das Buch «Deutschland über alles», in dem er die Ursache der Grausamkeit der Reichswehr im Ersten Weltkrieg untersuchte. Er beschrieb eine namentlich von Heinrich von Treitschke geförderte deutsche Mentalität, die sich im Deutschen Reich nach 1870 durchsetzte.

Auch Nelson analysierte die Wissenschaft des Völkerrechts und des nationalen Rechts und deckte die Ursache für die ausgeübte schrankenlose Gewalt auf, und zwar in Form des Gewalt- und Machtbegriffs des Rechts.

Beim Völkerrecht übernahm Treitschke die Rolle als Fundamentalkritiker der regelbasierten Ordnung. Beim Staatsrecht übernahm der Staatsrechtler Georg Jellinek dieselbe Rolle als Fundamentalkritiker einer Herrschaft generell-abstrakter Regeln. Nelson analysierte Jellineks Schriften, vor allem die «Allgemeine Staatslehre»,¹⁹ minutiös und deckte frappante Widersprüche auf. Das war deshalb schwerwiegend, weil die deutsche Staatsrechtslehre in den nachfolgenden Jahrzehnten treu auf Jellineks Fakten- und Gewaltlehre wandelte, wonach eine Herrschaft generell-abstrakter Gesetze unmöglich sei. Vielmehr behauptete er die «normative Kraft des Faktischen»,²⁰ das ist die Vorstellung, dass die staatlichen Durchsetzungsakte eo ipso Recht seien.

Nach Jellinek vermögen Rechtsätze keine staatliche Machtverteilung tatsächlich zu beherrschen, und sie sind ohnmächtig gegenüber eingewurzelter sozialer Sitte. Nicht die Parlamente, sondern Fakten erzeugen Recht. Das ist seine «normative Kraft des Faktischen».

Jellineks Aussage ist grundfalsch. Ein Faktum erzeugt niemals ein Recht, ein Sein niemals ein Sollen. Konditionale Regeln setzen sich aus Tatbestand und Rechtsfolge in Form von Wenn-dann-Sätzen zusammen. Jede Rechtsfolge kann an einen bestimmten Tatbestand und somit an etwas Faktisches eine rechtliche Folge anknüpfen.

Dieses Faktische wird rechtlich erheblich, wenn der Sachverhalt eines Falles vom Tatbestand der Rechtsregel erfasst wird. Jellinek verwechselt gemäss Nelson rechtserhebliche Tatsachen mit einer angeblichen Erzeugungsquelle des Rechts. Gemäss Jellinek erzeugen Tatsachen Normen. Das ist offensichtlich falsch, da generell-abstrakte Rechtsregeln bestimmte Sachverhalte, also Fakten, überhaupt erst rechtlich erheblich machen. Erkennt man diese Verwechslung, verschwindet die normative Kraft des Faktischen.

GEORG JELLINEK LEHNTE DIE PARLAMENTE AB und anerkannte Regierung und Volk als die einzigen unzerstörbaren natürlichen Mächte des Staats. Diese beginnen einander «unmittelbar gegenüberzustehen». «Darin liegt der gewaltigste Verfassungsverwechslung der neueren Geschichte verborgen. Wohin er führen wird, werden einst unsere Enkel erfahren.»²¹

Diese Aussagen aus dem Jahr 1906 haben die prophetischen Gaben von Jellinek gezeigt, wogegen seine Argumentationskunst weniger entwickelt war. Er bediente sich mit willkürlichen Behauptungen, Widersprüchen und einer essentialistischen Denkweise. Nicht

- ¹⁰ Auguste Comte, Rede über den Geist des Positivismus / Discours sur l'esprit positif, 1844, deutsche Übersetzung und Einleitung von Iring Fetscher, Hamburg 1994, S. 5 f.; vgl. die Einleitung, S. XXIV ff.
- ¹¹ Typisch dafür ist der autoritäre, auf Kompetenzen beruhende Rechtspositivismus von Hans Kelsen. Die Kritik der Rechtswissenschaft, ein Staatsakt sei falsch, ist für Kelsen «juristisch sinnlos». Die kompetente Behörde legt das Recht verbindlich und abschliessend aus. Und sollte der Akt falsch sein, so setzt die Behörde «neues Recht». Der Staat kann keine Fehler machen, und die Rechtswissenschaft ist gezwungen mitzumachen. Siehe dazu Hans Kelsen, «Was ist die Reine Rechtslehre?», in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, Zürich 1953, S. 143–162, S. 151.
- ¹² Karl Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Band I, Leipzig 1892, S. 52.
- ¹³ Max Weber, «Wissenschaft als Beruf», 1919, in: Ders., Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 7. Aufl., Tübingen 1988, S. 582–613.
- ¹⁴ Z.B. die Wahl des Gegenstands der Forschung, der verwendeten Methode, die Art der Durchführung der Forschung usw. Siehe dazu Alois Riklin, «Unvermeidbare und vermeidbare Werturteile», in: Beiträge zur Methode des Rechts, St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern/Stuttgart 1981, S. 37–68, insb. S. 42 ff.
- ¹⁵ Weber, a.a.O., S. 601 f.
- ¹⁶ Dazu sind die beiden Kulturgeschichten der Regelherrschaft aufschlussreich: Fernanda Pirie, The Rule of Laws. A 4000-Year Quest to Order the World, New York 2021; Lorraine Daston, Regeln. Eine kurze Geschichte, Berlin 2023.
- ¹⁷ Heinrich von Treitschke, Politik. Vorlesungen gehalten an der Universität zu Berlin, Max Cornicelius (Hrsg.), Erster Band, Leipzig 1897, S. 72.
- ¹⁸ Erich Kaufmann, Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, Tübingen 1911, S. 153, siehe auch S. 146.
- ¹⁹ Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914. Und zur Kritik an Jellinek: Nelson, a.a.O., S. 6–76.
- ²⁰ Jellinek, a.a.O., S. 338.
- ²¹ Georg Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, Berlin 1906, S. 80.

“Ausserhalb
der Herrschaft
generell-abstrakter
Gesetze kann es
kein humanes
Leben geben”

Jellineks Enkel, sondern bereits seine Nachkommen sollten Erfahrungen mit dieser parlaments- und gerichtsfreien Gewaltherrschaft machen.

Jellineks fragwürdige Auffassungen sind breit und von gegensätzlichen rechtswissenschaftlichen Ausrichtungen aufgenommen worden. So unterschiedliche Autoren wie Hans Kelsen mit seiner «Reinen Rechtslehre» oder der gewaltverherrlichende Carl Schmitt folgten Jellinek in der grundsätzlichen Ablehnung der Herrschaft generell-abstrakter Normen.

Der Zürcher Strafrechtslehrer Peter Noll brachte diese Überlegung unter dem Gesichtspunkt der Kontrolle von Macht und Gewalt zum Ausdruck. Er führte aus, dass ein reflektierter Begriff des Rechts Recht und Macht unterscheiden müsse. Würden diese gleichgesetzt, dann sei nicht einzusehen, warum man für dasselbe Phänomen zwei verschiedene Wörter verwenden soll, die doch nur Missverständnisse und Irrtümer hervorrufen.

Wenn das Recht einzig die Handlungen der Macht beschreibe, dann müsse man von Machtverhalten sprechen anstatt von Recht. Macht wäre dann automatischer Vollzug rechtlicher Vorstellungen.²² Demgegenüber sei festzuhalten, dass die kritische Reflexion gegenüber Macht und faktischem Verhalten einerseits und die Möglichkeit regelabweichenden Verhaltens andererseits dem Recht notwendig eigentümlich ist.

Pointiert formulierte Noll in einem Vortrag von 1981, dass Recht ein Versuch sei, die Macht zu bändigen. «Das Recht ist Kritik der Macht. Der Mächtige muss sich nicht auf das Recht berufen. Er hat die Macht. Der Schwache braucht das Recht.»²³

Erwähnenswert ist, dass Jellineks von der «normativen Kraft des Faktischen» getriebene Staatsrechtslehre bis auf den heutigen Tag in

hohem Ansehen steht, und zwar ganz im Gegensatz zur bellizistischen Gewaltlehre von Treitschke. So schreibt der Herausgeber des aktuellen Werks «Die normative Kraft des Faktischen: Das Staatsverständnis Georg Jellineks»: «Noch Jahrzehnte nach ihrem Erscheinen verneigten sich Anhänger wie Gegner vor Georg Jellineks Allgemeiner Staatslehre.»²⁴

Diese Verneigung ist für den «Treitschke» des Staatsrechts nicht angebracht. Seine antinormativen und undemokratischen Ideen fanden im 20. Jahrhundert nicht nur wissenschaftliche, sondern praktische Beachtung. Bis heute bedroht dieses Denken die Gesetzesherrschaft, eine Zivilisations- und Kulturerrungenschaft der vergangenen 4000 Jahre. Im Völkerrecht ist es bereits Realität, und im heutigen Staatsrecht bröckelt das Hochhalten einer regelbasierten Ordnung. Die Politik umgeht die geltenden Regeln oft mit der Begründung, dass etwas nicht sein könne oder dringlich sei, und fällt überstürzte Entscheide, die sich nachher als schädlich erweisen.

DIE GENERELL-ABSTRAKTE GESETZESHERRSCHAFT ist eine zivilisatorische Errungenschaft. Sie richtet sich in erster Linie an die Amtsträger und Organe des Staats. Sie sind die Diener des Gesetzes und üben Macht und Gewalt nur in deren Rahmen aus. Das zeigt sich an den von den Behördenmitgliedern zu leistenden Amtseiden. Auf Bundesebene lautet dieser Eid gemäss Artikel 3 des Parlamentsgesetzes: «Ich schwöre vor Gott dem Allmächtigen, die Verfassung und die Gesetze zu beachten und die Pflichten meines Amtes gewissenhaft zu erfüllen.»

In ihrem Bericht zum Gesetz schrieb die Bundesversammlung: Die Eidesformel «stellt ein Bekenntnis zur Verfassung und zur Rechtsordnung dar, welche die Grundordnung und die Werte der

Schweizerischen Eidgenossenschaft normieren».²⁵ Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen.

Von grösster Bedeutung ist das Verfassungs- und Rechtsbewusstsein der Politiker. Unter der Gesetzesherrschaft sind diese in zwei Systemen tätig. Im politischen System, das dem Code Macht/Ohnmacht gehorcht, und dem Rechtssystem, das dem Code legal/illegal folgt. Unter der Verfassungs- und Gesetzesherrschaft hat die Politik dem Recht zu folgen – und eigentlich müssten sich die beiden Wirkungskreise decken.

DIE POLITIK DARF MACHT UND GEWALT nur innerhalb der generell-abstrakten Regeln des Rechts einsetzen. Ist die Politik mit den Inhalten der Regeln nicht einverstanden, steht es ihr frei, diese Regeln in den verfassungsmässig vorgesehenen Verfahren abzuändern. Die Missachtung geltenden Rechts ist weder politisch noch rechtswissenschaftlich eine Option.

Tatsächlich ist die Politik stets bestrebt, sich der umfassenden Herrschaft des Rechts zu entwinden und dabei Abkürzungen zu benutzen. Walther Burckhardt legte die Lage 1938 kristallklar dar: «Man wird oft zugeben müssen, dass die Verfassung den Behörden unbequeme Fesseln anlegt. Und wenn man sich vornimmt, diese Fesseln zu sprengen, muss man sich bewusst sein, dass man von einem Verfassungsbruch ausgeht.»²⁶

Burckhardt führte in seinem Verfassungskommentar von 1931 aus: Wer auf die Vornahme einer verfassungswidrigen Abkürzung verzichte, der «stärkt die Achtung vor der Verfassung und wahrt ein Gut, das jedem Staatswesen und besonders dem demokratischen unentbehrlich ist».²⁷

Der Ökonom John Maynard Keynes schrieb, dass die Zivilisation «eine dünne und prekäre Kruste» sei,²⁸ die von einigen wenigen aufgerichtet und nur durch Regeln

aufrechterhalten werde. Konrad Hesse, der spätere Bundesverfassungsrichter, unterstützte diese Überlegungen in seiner Antrittsvorlesung von 1959 in Freiburg im Breisgau: Wenn die Verfassung in schweren Zeiten ihre normative Kraft bewahre, «ist sie die lebendige Macht, welche das staatliche Leben vor mass- und gestaltloser Willkür zu bewahren vermag».²⁹

Dabei ist es entscheidend, dass die Herrschaft der Regeln dafür sorgt, dass Konflikte zwischen Menschen nicht mit physischer Gewalt, sondern im sprachlichen Diskurs gelöst werden. Der entscheidende Orientierungspunkt der Auseinandersetzung ist das sprachlich festgelegte Gesetz. Die von den Politikern gewählten Abkürzungen der ordentlichen Verfahren missachten die Regeln. Sie führen zu unvorhersehbaren Entscheidungen, die ohne Begründung ausfallen. Ausserhalb des sprachlichen Diskurses und der zu diskutierenden anwendbaren Regeln gibt es kein Halten mehr.

Wer die kategorische Herrschaft der generell-abstrakten Regeln verlässt, begibt sich in einen Raum, in dem sich der Stärkere mittels physischer Gewalt durchsetzt. Der Rechtsstaat der generell-abstrakten Gesetzherrschaft ist ein Staat, der Konflikte durch sprachlichen Diskurs auflöst. Hesse schloss seine Antrittsvorlesung 1959 mit der Aussage: Es wird vom «Willen zur Verfassung abhängen, ob die Fragen unserer staatlichen Zukunft Machtfragen oder Rechtsfragen sein werden».³⁰

Akademische Juristen müssen sich auf die Rechtsfragen beschränken. Es ist evident, dass die Gewalt – nach Emil Brunner «die Ungeistigkeit der Laune und Willkür» – kein gerechtes Verfahren sein kann. Dieser Satz gilt ohne jede Ausnahme.

Ich möchte noch deutlicher werden: Leonard Nelson hatte im Zusammenhang mit den Fakten-

gleich-Recht-Juristen von Wissenschaftlern gesprochen, die sich «dazu hergeben, vor den herrschenden Überzeugungen im Stau zu kriechen».³¹ Ich bin der festen Überzeugung, dass jeder Jurist den kategorisch geltenden Charakter der generell-abstrakten Normen als Recht anerkennen muss.

DER FRANZÖSISCHE POLITIKER ALEXIS DE TOCQUEVILLE machte diese Beobachtung: «Sobald man einen Despoten auftauchen sieht, begegnet man bald einem Rechtsgelehrten, der voller Gelehrsamkeit beweisen wird, dass Gewalt legitim und die Besiegten schuldig sind. Es sind die zwei Pflanzen, die immer auf demselben Boden wachsen.»³² Wir wissen heute, dass dieser Boden – die erste Stufe von Brunner – die sich durchsetzende physische Gewalt darstellt.

Carl Schmitt stellte 1922 die These auf, dass alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre säkularisierte theologische Begriffe seien. Er gab ein Beispiel für diese These. Er schrieb: «Der Ausnahmestand hat für die Jurisprudenz eine analoge Bedeutung wie das Wunder für die Theologie.»³³ Damit umgibt er die Regierung, die den Ausnahmestand handhabt, mit der Aura Gottes.

Schmitt ging noch weiter. Er kommentierte den sogenannten Röhm-Putsch von Hitler im Jahr 1934. Dabei hatte Hitler die Ermordung von fast 100 Parteifreunden angeordnet, weil er fürchtete, sie könnten ihm eine Gefahr werden. Wenige Wochen später schrieb Schmitt in der «Deutschen Juristen-Zeitung»: «Der Führer schützt das Recht vor dem schlimmsten Missbrauch, wenn er im Augenblick der Gefahr kraft seines Führertums als oberster Gerichtsherr unmittelbar Recht schafft. Der wahre Führer ist immer auch Richter.»³⁴ Man kann Schmitts Handlungsweise nicht als Einzelfall herunterspielen. Im Dritten Reich

und in anderen Unrechtsregimen sind Juristen den Macht- und Gewalthabern zu Hilfe geeilt und haben ihre barbarischen Akte zu «Recht» erklärt. Freilich ist es das Recht der ersten Stufe von Emil Brunner: physische Gewalt gegen Menschen.

Heute schleicht sich eine subtile Praxis ein, die das generell-abstrakte Recht und die Einhaltung der geregelten demokratischen Entscheidungsverfahren leise wegschafft. Die Akteure sind vielleicht von schlechten Gefühlen begleitet, etwa dem bekannten «Bedauern», wenn sie eine Rechtsfrage mit dem Bruch geltenden Rechts lösen. Andere lassen, ohne schlechte Gefühle, die Rechtsbindung gänzlich ausser Acht.

SO HARMLOS EIN PROPAGIERTER RECHTSBRUCH ERSCHEINEN MAG, die betreffenden Autoren verbergen damit, dass sie aus dem Rechtssystem von Brunners Stufen zwei bis vier austreten und in die erste Stufe der nackten Gewalt wechseln. Wir Juristen sind nur dann berechtigt, in der ersten Stufe tätig zu sein, wenn dies unter den Prämissen der Stufen zwei bis vier erfolgt.

Nelson beklagte die Preisgabe des generell-abstrakten Rechtsbegriffs seitens der Jurisprudenz. Er spricht uns akademischen Juristen ins Gewissen. Der Gewaltbegriff des Rechts, so Nelson, habe nicht nur Konsequenzen für die Wissenschaft, sondern auch für das Recht selbst. «Wenn die Wissenschaft der Unterscheidung von Recht und Unrecht die Erkennung verweigert, so wird dadurch die Sicherheit des Rechts selbst untergraben. Wo die Wissenschaft dem Recht ihren Schutz versagt, da wird das Recht überhaupt schutzlos.»³⁵

Diese Sätze von Leonard Nelson aus dem Jahr 1917 behalten unverändert ihre Gültigkeit. Ausserhalb der Herrschaft generell-abstrakter Gesetze kann es kein humanes Leben geben.

²² Ähnlich: Peter Noll, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek 1973, S. 63.

²³ Peter Noll, «Wer gefährdet den Rechtsstaat?», in: *Neue Wege*, Band 79 (1985), Heft 3, S. 79–82, S. 79.

²⁴ Andreas Anter, «Modernität und Ambivalenz in Georg Jellineks Staatsdenken», in: Ders. (Hrsg.), *Die normative Kraft des Faktischen: Das Staatsverständnis Georg Jellineks*, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, S. 39.

²⁵ *Parlamentsgesetz (Parlamentsgeschäft Nr. 01.401)*, Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats vom 1.3.2001, BBl 2001, S. 3467, insb. S. 3521.

²⁶ Walther Burckhardt, *Aufsätze und Vorträge 1910–1938*, Bern 1970, S. 348.

²⁷ Walther Burckhardt, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 3. Aufl., Bern 1931, S. VIII.

²⁸ John Maynard Keynes, «My Early Beliefs», in: *Essays in Biography*, London 1972, S. 433–450, S. 447.

²⁹ Konrad Hesse, «Die normative Kraft der Verfassung», in: Julian Krüper u.a. (Hrsg.), *Konrad Hesses normative Kraft der Verfassung*, Tübingen 2019, S. 1–18, S. 12.

³⁰ Hesse, a.a.O., S. 18.

³¹ Nelson, a.a.O., S. 38.

³² Alexis de Tocqueville, *Autorität und Freiheit*, Zürich 1935, S. 342.

³³ Carl Schmitt, *Politische Theologie*, 11. Aufl., Berlin 2021, S. 43.

³⁴ «Deutsche Juristen-Zeitung», München 1934, Heft 15, S. 946 f.

³⁵ Nelson, a.a.O., S. 4.