Zeitschrift: Studia philosophica : Schweizerische Zeitschrift für Philosophie = Revue suisse de philosophie = Rivista svizzera della filosofia = Swiss journal of philosophy

Herausgeber: Schweizerische Philosophische Gesellschaft

Band: 44 (1985)

Artikel: Widerstandsrecht und Rechtsstaat

Autor: Thürer, Daniel

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-883123

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 13.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Studia Philosophica 44/1985

DANIEL THÜRER

Widerstandsrecht und Rechtsstaat*

I. *Grenzproblem der Rechtswissenschaft – Grundproblem der Geltung und der Legitimation des positiven Rechts*

Das Widerstandsrecht ist ein klassisches Thema der *Philosophie,* inbesondere der *Staats- und Rechtsphilosophie*[1], sowie der *Theologie*[2]. Auf eindrückliche Weise haben auch Dichter und Schriftsteller die dem Widerstandsrecht innewohnende Problematik der aufeinanderprallenden und letztlich unversöhnlichen Loyalitätspflichten – des Gehorsams gegenüber dem Gesetz einerseits und gegenüber dem übergeordneten (religiösen oder sittlichen) Gebot andererseits – immer wieder aufgegriffen und dargestellt. Sie haben dem Widerstandsrecht Gestalt verliehen in Heldenfiguren der Weltliteratur wie etwa der tragisch am Schicksal zerschlagenen Antigone (Sophokles) oder dem das Naturrecht siegreich herausfordernden Wilhelm Tell (Friedrich Schiller);

* Bei den nachfolgenden Erörterungen handelt es sich um die überarbeitete Fassung des Eintretensvotums zu einer Diskussion, die im Sommer 1984 im Rahmen des Liberalen Instituts, Zürich, zu diesem Thema durchgeführt wurde. – Vgl. zu dieser Problematik insbesondere auch René A. Rhinow, Widerstandsrecht im Rechtsstaat? Bern 1984; diese Schrift ist unmittelbar nach Abschluss der vorliegenden Arbeit erschienen, so dass zu meinem Bedauern nur noch die Möglichkeit verbleibt, an dieser Stelle in allgemeiner Form auf sie hinzuweisen. – Wertvolle Hinweise und Anregungen verdanke ich den Herren Prof. Dr. Walter Ott, Zürich, und lic. iur. Alfred Rub, Zürich.

1 Vgl. beispielsweise John Rawls, A Theory of Justice, Cambridge (Mass.) 1971, S. 363ff.; Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 7. Aufl., Stuttgart 1970, S. 352ff.; Otfried Höffe, Sittlich-politische Diskurse, Frankfurt am Main 1981, S. 160ff. (mit weiteren Hinweisen).

2 Vgl. aus der reichhaltigen Literatur etwa Karl Barth, Christengemeinde und Bürgergemeinde, Zollikon 1946, insbes. S. 32f.; ders., Rechtfertigung und Recht, Zollikon 1938, S. 34ff.; ders., Dogmatik im Grundriss, Zollikon 1947, S. 127ff.; Emil Brunner, Gerechtigkeit, 3. Aufl. (mit einer Einleitung von Werner Kägi), Zürich 1981, insbes. S. 110ff.; Arthur Rich, Radikalität und Rechtsstaatlichkeit, Zürich 1978, S. 54ff.; neuerdings auch Rico Jagmetti, Kirche, Rechtsstaat und Widerstandsrecht, Neue Zürcher Zeitung Nr. 10 vom 14. Januar 1985, S. 15; Hans Ruh, Das kirchliche Interesse am Rechtsstaat, Neue Zürcher Zeitung Nr. 5 vom 8. Januar 1985 (S. 25) und Nr. 6 vom 9. Januar 1985 (S. 29); speziell zu Zwinglis Lehre: Fritz Büsser, Huldrych Zwingli – Reformation als prophetischer Auftrag, Göttingen 1973, S. 74f.

Korrespondenzadresse: Prof. Dr. iur. Daniel Thürer, Rechtswissenschaftliches Seminar der Univ. Zürich, Sophienstrasse 2, CH-8032 Zürich

aber auch Figuren wie der enttäuschte Rechtssucher Michael Kohlhaas (Heinrich Kleist) oder der widerborstige Schwarze Tanner (Meinrad Inglin) verkörpern und symbolisieren die Grundidee des Widerstandsrechts, wenn auch in der mehr alltäglichen Auseinandersetzung des Bürgers mit seiner unmittelbaren Umwelt, insbesondere der Bürokratie und dem Gericht.

Im Gegensatz zu Philosophie, Theologie und Literatur aber hat sich das *Staatsrecht* im allgemeinen nur eher am Rande mit dem Widerstandsrecht befasst[3]. Dies mag zum einen damit zusammenhängen, dass in den allermeisten Staatsverfassungen wie auch in den verschiedenen (quasikonstitutionellen) Instrumenten des internationalen Menschenrechtsschutzes das Widerstandsrecht nicht erwähnt, anerkannt oder gewährleistet ist[4]; die Rechtswissenschaft sah dann, sofern sie sich in *positivistischem* Selbstverständnis allein mit dem geltenden Recht beschäftigte, die Behandlung des Widerstandsrechts nicht als ihre Aufgabe an[5]. Zum andern betrachten viele Autoren – worauf im folgenden noch näher einzugehen sein wird – das Widerstandsrecht *mit der*

[3] Darstellungen der allgemeinen Staatslehre setzen sich allerdings regelmässig, wenn auch meist nicht an zentraler Stelle, mit dem Widerstandsrecht auseinander. Vgl. etwa Reinhold Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 8. Aufl., München 1982, S. 294f.; Thomas Fleiner-Gerster, Allgemeine Staatslehre, Berlin/Heidelberg/New York 1980, S. 137ff.

[4] Eine Ausnahme macht allerdings das Deutsche Grundgesetz, in das 1968 zusammen mit den Notstandsartikeln in Art. 20 Abs. 4 auch eine (im folgenden noch näher darzustellende) Garantie des Widerstandsrechts aufgenommen wurde; eine entsprechende Garantie enthält auch als – soweit ersichtlich – einziger weiterer Anwendungsfall die neue portugiesische Verfassung von 1976 in Art. 21; die französische Verfassung schliesslich verweist in ihrer Präambel in allgemeiner Form auf die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, die in Art. 2 das Widerstandsrecht gewährleistet; zu dem – eng mit der Problematik des Widerstandsrechts verknüpften – politischen Streik vgl. den rechtsvergleichenden Bericht von Rudolf Dolzer, Die Streikfreiheit, in: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Die Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers, Band 2, Berlin/Heidelberg/New York 1980, S. 1255, insbes. S. 1263ff. Was den Menschenrechtsschutz auf internationaler Ebene betrifft, könnte allerdings das in den beiden Menschenrechtspakten der Vereinten Nationen von 1966 in ihrem übereinstimmenden ersten Artikel verankerten Selbstbestimmungsrecht als eine Art kollektiven Widerstandsrechts eines Volkes gegen Fremdherrschaft und Unterdrückung aufgefasst werden; näheres hierzu etwa bei Daniel Thürer, Das Selbstbestimmungsrecht der Völker, in: Archiv des Völkerrechts 22 (1984) S. 121ff.

[5] Es versteht sich, dass das Widerstandsrecht insbesondere in der Bundesrepublik Deutschland, wo es ins positive Verfassungsrecht aufgenommen wurde, auch in der Staatsrechtswissenschaft besondere Beachtung fand; vgl. etwa das im Entstehen begriffene monumentale Werk von Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 2, München 1980, S. 1487ff., und die dort angeführte Literatur; seither etwa: Ralf Dreier, Widerstandsrecht im Rechtsstaat? Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam, in: Festschrift für Hans Ulrich Scupin, Berlin 1983, S. 573ff.; Wilhelm A. Kewenig, Widerstand zwischen Theorie und Praxis, in: Widerstand in der Demokratie, Hamburg 1983, S. 54ff.; Hans H. Klein, Ziviler Ungehorsam im demokratischen Rechtsstaat, in: Festgabe zum 10-jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik, München 1984, S. 177ff.; Ingo von Münch, Widerstandsrecht als Verfassungsproblem, in: Widerstand in der Demokratie, Hamburg 1983, S. 21ff.

Schaffung und Entfaltung rechtsstaatlicher Verfassungen als überlebt. Dieses Thema stand insbesondere in der *Schweiz* kaum je im Zentrum der staatsrechtlichen und staatspolitischen Auseinandersetzung[6], denn das schweizerische Staatsverständnis war während langer Zeit stärker von der Genossenschaftstradition und der für das Land existenziell bedeutsamen Staatsidee der Integration verschiedener Kulturkreise beherrscht als vom Grundrechtsdenken[7], das ja einen der kräftigsten Nährböden des Widerstandsrechts darstellt; auch erleben die Schweizer, die mit Hilfe der ihnen zustehenden Volksrechte jederzeit unmittelbar auf die Gestalt und die Wirkungsweise des Staates Einfluss nehmen können, diesen im grossen und ganzen wohl eher als Gemeinwesen denn als feindlichen Apparat, eher als Gemeinschaft denn als bedrohliche, den Widerstand herausfordernde Macht.

Eine solche Zurückhaltung der Staatsrechtswissenschaft gegenüber dem Widerstandsrecht erscheint nun aber in keiner Weise gerechtfertigt. Dies aus drei Gründen. Zunächst erweist ein Blick auf die *Tagesereignisse,* dass ein Widerstandsrecht immer wieder postuliert, angerufen und in Anspruch genommen wird. Erwähnt seien nur etwa die vor allem in der Dritten Welt in grosser Zahl geführten «nationalen Befreiungskämpfe», die nicht abreissenden Kampfmassnahmen von Menschenrechtsgruppen in Osteuropa und die in jüngster Zeit in den westlichen Rechtsstaaten – einschliesslich der Schweiz! – immer häufiger auftretenden Gehorsamsverweigerungen und Protestaktionen gegen die Errichtung von Waffenplätzen, Waffensystemen und gefährlichen Anlagen der (zivilen) Grosstechnologie. Es handelt sich hier um aktuelle Erscheinungen und Bewegungen, an denen das Staatsrecht, will es mit seinem

[6] In den Staatsrechtslehrbüchern von Jean-François Aubert, Fritz Fleiner/Zaccaria Giacometti, Yvo Hangartner und Ulrich Häfelin/Walter Haller wird das Widerstandsrecht überhaupt nicht erwähnt; vgl. aber die Monographie von René Schneider, Das Widerstandsrecht im Staatsrecht und der Staasphilosophie der Gegenwart, Zürich 1964. Das Widerstandsrecht war sodann nie ein Gegenstand der seit Mitte der sechziger Jahre unternommenen Bestrebungen zur Totalrevision der Bundesverfassung.

[7] Im Gegensatz etwa zu den angelsächsischen Staaten musste in der Schweiz die öffentliche Gewalt nicht stets aufs neue in hartem Kampf dem Zugriff partikulärer Machthaber und einflussreicher Privater ausgetrotzt werden, und der Absolutismus, aus dessen Gegensatz die klassischen Menschen- und Grundrechte hervorgingen, fand in der Schweiz keine so starke Verbreitung und konsequente Verwirklichung wie etwa in Frankreich und in Deutschland; in der herkömmlichen schweizerischen Staatsauffassung dominierte denn auch die kollektive vor der individuellen Freiheitsidee, d.h. die Selbstherrschaft des Volkes im Innern (vgl. Jean-Jacques Rousseau) und die Verteidigung der Unabhängigkeit des Landes gegen aussen. Vgl. hierzu etwa Peter Schneider, Die Staatstheorie in Friedrich Schillers Wilhelm Tell, in: Menschenrechte – Föderalismus – Demokratie, Festschrift für Werner Kägi, Zürich 1979, S.351ff.; Luzius Wildhaber, Entstehung und Aktualität der Souveränität, in: Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel – Festschrift für Kurt Eichenberger, Basel/Frankfurt am Main 1982, S.131ff., insbes. S.138ff.

Anspruch auf praktische Relevanz glaubwürdig bleiben, nicht einfach vorbeisehen darf. Grundsätzlich bedeutsamer ist sodann der zweite Aspekt, dass das Widerstandsrecht aufs engste mit der Frage der *Legitimität einer Rechtsordnung* verbunden ist. Es zielt nämlich stets auf die Verwirklichung und Erhaltung grundlegender ethischer Werte einer Rechtsordnung hin. Mit der Frage der Anerkennung des Widerstandsrechts geht also naturgemäss die Suche nach einem Massstab des richtigen Rechts und insbesondere nach jenen Fundamentalnormen einher, die in der Rechtsordnung verkörpert sein müssen, damit diese als gerecht erscheint. Der (hypothetische) Widerstandsfall stellt, so gesehen, ein wesentliches Bewertungskriterium der Rechtsordnung dar, selbst wenn das Widerstandsrecht als solches nicht Bestandteil der geltenden Verfassung ist und auch ein Bedürfnis nach positivrechtlicher Anerkennung verneint werden sollte. Und schliesslich scheint, drittens, bedeutsam, dass aus dem Staatsrecht und seiner klassischen Beschäftigung mit Problemen der Rechtsgüterabwägung *Methoden* und *Konstruktionselemente* gewonnen werden können, die geeignet sind, dem Widerstandsrecht als einem moralischen Recht Gestalt zu geben und dazu beizutragen, dieses als eigenständiges Institut auszugestalten.

Stellt also das Widerstandsrecht eine *Grund- und Grenzfrage* des Rechts dar, mit der sich insbesondere das Staatsrecht auseinandersetzen muss, so ist nicht minder bedeutsam festzuhalten, dass umgekehrt auch derjenige, der sich aus einer philosophisch-ethischen oder einer theologischen Perspektive mit dem Widerstandsrecht befasst, die staatsrechtliche Realität nicht aus den Augen verlieren darf. Es erscheint nämlich *wenig sinnvoll, von einem Widerstandsrecht als solchem zu sprechen.* Vielmehr entzündet sich die Frage stets an einer besonderen Rechtslage, und aus dieser Auseinandersetzung erhält es seine Bedeutung und seine Rechtfertigung. Das positive Recht bildet also immer Gegenstand und Beurteilungskriterium des Widerstandsrechts. So sehr das Widerstandsrecht den Staatsrechtler also in den Bereich der überpositiven Normen verweist, so sehr sollte sich der Philosoph und Theologe mit dem jeweiligen konkreten rechtlichen Gegenstand auseinandersetzen. Gerade die Lage im Schnittpunkt der Disziplinen macht das Widerstandsrecht so faszinierend.

II. *Bezugsgrössen und Spannungsfelder*

Die vorliegende Untersuchung hat das Verhältnis von Widerstandsrecht und Rechtsstaat zum Gegenstand. Es scheint daher sinnvoll, vorab die beiden Bezugsgrössen «Widerstandsrecht» und «Rechtsstaat» zu klären und hernach die Spannungsfelder aufzuzeigen, die zwischen diesen beiden Polen der Thematik bestehen können.

A. Widerstandsrecht

1. Umschreibung des Widerstandsrechts

Unter Widerstandsrecht sei im folgenden, grob und vereinfacht gesprochen, das Recht von Einzelnen oder Menschengruppen, allenfalls sogar von Staatsorganen oder öffentlichrechtlichen Körperschaften verstanden, sich legalen, aber offensichtlich und in schwerer Weise illegitimen Verhaltensweisen der Inhaber der Staatsgewalt zu widersetzen, und zwar auf eine Weise, welche die Rechtsordnung verbietet. Wir haben also eine Norm vor uns, die sich aus den folgenden vier Elementen zusammensetzt. Das Widerstandsrecht bedeutet zunächst einen *Appell an fundamentale, dem positiven Recht vor- oder übergeordnete ethische Werte.* Es wird also in Anspruch genommen, um geltend zu machen, dass Prinzipien einer höheren Legitimitätsordnung verletzt worden seien, und zwar in einer schwerwiegenden und evidenten, d.h. für Dritte ohne weiteres erkennbaren Weise[8]. Dabei gehört es – zweitens – zum Wesen des Widerstandsrechts, dass dieser Verstoss gegen das höhere «Recht» *aufgrund oder zumindest in Übereinstimmung mit dem positiven Recht* erfolgt ist. Als drittes Element des Tatbestandes ist hervorzuheben, dass der in Frage stehende Widerstand stets eine *illegale Verhaltensweise* darstellt, handle es sich nun um eine Gehorsamsverweigerung im Sinne des passiven Widerstandsrechts oder um ein Tätigwerden, insbesondere um Gewaltanwendung, im Sinne des aktiven Widerstandsrechts; Opposition und Protest mit rechtmässigen Mitteln fallen dagegen nicht in den Bereich des Widerstandsrechts. Und schliesslich geht aus der obigen Umschreibung hervor, dass das Widerstandsrecht, wie dies seiner traditionellen Entwicklung entspricht, in das *Verhältnis Staat–Bürger* gestellt ist; es beruht auf der Vorstellung und Voraussetzung, dass das gerügte (moralische) Unrecht von der öffentlichen Gewalt gesetzt wurde; und in der Regel erscheint als Träger des Widerstandsrechts, seiner Verwurzelung in den klassischen Menschenrechten entsprechend, der Einzelne; doch ist nicht auszuschliessen, dass sich auch Inhaber hoheitlicher Gewalt, sei dies etwa eine Gemeinde oder ein Beamter, auf das Widerstandsrecht berufen[9]. Handelt es sich bei dem so gekennzeichneten Wi-

[8] Es erscheint unabdingbar, dass das Unrecht, das gerügt wird, nicht nur in der Phantasie des Ansprechers besteht, sondern einen offenkundigen Charakter hat; sonst müsste der (vermutlich geisteskranke) Mörder von Präsident Kennedy gleich wie Graf Stauffenberg als Widerstandskämpfer bezeichnet werden. Vgl. zum Erfordernis des offensichtlichen Unrechtes Klein, a.a.O. (Anm.5), S.179.

[9] Die Fälle «Vellerat» und «Rothenthurm», in denen sich öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften mit zum Teil illegalen Massnahmen gegen ihre Kantonszugehörigkeit bzw. gegen die Anlage eines Waffenplatzes zur Wehr setzen, belegen, dass das Widerstandsrecht durchaus auch föderalistisch motiviert sein kann; vgl. hierzu Daniel Thürer, Bund und Gemeinden –

derstandsfall um das in jüngster Zeit häufig zu beobachtende öffentliche, gewaltlose und gewissensbestimmte Vorgehen, mit dem eine Änderung der Gesetze oder der Regierungspolitik herbeigeführt werden soll, so spricht man von *«bürgerlichem Ungehorsam»*[10].

2. *Natur des Widerstandsrechts*

Es fragt sich nun, wie diese soeben inhaltlich umschriebene Rechtfertigungsnorm hinsichtlich ihrer *Geltung* zu qualifizieren ist[11]. Gehört sie der (positiven) Rechtsordnung an, oder ist sie überpositiver, d.h. rein ethischer oder religiöser Natur? Richtig scheint, dass das Widerstandsrecht seinen Geltungsgrund nicht im positiven Recht haben kann. Dies ergibt sich bereits aus der *Logik*. Selbst das oberste Recht kann nämlich, wie bereits Immanuel Kant darlegte[12], den Widerstand gegen das geltende Recht nicht erlauben, denn in einem solchen Falle wäre es nicht mehr das oberste Recht. Doch auch angesichts des *Wesens und der Funktion des Rechts* gelangt man zu diesem Schluss. Das positive Recht nämlich erhebt naturgemäss einen Anspruch auf unbedingte Verbindlichkeit. Stünde es unter dem Vorbehalt, dass es in bestimmten Situationen vom Betroffenen nach seinem eigenen Dafürhalten akzeptiert oder missachtet werden darf, dieser also unter Berufung auf höhere Normen den Gesetzesgehorsam verweigern kann, so hätten wir eben nicht mehr Recht, sondern blosse Empfehlungen vor uns[13]. Verfahren und Organe der Rechtsetzung und Rechtsanwendung aber wurden gerade geschaffen, damit mit uneingeschränkter Geltung Verhaltensweisen angeordnet werden, die allein auf freiwilliger Basis nicht gewährleistet schienen. Auch aus diesem Grunde kann also dem Widerstandsrecht kein legaler Charakter zukom-

Eine rechtsvergleichende Untersuchung unmittelbarer Beziehungen zwischen Bund und Gemeinden in Deutschland, den Vereinigten Staaten und der Schweiz (erscheint demnächst in der Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg).

10 So die Umschreibung bei Rawls, a.a.O. (Anm.1), S.364.

11 Näheres zum Begriff der Geltung bei Walter Ott, Der Rechtspositivismus, Berlin 1976, S.21ff.

12 Die Metaphysik der Sitten. Erster Theil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 2.Aufl., 1798, S.204ff.

13 Vgl. Ernest van den Haag, Political Violence and Civil Disobedience, New York 1972, S.13f. Zu der zur Zeit insbesondere im Bereich des Völkerrechts unter dem Schlagwort «Soft Law» diskutierten Geltungsfragen des Rechtes vgl. etwa Daniel Thürer, Grauzonen zwischen rechtlicher und ausserrechtlicher Normierung im Bereich der internationalen Beziehungen - Die rechtlich unverbindlichen zwischenstaatlichen Abkommen als Beispiel, in: Schweizerisches Jahrbuch für Politische Wissenschaft 24 (1984) S.261ff.

men[14]. Vielmehr stellt es einen *überpositiven Rechtfertigungsgrund* dar. Es geht also um die Frage, ob eine Illegalität angesichts der höher zu bewertenden Legitimität einer zu erhaltenden oder zu erstrebenden Ordnung als gerechtfertigt erscheint.

B. Rechtsstaat

Das zweite Element der hier gegebenen Fragestellung ist der *Rechtsstaat*. Es sei hier nur in Stichworten angedeutet, was im folgenden unter diesem Begriff verstanden wird[15]. Gedacht ist an den seit dem 18. Jahrhundert entwickelten und heute insbesondere in der westlichen Welt verbreiteten Staatstypus, der durch gewisse formale (organisations- und verfahrensrechtliche) sowie materiale Strukturelemente gekennzeichnet ist. In *formaler Hinsicht* beruht der Rechtsstaat zunächst auf dem Grundgedanken des Primats des Rechts vor der Politik («rule of law» statt «rule of men», Gewaltmonopol des Staates), des Vorrangs der Verfassung vor dem Gesetz und der Bindung der vollziehenden Staatsgewalt wie auch des Richters an das Gesetz (Legalitätsprinzip); er unterwirft also die Ausübung öffentlicher Macht einem (hierarchisch gestuften) Gefüge von rechtlichen Regeln, stiftet somit Ordnung und verbürgt Voraussehbarkeit staatlichen Handelns und Orientierungsgewissheit (Rechtssicherheit). Zur formalen Kennzeichnung des Rechtsstaates gehören ferner das Prinzip der (vielgestaltigen) Teilung und Kontrolle der Staatsgewalt sowie ein qualifizierter Rechtsschutz des Bürgers.

Es ist nun aber gerade im vorliegenden Zusammenhang bedeutsam festzuhalten, dass die Ordnungsfunktion des Rechtsstaates nicht Selbstzweck ist, sondern dass der Rechtsstaat, wie er sich in der westlichen Rechtstradition herausgebildet hat, auch einen unabdingbaren *materialen Gehalt* aufweist. Er erschöpft sich nicht in der Bindung der Staatsmacht an das Recht; konstitutiv

[14] Vgl. Josef Isensee, Widerstand gegen den technischen Fortschritt, in: Die Öffentliche Verwaltung 36 (1983) S. 572: « ‹Legaler Widerstand› ist eine juristische Unmöglichkeit. Widerstand im Rechtssinne ist begrifflich illegal (gleich, ob die Illegalität sich gewaltsam oder gewaltlos äussert).»

[15] Näheres zum Rechtsstaatsbegriff etwa bei Erhard Denninger (Hg.), Freiheitliche demokratische Grundordnung, Band 1, Frankfurt am Main 1977, S. 369ff.; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat - Gesellschaft - Freiheit, Frankfurt am Main 1975, S. 65ff.; zur Problematik des Rechtsstaates als materialer Rechtsordnung vgl. insbesondere Helmut Steinberger, Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie - dargestellt am Beispiel des Verfassungsdenkens in den Vereinigten Staaten von Amerika und des amerikanischen Antisubversionsrechts, Berlin/Heidelberg/New York 1974; vgl. sodann Alfred Kölz, Was kann der Rechtsstaat heute leisten? in: Manifest zur Verteidigung des Rechtsstaates, hg. von der Vereinigung für Rechtsstaat und Individualrechte, Zürich 1983, S. 13ff.

ist vielmehr auch, dass sich das Recht selber an gewissen obersten Gerechtigkeitswerten ausrichtet. Dabei steht im Zentrum der für jeden Rechtsstaat grundlegenden moralischen Werte das Prinzip der *Personwürde*. Dieses verlangt, dass sämtliche Träger der staatlichen Gewalt die Freiheit und Gleichheit der menschlichen Person achten und schützen[16]; dem Rechtsstaat ist also auch ein werthafter Gestaltungsauftrag sowie eine Begrenzung der staatlichen Macht immanent[17].

Die so umschriebene Idee des *klassischen* – an das Recht gebundenen und durch das Recht begrenzten – *Rechtsstaates* wird nun gemeinhin mit dem Prinzip verknüpft, wonach das staatliche Recht als Ganzes der (mittelbaren oder unmittelbaren) Legitimation durch den Willen des Volkes bedarf, wobei freilich die Grundwerte des Rechtsstaates selbst dem Belieben der Mehrheit nicht anheimgestellt sind (demokratischer Rechtsstaat)[18]. Und schliesslich wird in neuerer Zeit auch oft vom *sozialen Rechtsstaat* gesprochen, um hervorzuheben, dass auch die Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und des sozialen Ausgleichs zu den elementaren Aufgaben des modernen Staates gehört.

C. Spannungsfelder

Zwischen dem Widerstandsrecht und der Rechtsstaatlichkeit als den beiden Polen unserer Thematik besteht nun, so scheint es, ein *dreifaches Spannungsverhältnis*. Es fragt sich nämlich zunächst, ob es ein Widerstandsrecht *gegen* die rechtsstaatliche Verfassung als solche überhaupt geben kann oder ob ein Recht zur Überwindung dieses Systems nicht als ein Widerspruch in sich selbst erscheint. Ist also, mit anderen Worten, das Widerstandsrecht nicht untrennbar mit der Forderung nach der Verwirklichung von Werten verknüpft, die dem Rechtsstaat gerade immanent sind? Eine zweite Frage ist, ob es allenfalls ein Widerstandsrecht *im* Rechtsstaat gibt, nämlich gegen einzelne Institutionen oder Massnahmen im Rahmen einer rechtsstaatlichen Verfassung; es

[16] Als moderne Apologie des Rechtsstaates vgl. André Glucksmann, Philosophie der Abschreckung, Stuttgart 1984; nach diesem Autor «ist das Recht das gute Recht, nicht weil es das Recht des Guten ist ..., sondern weil es eine schlechte («totalitäre») Macht einschränkt» (S.308).

[17] Vgl. insbesondere Hugo Bütler, Freiheit und Gleichheit im Widerstreit, in: Liberalismus – nach wie vor, Festgabe zum 200-jährigen Bestehen der Neuen Zürcher Zeitung, Zürich 1979, S.225ff.

[18] Vgl. hierzu Andreas Auer, Problèmes fondamentaux de la démocratie suisse, ZSR 103 II (1984) S.9ff.; René A. Rhinow, Grundprobleme der schweizerischen Demokratie, ZSR 103 II (1983) S.133ff., insbes. S.151ff.; Kurt Eichenberger, Entwicklungstendenzen in der schweizerischen Demokratie, in: ders., Der Staat der Gegenwart, Basel 1980, S.143ff.

wäre dann weiter zu prüfen, an was für Voraussetzungen der Widerstandsfall zu knüpfen ist, wann er beginnt und wann er endet, wer zur Inanspruchnahme des Widerstandsrechtes befugt ist, gegen wen sich dieses zu richten hätte und schliesslich, was für Methoden und Mittel zu seiner Durchsetzung statthaft sind. Und drittens fragt sich, ob nicht zumindest zum *Schutze* der rechtsstaatlichen Verfassung ein Widerstandsrecht anzuerkennen ist, ein Recht also, gegen jene vorzugehen, die es unternehmen oder unternommen haben, die rechtsstaatliche Verfassung zu beseitigen; ein solches Widerstandsrecht wäre im Gegensatz zu den beiden vorgenannten Fällen nicht auf Schaffung einer neuen, sondern auf Erhaltung und Schutz der alten Legalität vor staatlichen Übergriffen gerichtet.

III. *Widerstandsrecht gegen die rechtsstaatliche Verfassung*

A. Der Rechtsstaat als «Negation des Widerstandsrechts» (K. Stern)

Es scheint angezeigt, die Überlegungen, ob es überhaupt ein Widerstandsrecht gegen den Rechtsstaat als solchen geben kann, mit einem historischen Rückblick zu beginnen. Dabei ist bedeutsam festzuhalten, dass sich im Laufe der Geschichte *drei typische Widerstandssituationen* herausgebildet haben[19]. Der erste Fall ist die *Tyrannis.* Zu denken wäre dabei etwa, in ihrer modernen Erscheinungsform, an Parteidiktaturen, Militärjuntas oder eine nicht gerechtfertigte Verhängung des Ausnahmezustandes durch eine an sich rechtmässige Regierung. Der zweite klassische Widerstandsfall ist der Kampf gegen eine *Fremdherrschaft;* die Besetzung europäischer Länder durch das nationalsozialistische Deutschland oder arabischer Gebiete durch Israel seien als Beispiele derart illegitimer Regime genannt. Ein dritter Hauptanwendungsfall des Widerstandsrechts wird schliesslich bei *schweren Verletzungen der Menschenrechte* angenommen. Gedacht ist hier insbesondere an die Unterdrückung ethnischer oder religiöser Minderheiten durch die Bevölkerungs-

[19] Näheres zu dieser Typik bei Martin Kriele, Rechtfertigungsmodelle des Widerstands, in: Aus Politik und Zeitgeschichte - Beilage zur Wochenzeitung «Das Parlament» vom 1. Oktober 1983, S. 12ff.; allgemein zur Idee und geschichtlichen Entwicklung Stern, a.a.O. (Anm. 5), S. 1488; vgl. aber auch Karl Doehring, Das Widerstandsrecht des Grundgesetzes und das überpositive Recht, in: Der Staat 8 (1969) S. 429ff.; Hans Huber, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 55 (1936) S. 1aff.; Peter Schneider, Recht und Macht, Mainz 1970, S. 207ff.; D. Th. Tsatsos, Zur Begründung des Widerstandsrechts, in: Der Staat 1 (1962) S. 157ff.; K. Wolzendorff, Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt, 1916; Thomas Würtenberger, Widerstandsrecht - Widerstandspflicht, in: Evangelisches Soziallexikon, 7. Aufl., Berlin 1980, S. 1439ff.

mehrheit bzw. die dominierende Bevölkerungsgruppe oder an die Verfolgung Andersgesinnter durch totalitäre Machthaber.

Wenn nun diese wohl wesentlichsten Widerstandsfälle der Geschichte kurz vor Augen geführt wurden, so geschah dies nur, um aufzuzeigen, dass es gerade die *historische Errungenschaft des modernen Rechtsstaates ist, die diesen Fällen zugrundeliegenden Unrechtssituationen beseitigt zu haben.* Die Tyrannis – welche durch die Befugnis des Herrschers zur schrankenlosen und willkürlichen Ausübung der staatlichen Macht gekennzeichnet ist – wurde ersetzt durch die *Herrschaft des Rechts* («rule of law»), gebrochen durch die *Gewaltenteilung* und beschränkt durch die *Grund- und Menschenrechte.* Auch für die Etablierung oder Erhaltung einer Fremdherrschaft, zu deren Bekämpfung das Widerstandsrecht immer wieder in Anspruch genommen wurde, lässt der demokratische, auf dem Grundsatz der *Volkssouveränität* aufgebaute Rechtsstaat keinen Raum, erst recht nicht ein *föderalistisch gegliederter Rechtsstaat* wie die Schweiz. Und schliesslich lässt die rechtsstaatliche Verfassung grundsätzlich auch keine schweren Verletzungen der Menschenrechte zu; vielmehr werden dem Einzelnen von Verfassungs wegen *Grundrechte* garantiert, die heute in zunehmendem Masse auch auf internationaler Ebene durch ein Netz von Verträgen, Grundsätzen des Völkergewohnheitsrechts und vielgestaltige Akte internationaler Organisationen abgesichert sind[20].

Die Ziele, zu deren Durchsetzung das Widerstandsrecht traditionellerweise in Anspruch genommen wurde, scheinen im neuzeitlichen Verfassungstyp des Rechtsstaates also geradezu ihre *Verkörperung und Verwirklichung* gefunden zu haben. Ja, das Widerstandsrecht in seiner dynamischen, also auf Veränderung und nicht auf Erhaltung des Status quo gerichteten Ausprägung, scheint *ins Recht gestellt, in den Rechtsstaat aufgenommen, legalisiert* worden zu sein. So wird dem Bürger etwa in Form von Freiheitsrechten von Verfassungs wegen das Recht garantiert, sich gegen die Staatsmacht zur Wehr zu setzen. Durch die Institutionen des Rechtsschutzes, wie sie zusehends in die rechtsstaatlichen Verfassungen aufgenommen wurden und schliesslich in einer ausgebauten Verfassungsgerichtsbarkeit kulminierten, wird der Einzelne in die Lage versetzt, diese Rechte in einem geordneten und unparteiischen Verfahren durchzusetzen. Und die den Bürgern zustehenden demokratischen Rechte gestatten es ihnen in grösserem oder geringerem Masse, den Staat nach ihrem Willen zu gestalten, umzuformen und als Gemeinwesen zu begreifen, statt

[20] Näheres zu den für den heutigen Stand der internationalen Beziehungen typischen, zwischen Recht und Politik gelegenen Gestaltungsakten bei Michael Bothe, Legal and Non-Legal Norms – A Meaningful Distinction in International Law? Netherlands Yearbook of International Law 11 (1980) S. 65ff.; Daniel Thürer, «Soft Law» – eine neue Form von Völkerrecht? Neue Zürcher Zeitung, Nr. 168 vom 21./22. Juli 1984, S. 31.

eine als fremd empfundene staatliche Herrschaft durch aktiven oder passiven Widerstand zu bekämpfen.

Der Rechtsstaat als Ganzes scheint also – wie eingangs als Grundthese angenommen – geradezu die «Negation des Widerstandsrechts» darzustellen. Die Ziele und Werte, die unter Berufung auf das Widerstandsrecht typischerweise angestrebt wurden, und die Mittel zu ihrer Verwirklichung scheinen im Rechtsstaat verfassungsmässige Gestalt gefunden zu haben.

B. Die grundsätzliche Kritik

Die These vom Rechtsstaat als der Negation des Widerstandsrechts ist freilich nicht unangefochten. Vielmehr traten in jüngster Zeit wieder verschiedene Gedankenströmungen auf, welche die Institution des modernen westlichen Rechtsstaates als illegitim bezeichnen und ein Widerstandsrecht zu dessen Überwindung, also einen Frontalangriff auf die rechtsstaatliche Ordnung als solche propagieren. Hauptexponenten einer radikalen Gegenthese zum Rechtsstaat sind die Anarchisten einerseits und Marxisten bzw. Neomarxisten andererseits.

Die *Anarchisten*[21] zielen auf das formale Strukturelement des Rechtsstaates, also seine Ordnungsfunktion, ab. Sie weisen jegliche rechtlich verbindliche Anordnung als unmoralisch zurück; sollten sie für das Zusammenleben der Menschen überhaupt ein Bedürfnis nach Regeln, Ordnung und Institutionen bejahen, so lässt die von den Anarchisten absolut verstandene Autonomie des Einzelnen nur eine spontane, freiwillige Einordnung zu. Solche Idealbilder einer freien menschlichen Gesellschaft ausserhalb des Rechts beschränken sich freilich oft auf den Bereich der Spekulationen, Ideen, Utopien, Entwürfe und des Glaubens; sie werden, wie etwa Ovids «Goldenes Zeitalter»[22] oder das biblische Paradies, in einer erhabenen, entrückten irrealen Welt angesiedelt und sind dann für unsere Problematik nicht unmittelbar von Belang. Die Geschichte kennt aber auch Fälle, in denen anarchistische Bewegungen unter (ausdrücklicher oder implizierter) Berufung auf das Widerstandsrecht den Kampf mit dem Rechtsstaat aufnahmen, um so die sie faszinierende Idee in soziale Realität umzusetzen. Bakunin sei etwa als historisches, die deutschen

[21] Zu den folgenden Ausführungen vgl. van den Haag, a.a.O. (Anm. 13), S. 15ff.; vgl. auch Robert Nozick, Anarchy, State and Utopia, Oxford 1974.

[22] Vgl. die «Metamorphosen», Erstes Buch, Vers 89ff., wo auf eindrückliche Weise als Zustand der Harmonie der Menschen unter sich und mit der (noch nicht als Sache verstandenen) Natur das «Goldene Zeitalter» beschrieben wird: «quae vindice nullo sponte sua, sine lege, fidem rectumque colebat».

und italienischen Terroristenbewegungen oder die Schweizer Jugendunruhen seien als zeitgenössische Beispiele genannt.

Im Gegensatz zum Anarchismus setzt der *Marxismus*[23] seine Kritik beim materiellen Gehalt des Rechtsstaates an. Dieser wird aber nicht als Realität, sondern als blosser Schein bezeichnet. Die Marxisten nämlich betrachten die Rechtsstaatsidee, ja das Recht schlechthin als Ideologie, die den Zweck habe, die faktischen Herrschaftsverhältnisse zu verschleiern und zu erhalten. Sie seien ein Instrument in den Händen der herrschenden, privilegierten Klasse und dienten dazu, bei den Unterdrückten das falsche Bewusstsein zu wecken, sie schützten als eine objektive Ordnung die Interessen der Allgemeinheit (und nicht diejenigen der Privilegierten)[24]. Indem der Rechtsstaat auf diese Weise zur Stabilisierung ungerechter Gesellschaftsordnung beitrage, erscheine er als illegitim und sei auf dem Wege der Revolution zu beseitigen. Von ähnlichen Prämissen ausgehend bezeichnen auch neomarxistische Strömungen[25] den Rechtsstaat als eine blosse Fassade; in Wirklichkeit werde die Gesellschaft durch eine (schwer fassbare) Machtelite – das Establishment – gesteuert und ausgebeutet, deren wahre Intentionen, Struktur und Funktionsmechanismen durch gezielte Provokationen zu enthüllen und dann zu bekämpfen seien.

Sowohl der Anarchismus wie auch der Marxismus als die beiden hauptsächlichen – und im Grunde genommen eng miteinander verwandten[26] – radikalen Angriffe auf die Institution des Rechtsstaates erweisen sich aber als *unbegründet* und für unsere Rechtskultur in *hohem Masse* gefährlich. Der Anar-

[23] Vgl. zum folgenden etwa Vladimir I. Lenin, Das Recht als Instrument der Klassenherrschaft, in: Norbert Hoerster, Recht und Moral – Texte zur Rechtsphilosophie, München 1977, S. 72ff.; Hans Kelsen, The Communist Theory of Law, London 1955; Hans Barth, Wahrheit und Ideologie, Zürich/Stuttgart 1961, insbes. S. 61ff., 151ff., 167ff.

[24] Vgl. Heinz Kimmerle, Philosophie der Geisteswissenschaften als Kritik ihrer Methode, Den Haag 1978, S. 148ff.

[25] Vgl. hierzu etwa Thomas Blanke, Das Dilemma der verfassungspolitischen Diskussion der Linken in der Bundesrepublik, in: Herbert Rottleuthner (Hg.), Probleme der marxistischen Rechtstheorie, Frankfurt am Main 1975, S. 419ff. Vgl. aber auch etwa Herbert Marcuse, Der eindimensionale Mensch: Studien zur Ideologie der fortgeschrittenen Industriegesellschaft, 19. Aufl., Darmstadt 1984, insbes. S. 21ff.

[26] Hinsichtlich des zu erreichenden Endzieles – der Abschaffung des Staates – stimmen Marxisten und Anarchisten durchaus überein; vgl. Lenin, a.a.O. (Anm. 23), S. 77: «Solange es einen Staat gibt, gibt es keine Freiheit. Wenn es Freiheit geben wird, wird es keinen Staat geben.» Divergenzen liegen darin, dass die einen den Staat als «das Produkt und die Äusserung der Unversöhnlichkeit der Klassengegensätze» ablehnen (Lenin, a.a.O., S. 73), die andern jegliche rechtliche Verbindlichkeit von vorneherein als illegitim zurückweisen. Wichtige Unterschiede zeigen sich auch hinsichtlich der Methoden zur Zielerreichung: Während verschiedene anarchistische Strömungen den individuellen Terror propagieren und praktizieren, wird dieser vom klassischen Marxismus-Leninismus als kontraproduktiv abgelehnt; vgl. hierzu Paul Wilkinson, Terrorism and the Liberal State, London/Basingstoke 1977, S. 96ff.

chismus beruht auf der Illusion, Sicherheit und Freiheit der Menschen liessen sich ohne einen rechtlichen Rahmen verwirklichen, während doch die Erfahrung lehrt, dass der rechtslose Zustand nicht zu einer Freiheit ausserhalb des Rechts, sondern zum Recht – d.h. der Willkür – des Stärkeren führt und dann wohl zwangsläufig in Gewaltherrschaft und Diktatur umschlägt; er verkennt die Bedeutung der Ordnungsfunktion des Rechts, die ja nicht Selbstzweck, sondern in einer umfassenden menschlichen Gemeinschaft allein in der Lage ist, Frieden und auf die Dauer auch die grösstmögliche Freiheit aller sicherzustellen[27]. Demgegenüber geht der Marxismus von der unrichtigen These aus, dem Recht als solchem komme keine Eigenständigkeit zu; da nun jedes Recht als parteilich und auch der Rechtsstaat als blosses Machtinstrument der herrschenden (bürgerlichen) Klasse hingestellt wird, erscheint die (totalitäre) Gegenmacht als gerechtfertigt.

Abschliessend sei somit festgehalten, dass gerade der Anarchismus und der Marxismus aufs schönste geeignet sind, als Kontrastbilder zum liberalen Rechtsstaat den *Wert einer offenen, nicht mit einer bestimmten Ideologie identifizierten, sondern vielmehr auf dem Prinzip des freien Wettbewerbs der Ideen beruhenden rechtlichen Ordnung* zu demonstrieren[28]. Die These also, wonach ein Widerstandsrecht gegen den Rechtsstaat als solchen gegenstandslos erscheint, ist in vollem Umfang aufrecht zu erhalten; dies selbstverständlich unter der Voraussetzung, dass es sich – wie dies wohl für die meisten Staaten der westlichen Welt zutrifft – um eine funktionsfähige rechtliche Ordnung und nicht um eine blosse Proklamation handelt, die effektiv nur eine entgegengesetzte Wirklichkeit, also den tatsächlichen Unrechtsstaat verhüllt[29].

IV. *Widerstandsrecht im Rechtsstaat*

A. Problem

Aktueller als die Frage nach einem Widerstandsrecht *gegen* den Rechtsstaat ist zur Zeit die zweite hier aufzuwerfende Frage, ob nämlich ein Widerstandsrecht *im* Rechtsstaat denkbar ist. Kann also auch der Rechtsstaat – wiewohl er

[27] van den Haag, a.a.O. (Anm.13), S.18; Rich, a.a.O. (Anm.2), S.13.

[28] Zu Bedeutung und Werk der pluralistischen Konzeption des westlichen Rechtsstaates vgl. Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2.Aufl., München 1977, S.141ff.; Jeanne Hersch, Die Ideologien und die Wirklichkeit, Neudruck Zürich 1977, S.140ff.; Hans Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, Göttingen 1962, S.243.

[29] So die Realanalyse von Hans Saner, Widerstand in der Demokratie, oben S.101ff., ders., Die Kampfmittel des Bürgers in der Demokratie – Zum Spätwerk des politischen Schriftstellers Karl Jaspers, in: F.Böversen (Hg.), Philosophie der Politik – Ein Symposium zum 100. Geburtstag von Karl Jaspers, Wuppertal 1984, S.61ff.

als Ganzes als legitim erscheint, also mit der Sittlichkeitsordnung übereinstimmt – dennoch auf legale Weise Anordnungen treffen, die sich als in so grober Weise illegitim erweisen, dass deren aktive Bekämpfung oder zumindest eine Gehorsamsverweigerung moralisch (wenn auch nicht positivrechtlich) gerechtfertigt oder gar geboten ist?

Gewiss muss *Ausgangspunkt* der Analyse sein, dass unter der Geltung einer rechtsstaatlichen, die politische Wirklichkeit auch tatsächlich gestaltenden und bestimmenden Verfassung der Raum für echte Widerstandssituationen von vorneherein äusserst beschränkt ist. Im Rahmen eines Regimes, das sich nach den oben aufgestellten Massstäben in seiner Gesamtheit als theoretisch und praktisch legitim erweist, ist von der *Vermutung auszugehen, dass was legal ist, auch unter dem Gesichtswinkel einer höheren Wertordnung richtig oder zumindest vertretbar erscheint.* Zu Recht besteht daher unter den meisten Betrachtern Übereinstimmung, dass im Rechtsstaat die (moralische) Pflicht zum Gesetzesgehorsam die Normalität ist, eine (moralische) Berechtigung oder Verpflichtung zur Illoyalität aber höchstens in extremen Ausnahmefällen angenommen werden darf[30].

Trotz dieser Grundannahme hat nun aber die Widerstandsproblematik auch im Rahmen des Rechtsstaates ihre *praktische Relevanz* nicht vollkommen verloren. Denn auch eine rechtsstaatliche Ordnung steht eben – immer unter den unzulänglichen Bedingungen der politischen Realität entstanden und gehandhabt – mit der höheren Moralordnung kaum in jedem Punkt und zu jeder Zeit in voller Harmonie. Sie ist, gemessen an diesen Idealen, zumindest nach Überzeugung einer Anzahl Bürger nie perfekt, sondern bestenfalls «fast gerecht»[31], nie eine Verkörperung der Legitimität, sondern eine Annäherung dazu. Über den Bereich echter Relevanz hinaus ist nun aber das Widerstandsrecht in jüngster Zeit auch zu einem *aktuellen Thema* der öffentlichen Auseinandersetzung geworden.

Zur Veranschaulichung der These der fortdauernden, echten Relevanz eines Widerstandsrechts im Rechtsstaat und der ihm in weit grösserem Umfang beigemessenen Aktualität sei versucht, aus *schweizerischer Sicht* einige echte und scheinbare, berechtigte und missbräuchliche Widerstandssituationen aufzuzeigen.

Es ist nicht einfach, in der Geschichte des schweizerischen Bundesstaates – im Gegensatz zu seiner Vorgeschichte[32] – klare Widerstandssituationen auf-

30 Vgl. etwa die in Anm. 1, 2, 3 und 5 angeführten Autoren und Textstellen.

31 Rawls, a.a.O. (Anm. 1), S. 368, 382.

32 Vgl. etwa die Erhebungen der Appenzeller und der St. Galler Stadtbürger gegen den St. Galler Abt im 14./15. Jahrhundert wegen drückender Steuerlast, dargestellt bei Georg Thürer, St. Galler Geschichte, Band 1, St. Gallen 1953, S. 234ff.; vgl. beispielsweise auch die Schilderung der Auflehnung im Prättigau von 1622 gegen die österreichische Fremdherrschaft bei Friedrich Pieth, Bündnergeschichte, Chur 1945, S. 208.

zuzeigen; der Generalstreik von 1918 wäre möglicherweise eine Ausnahme von der Regel. Dennoch lassen sich auch unter den Bedingungen der schweizerischen Politik einzelne Grenz- und Übergangsfälle auffinden oder für die Zukunft ausmalen. So wird etwa die *Jurafrage* in ihrer ursprünglichen Gestalt (Forderung der Kantonsgründung) wie auch in ihrer heute noch fortbestehenden Problematik (Anschlussbestrebungen von Bevölkerungskreisen des beim Kanton Bern verbliebenen Südjura an den Kanton Jura) von einem Teil ihrer Promotoren als ein Anwendungsfall des Widerstandsrecht betrachtet[33]. Wie wäre – so kann man sich auch etwa fragen – der Fall zu beurteilen, da aufgrund rechtlich zulässiger (wenn auch staatspolitisch nicht haltbarer) Massnahmen des Bundes Atomkraftwerke und andere *gefährliche Anlagen der Grosstechnologie* in einer einzigen Region des Landes in einer solchen Dichte konzentriert würden, dass der betroffenen Bevölkerung das Opfer, das sie zugunsten der profitierenden Allgemeinheit erbringen soll, nicht mehr zugemutet werden könnte[34]? Stellen wir uns ferner etwa vor, dass in den beiden Halbkantonen Appenzell die Einführung des *Frauenstimmrechts* noch über Jahrzehnte hinweg verzögert wird[35]. Könnte sich sodann nicht etwa ein *Wehrpflichtiger* auf das Widerstandsrecht berufen, der sich weigert, sich an einem (völkerrechts- und insbesondere neutralitätsrechtswidrigen) Aggressionskrieg zu beteiligen oder auf Befehl seines Vorgesetzten hin den Feind mit unmenschlichen Massnahmen zu bekämpfen, oder der ganz allgemein jede Militärdienstleistung nicht mit seinem Gewissen vereinbaren kann? Oder ein *Ausländer,* der trotz Abweisung seines Asylgesuchs nicht bereit ist, in sein Heimatland zurückzukehren, da er um sein Leben fürchtet[36]? Schliesslich wird das Widerstandsrecht in neuester Zeit auch immer wieder zur Rechtfertigung von *Häuserbesetzungen, «Steuer»- oder «Abgaberevolten»* oder etwa zur Bekämpfung des *Gurtenobligatoriums* für Automobilisten in Anspruch genommen.

Dies sind nur einige wenige, das Thema keineswegs erschöpfende Beispiele, die belegen mögen, dass die Widerstandsproblematik auch auf dem Boden

[33] Vgl. hierzu etwa Daniel Thürer, Das Selbstbestimmungsrecht der Völker – Mit einem Exkurs zur Jurafrage, Bern 1976, S.207ff.

[34] Vgl. Hans Saner, Widerstand in der Demokratie, oben S.104f. Dieser Fall (wie übrigens auch die Jurafrage) ist nur stellvertretend für die weit umfassendere Frage eines regionalen, also letztlich föderalistisch begründeten Widerstandsrechts genannt; zur regionalen Frage als einem zentralen Problem des schweizerischen Bundesstaatsrechts vgl. etwa Peter Saladin, Bund und Kantone, ZSR 103 (1984) S.547f., 571ff.

[35] Vgl. zur Gleichheit der politischen Rechte als einer Grundfrage der Gerechtigkeit Walter Ott, Grundzüge der Gerechtigkeitstheorie von John Rawls, in: Festschrift für Hans Nef, Zürich 1981, S.252f.

[36] Ganz allgemein gehört das schweizerische Ausländerrecht – unter den Erfordernissen des modernen Rechtsstaates betrachtet – wohl zu den fragwürdigsten und daher im vorliegenden Zusammenhang im Vordergrund stehenden Rechtsgebieten.

eines Rechtsstaates wie der Schweiz noch durchaus zu gedeihen vermag. Es soll nun im folgenden versucht werden, das Kraut vom Unkraut zu scheiden, also der Frage nachzugehen, unter welchen Voraussetzungen überhaupt eine echte Widerstandssituation gegeben ist und nach welchen Kriterien sie sich eingrenzen lässt.

B. Versuch einer Festlegung

Ist also das Widerstandsrecht nicht nur im Unrechtsstaat ein Thema, sondern besteht grundsätzlich auch im Rahmen des Rechtsstaates Raum für ein «partielles», also nicht die Ordnung als Ganze in Frage stellendes und die Loyalitätspflicht gegenüber dem positiven Recht insgesamt aufkündigendes Widerstandsrecht, so fragt sich, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Widerstandsfall anzunehmen und mit welchen Kriterien er zu begrenzen ist. Die Frage des «Ob» lässt sich mit Rückgriff auf die Definition des Widerstandsrecht und einige allgemeine Verfahrensprinzipien lösen (Abschnitt 1), und zur Beantwortung der Frage des «Wie» wird es hilfreich sein, sich im Bereiche des Staatsrechts nach schrankensetzenden Prinzipien umzusehen und diese auf den vorliegenden ausserrechtlichen Tatbestand zu übertragen (Abschnitt 2).

1. Der echte und der scheinbare Widerstandsfall

a. *Tatbestandsmässige Voraussetzungen*

Bereits aus dem Begriff des Widerstandsrechts, wie er eingangs entwickelt worden ist, ergeben sich vier für den echten Widerstandsfall unabdingbare Voraussetzungen. Danach ist erforderlich, dass grundlegende ausserrechtliche Werte schwerwiegend und offenkundig verletzt worden sind (Abschnitt aa); dass die Verletzung auf Anordnung oder zumindest in Übereinstimmung mit dem positiven Recht erfolgt ist (Abschnitt bb); dass der Konflikt das Verhältnis Bürger–Staat betrifft (Abschnitt cc); dass schliesslich die durch die genannten Voraussetzungen zu rechtfertigende Verhaltensweise die Legalität verletzt (Abschnitt dd). Alle diese vier Elemente müssen gegeben sein; fehlt es an mindestens einem von ihnen, so ist es von vorneherein unzutreffend, überhaupt von einem Widerstandsfall zu sprechen.

aa. *Schwere und offensichtliche Verletzung überrechtlicher Werte*

Die Inanspruchnahme des Widerstandsrechts setzt also zunächst definitionsgemäss voraus, dass *überpositive Werte* angerufen werden. Gewiss ist es nicht einfach, wenn nicht sogar letztlich unmöglich, diese Werte abstrakt zu

umschreiben. Jedenfalls lassen sie sich nicht in eine geschlossene, das Recht gleichsam überlagernde und mit diesem konkurrierende Prinzipien- und Normenordnung einfangen. Auch stehen sie wohl in der Regel nicht ein für allemal – also absolut – fest, sondern sind dem Wandel der jeweiligen historischen, örtlichen und kulturellen Bedingungen unterworfen[37]. Anzunehmen ist lediglich, dass es sich um *grundlegende, elementare Werte* handelt; denn sonst erschiene es nicht gerechtfertigt, um ihretwillen die Autorität des an sich legitimen rechtsstaatlichen Rechts aufs Spiel zu setzen. Vorausgesetzt wird auch, dass die Verletzung der genannten Werte *schwerwiegender Natur* ist.

Die Frage ist dabei nur, auf welche Weise Bestand und Inhalt der mit dem Widerstandsrecht geltend zu machenden Werte sowie der erforderliche Schweregrad der Verletzung erkannt werden können. Einen Richter, welcher die fraglichen Werte objektiv zu bestimmen und inhaltlich auszugestalten sowie über deren Verletzung in der konkreten Situation zu befinden vermöchte, gibt es nicht. Es bleibt als einzige Instanz das *Gewissen,* das dem Einzelnen in einem für ihn unerträglichen Konflikt gebietet, seiner inneren Stimme und nicht dem Rechtsgebot zu gehorchen. Dabei scheint es allerdings erforderlich, dass auch der Gewissensentscheid sich nicht in rein subjektiven Gefühlen und Intuitionen erschöpft, sondern auf allgemeine, auch für Dritte erkennbare Prinzipien zurückgeführt werden kann.

Nach dem Gesagten lässt sich nun also nicht in allgemeingültiger Weise festlegen, ob in einer bestimmten Situation eine schwere und offenkundige Verletzung fundamentaler überrechtlicher Werte vorliegt, wie diese für die Annahme eines echten Widerstandsfalls vorausgesetzt wird. Anhand der aufgezeigten Kriterien und Verfahren lassen sich aber wohl doch *Evidenzfälle* erkennen. Auch scheint es möglich, Situationen auszumachen, in denen eine Berufung auf das Widerstandsrecht als *klarerweise missbräuchlich* erscheint. So ist etwa in den gemeinhin genannten Beispielsfällen des Gurtenobligatoriums, der Revolte gegen (nach gleichen Massstäben und in erträglichem Ausmass von allen erhobenen) Steuern und Abgaben und in der Regel auch bei Häuserbesetzungen[38] nicht einzusehen, was für fundamentale Werte in

[37] So hat etwa die Verfassungsrechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts – teils im Gefolge der allgemeinen Rechtsanschauungen und teils aus eigenem Antrieb – die Rechte der Frau Schritt für Schritt denjenigen des Mannes angenähert. Was als jeweilige Ungleichbehandlung als verfassungsmässig hingenommen wurde, hing vom Stand der gesellschaftlichen und kulturellen Entwicklung ab. Es scheint jedoch, wie etwa im vorliegenden Fall, Standards zu geben, die – einmal erreicht – der Staat nicht mehr abbauen darf, ohne in schwerem Grade gegen das Gerechtigkeitsgebot zu verstossen.

[38] Vgl. hierzu Wilhelm A. Kewenig, Widerstand zwischen Theorie und Praxis, in: Widerstand in der Demokratie, Hamburg 1983, S. 54ff.

schwerer Weise verletzt sein sollen. Es geht hier um Opportunitäts- und Zweckmässigkeitsfragen, nicht um grundlegende, kategorale Gerechtigkeitsfragen; mangels des erforderlichen Unrechtsgehaltes ist ein echter Widerstandsfall daher vom Ansatz her auszuschliessen. Es scheint bedeutsam, bereits an dieser Stelle auf derartige Missverständnisse hinzuweisen, um missbräuchlichen Anrufungen des Widerstandsrechts entgegenzuwirken.

bb. *Verletzung durch das positive Recht*

Das Widerstandsrecht umfasst als weiteres Tatbestandselement das Erfordernis, dass die schwere Verletzung der eben genannten Gerechtigkeitswerte *durch das positive Recht geboten oder zugelassen* ist. Es bezieht sich seinem Wesen gemäss auf legales Unrecht, beruht also auf einem Konflikt zwischen Legalität und Legitimität. Es erscheint nun angezeigt, aus staatsrechtlicher Sicht zu klären, wie das geltende Recht beschaffen sein muss, das seinerseits an einer höheren Legitimitätsordnung zu messen ist. Fragen des objektiven Rechts wie auch der Durchsetzbarkeit dieses Rechts sind dabei auseinanderzuhalten.

Das objektive Recht. – Zunächst ist der Hinweis bedeutsam, dass die rechtsstaatliche Normenordnung *hierarchisch* aufgebaut ist. In ihr gilt nicht einfach der Satz «Gesetz ist Gesetz». Vielmehr hat jede Norm mit dem Recht der übergeordneten Normenstufe übereinzustimmen. Letztlich muss sich das gesamte staatliche Recht auf die *Verfassung als die Grundordnung des Staates* zurückführen lassen und dieser entsprechen. Um eine durchgängige Verwirklichung der Normenhierarchie bei der Setzung neuen Rechts wie auch bei der Anwendung bestehender Erlasse sicherzustellen, sind Normen so zu interpretieren und zu handhaben, dass sie mit dem übergeordneten Recht übereinstimmen. Dabei spielt das Prinzip der *verfassungskonformen Auslegung* eine besonders bedeutsame Rolle. Es soll – mit besonderen Entfaltungschancen natürlich im Bereich der häufig anzutreffenden Ermessensklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe – den Vorrang der Verfassung zur Geltung bringen und verlangt dann etwa, dass selbst gesetzliche Schranken der Grundrechte im Lichte der in den Grundrechten enthaltenen Werte zu verstehen sind.

Aus dieser Konstruktionsweise der rechtsstaatlichen Ordnung ergibt sich nun, dass bei der Bestimmung der Legalität, die im Zusammenhang mit dem Widerstandsrecht auf Übereinstimmung mit einer höheren Legitimität zu prüfen ist, dem Verfassungsrecht eine zentrale Bedeutung zukommt. Nur jenes Recht kann nämlich als illegitim verworfen werden, das entweder selbst *Verfassungsrang* besitzt, *von der Verfassung* zugelassen wird oder – wie nachfolgend noch näher auszuführen sein wird – *nicht auf Übereinstimmung mit der Verfassung überprüft werden kann.* Da aber im Rechtsstaat die Verfassung als die Grundordnung des Staates in der Regel auch die allgemeinen und

dauerhaften *Prinzipien der Sittlichkeit* in sich schliesst[39], lässt sich durch Rekurs auf die Verfassung die Widerstandsproblematik bereits im Innenbereich des Rechtsstaates weitgehend auffangen und erheblich entschärfen. Es scheint bedeutsam, diese – vom Nichtjuristen oft übersehene – «Tiefendimension» des Verfassungsstaates mit aller Deutlichkeit hervorzuheben[40].

Eine weitere Relativierung des Widerstandsrechts ergibt sich, wenn man die Rechtslage im internationalen Bereich mit in die Betrachtung einbezieht. Es zeigt sich dann, dass durch die Entwicklung des *modernen Völkerrechts* der Raum für zwar nicht rechtswidrige, aber doch in grober Weise illegitime staatliche Handlungsweisen ganz erheblich eingeschränkt worden ist. Das Völkerrecht weist heute nämlich nicht nur Ansätze einer (materiellen) Verfassung der Staatengemeinschaft auf, sondern wirkt auf vielfältige Weisen in den innerstaatlichen Hoheitsbereich hinein. Man denke dabei etwa an die zahlreichen Instrumente des internationalen Menschenrechtsschutzes, die insbesondere die Rechtsstellung der Ausländer erheblich verbessern, oder an das humanitäre Völkerrecht, das zum Ziele hat, selbst in bewaffneten Konflikten zum Schutze der Kriegsopfer der staatlichen Willkür und der Staatsraison Schranken aufzuerlegen. Die Möglichkeit also, dass ein Rechtsstaat ohne Verletzung des positiven Rechts in grober Weise illegitim handelt, ist angesichts der dem Völkerrecht zu verdankenden Verstärkungen rechtsstaatlicher Prinzipien erheblich verringert worden. Die Bedeutung dieser Entwicklung darf deshalb nicht unterschätzt werden, weil die fraglichen Regelungen vor allem Bereiche erfassen, in denen infolge ihres internationalen Bezugs das innerstaatliche Recht traditionellerweise besonders lückenhaft ausgestaltet ist[41].

Durchsetzungsprobleme. – Würde man sich bei der Abklärung, ob ein Widerstandsfall vorliegt, auf einen blossen Vergleich des objektiven Rechts – also vor allem des Staats- und Völkerrechts im vorerwähnten Sinne – mit der höheren Legitimitätsordnung beschränken, so liesse sich das Widerstandsrecht im Rechtsstaat weitgehend ausschliessen. Die eigentliche Crux liegt aber nicht beim materiellen Recht, das in aller Regel den Minimalanforderungen der Gerechtigkeit entspricht und für die meisten Regelungsprobleme ausge-

[39] Vgl. hierzu Werner Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945/Neudruck 1971, S.39ff., S.59ff.

[40] Vgl. als vertiefende Darstellung Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, Cambridge/Mass. 1978, S.206ff.

[41] Die in Abschnitt IV/A genannten Beispielsfälle des Aggressionskrieges und – unter gewissen Voraussetzungen – auch der unmenschlichen Behandlung von Ausländern erweisen sich bei näherem Hinsehen bereits als völkerrechtswidrig und im vorliegenden Zusammenhang für die Widerstandsproblematik nicht von Belang.

wogene und oft komplexe Lösungen enthält[42], sondern im Bereiche der Durchsetzung des objektiven Rechts.

Gewiss kennen die meisten Rechtsstaaten eine mehr oder minder umfassend ausgebaute *Verfassungsgerichtsbarkeit*. So erlaubt es etwa in der Schweiz die staatsrechtliche Beschwerde dem Bürger, kantonale Hoheitsakte beim Bundesgericht wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte anzufechten; darüber hinaus besitzt er sogar die Möglichkeit, vor eigens eingerichteten internationalen Kontrollorganen zu rügen, dass durch einen letztinstanzlichen nationalen Entscheid die Europäische Menschenrechtskonvention verletzt worden ist. Doch sind die Rechtsschutzmechanismen, ja die Verfassungsgerichtsbarkeit insgesamt in der Schweiz nur lückenhaft ausgeformt[43].

Ganz abgesehen von diesen institutionellen Mängeln aber fragt es sich auch, ob denn selbst der höchste Richter immer richtig (oder überhaupt immer besser als die untere Instanz) entscheidet. Beruht nicht die Ausgestaltung der Rechtspflege in ihrer Gesamtheit auf der Annahme, dass sich Organe der Rechtsprechung – darunter auch die letztinstanzlich entscheidenden – irren können? Ist es darüber hinaus nicht gerade die Eigenart der Verfassungsrechtsprechung, grundlegende Wertentscheidungen zu treffen, die naturgemäss subjektiven Anschauungen offenstehen und auch dem Wandel allgemeiner Wertauffassungen unterliegen[44]? Ja wir stehen paradoxerweise vor der Tatsache, dass der Bürger oft gerade zunächst ein Gesetz verletzen oder die höchstrichterliche Rechtsprechung missachten muss, um (mit dem Risiko des Misserfolges) überhaupt die Verfassungsgerichtsbarkeit in Gang zu bringen, dass er sich zunächst also über Norm oder eine Praxis hinwegsetzen muss, um dann im Zuge der regulären Verfassungskontrolle eine Korrektur zu bewirken und so den Widerstandsfall zu vermeiden[45].

[42] Vgl. etwa den Bundesbeschluss zum Atomgesetz vom 6. Oktober 1978 (SR 732.01) und das in ihm geregelte komplexe Verfahren zur Erteilung von Rahmenbewilligungen für Atomanlagen.

[43] Zur näheren Ausgestaltung der staatsrechtlichen Beschwerde und insbesondere zu ihrer sehr lückenhaft ausgestatteten, nicht umfassenden Ausgestaltung hinsichtlich Anfechtungsobjekt, Prüfungsgegenstand, Beschwerdegrund und Legitimation vgl. etwa Andreas Auer, La jurisdiction constitutionelle en Suisse, Basel/Frankfurt am Main 1983.

[44] Vgl. etwa die unlängst ergangenen Urteile des amerikanischen «Supreme Court» und des deutschen Bundesverfassungsgerichtes, die in der Frage der Zulässigkeit der Abtreibung bei durchaus vergleichbaren verfassungsrechtlichen Ausgangspositionen zu gegensätzlichen Ergebnissen gelangten; Näheres bei Walter Haller, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: Die Öffentliche Verwaltung 33 (1980) S. 465ff., insbes. S. 467f.

[45] Berühmt ist etwa das Urteil des amerikanischen «Supreme Court» von 1943, in dem die in gewissen Staaten bestehende Pflicht der Schüler zum Gruss der nationalen Flagge als verfassungswidrig erklärt wurde; das Urteil wurde gefällt, nachdem der Beschwerdeführer durch hartnäckige Missachtung eines kurz zuvor gefällten gegenteiligen Urteils das Gericht umzustimmen vermochte; näheres bei Dworkin, a.a.O. (Anm. 40), S. 213.

Es ist also festzuhalten, dass im Rechtsstaat dort am ehesten Platz für das Widerstandsrecht verbleibt, wo die Durchsetzung des objektiven Rechts – vor allem des Verfassungs- und Völkerrechts – nicht gewährleistet ist. Dies ist umso mehr der Fall, wenn es abgesehen von den institutionellen und verfahrensmässigen Mängeln auch an der Fähigkeit und Bereitschaft der Behörden fehlt, das materielle Recht und insbesondere die Verfassung zu erfüllen und durchzusetzen.

cc. *Abwehr staatlichen Unrechts*

Zum Tatbestand des Widerstandsrechts gehört ferner, dass es sich gegen die Staatsgewalt wendet. Es ist seiner ganzen geschichtlichen Entstehung gemäss auf die Bekämpfung von Unrecht der hoheitlichen Gewalt zugeschnitten. Massnahmen gegen angeblich ungerechtfertigte Kündigungen von Miets- oder Arbeitsverhältnissen, eigenmächtige Vorkehren Privater zum Schutze des Eigentums, die Abwehr physischer Angriffe von Rechtsgenossen usw. fallen in den Bereich des Privat- bzw. des Strafrechts. Über ihre Rechtmässigkeit ist nach Massgabe der einschlägigen Gesetzesbestimmungen zu entscheiden, die oft Generalklauseln enthalten und einer verfassungskonformen Auslegung offenstehen. Das Widerstandsrecht kommt erst ins Spiel, wenn die staatlichen Behörden selber eine in den Augen des Betroffenen zutiefst unmoralische Position eingenommen haben. Auch unter diesem Gesichtspunkt erweisen sich zahlreiche Situationen, die gemeinhin als Widerstandsfälle deklariert werden, als unechte Widerstandsfälle.

dd. *Rechtswidrigkeit der Widerstandshandlung*

Vom Widerstandsrecht kann schliesslich richtigerweise nur gesprochen werden, wenn es gilt, einen Rechtsbruch zu rechtfertigen. Steht die gegen die Obrigkeitsgewalt gerichtete Massnahme aber etwa unter dem Schutze eines Freiheitsrechts oder des strafrechtlichen Notwehr- oder Notstandsrechts, so hat sie einen legalen Charakter und kann schon rein begrifflich keine echte Widerstandshandlung darstellen.

b. *Verfahrensmässige Voraussetzungen*

Sind die vorstehenden begrifflichen Voraussetzungen erfüllt, so liegt noch nicht notwendigerweise ein echter Widerstandsfall vor. Vielmehr scheint es im Rahmen einer rechtsstaatlichen Ordnung erforderlich, hierfür zwei weitere verfahrensmässige Anforderungen aufzustellen: dass es sich bei der fraglichen Handlung um den letzten möglichen Ausweg handelt (absolute Subsidiarität) und dass der Ansprecher die Begründetheit der Inanspruchnahme des Widerstandsrechts darzutun vermag.

aa. *Absolute Subsidiarität*

Aus der grundsätzlichen Legitimität der rechtsstaatlichen Ordnung ergibt sich, dass ein Widerstandsrecht jedenfalls so lange nicht akzeptiert werden kann, als nicht alle zur Verfügung stehenden und nicht von vorneherein keinen Erfolg versprechenden Mittel zur Behebung des angeblichen Mangels ausgeschöpft worden sind. Das Widerstandsrecht hat also einen absolut subsidiären Charakter und zwar nicht nur gegenüber den durch die Rechtsordnung vorgesehenen Rechtsbehelfen, sondern auch gegenüber allen zumutbaren rechtmässigen Formen der Opposition und des Protestes. Es ist auf den extremen Fall zu beschränken, dass ein (höherwertiges) Ziel mit legalen Mitteln vernünftigerweise nicht erreicht werden kann[46].

bb. *Begründungspflicht*

Angesichts der Tatsache, dass im Rechtsstaat Legalität und Legitimität sich grundsätzlich decken, ist schliesslich weiter zu fordern, dass derjenige, der das Widerstandsrecht für sich in Anspruch nimmt, auch darlegt und begründet, dass die an das Vorliegen eines echten Widerstandsfalles gesetzten Voraussetzungen in seinem Fall erfüllt sind.

2. Mittel und Methoden des Widerstandsrechts

Nicht minder bedeutsam als die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Widerstandsfall anzunehmen ist, ist die Frage nach den Mitteln und Methoden des Widerstandsrechts. Ja die Bestimmung des Masses der Widerstandshandlung ist praktisch äusserst folgenschwer, denn mit der Bejahung des Widerstandsfalles wird erst in allgemeiner und unqualifizierter Form festgestellt, dass die Begehung eines Rechtsbruches moralisch gerechtfertigt sei; eine solche Illegalität aber kann an sich von einer blossen Übertretung über die (beschränkte) Gewaltanwendung bis zur Revolution reichen. Sucht man nun also nach Kriterien und Massstäben, die eine Eingrenzung der (an sich gerechtfertigten) Widerstandshandlung gestatten, so scheint es hilfreich, auf das im Verfassungs- und Verwaltungsrecht verankerte und vor allem im Zusammenhang mit Grundrechtsbeschränkungen ausgeformte *Verhältnismässigkeitsprinzip* zurückzugreifen. Dieses besagt, dass die ihm unterworfenen Zweck-Mittel-Relationen unter drei Gesichtspunkten zu beurteilen seien: das Mittel muss tauglich sein, den angestrebten Erfolg zu erzielen (Prinzip der Ge-

[46] So wären etwa Widerstandshandlungen gegen die Verweigerung des Frauenstimmrechts oder gegen die (verfassungsrechtlich vorgesehene) Errichtung von Atomkraftwerken von vornherein unstatthaft, bevor nicht der ernsthafte Versuch unternommen worden wäre, auf dem Wege der Verfassungsinitiative zum Ziel zu kommen.

eignetheit); es darf nicht eine gleich geeignete, jedoch mildere Massnahme auch zum anvisierten Ziel führen (Prinzip der Erforderlichkeit); und die Massnahme, die regelmässig einen Eingriff in Rechtspositionen darstellt, darf im Verhältnis zum angestrebten Ziel nicht besonders schwer wiegen (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne)[47].

Die Widerstandshandlung muss also, will man das Prinzip der Verhältnismässigkeit auf die vorliegende ausserrechtliche Situation übertragen, vorab zur Verwirklichung des im Bereiche einer höheren Legitimität liegenden Zieles *geeignet* sein. Dies scheint zunächst zu bedeuten, dass zwischen Mittel und Ziel überhaupt eine vernünftige, sachliche Beziehung besteht; ein solcher innerer Zusammenhang wäre aber etwa zu verneinen, wenn – wie geschehen – eine Häuserbesetzung mit der moralischen Ablehnung der militärischen Landesverteidigung gerechtfertigt wird. Eine Massnahme erscheint weiter nur dann als geeignet, wenn sie an sich tauglich ist, den erstrebten Erfolg herbeizuführen; von vornherein aussichtslose, uneffektive und erst recht auch kontraproduktive Aktionen vermögen einen Rechtsbruch nicht zu rechtfertigen; dies wird immer für den politischen Terror zutreffen, denn dieser erzeugt nur Gegengewalt und führt in aller Regel zu einem Abbau oder einem Zerfall der rechtsstaatlichen Ordnung[48]. Und schliesslich ist unter dem Gesichtspunkt der Geeignetheit geboten, dass die Widerstandshandlung mit dem Sinn und Geist der angerufenen überpositiven Prinzipien vereinbar ist; brutale Mittel zur Erreichung eines noch so erhabenen Ziels aber sind ein Selbstwiderspruch und daher regelmässig ungeeignet.

Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt ferner, dass eine (an sich geeignete) Massnahme zur Zielerreichung *erforderlich* ist. Sie darf also in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht weiter gehen als notwendig. Für die Widerstandsproblematik bedeutet dies insbesondere, dass Gewaltanwendung von vornherein ausgeschlossen ist, wenn und solange noch eine echte Chance besteht, dass auch friedliche Mittel zum Ziele führen. Auch verletzt jede Massnahme den Grundsatz der Erforderlichkeit, die zu vermeidbaren schädigenden Nebenwirkungen führt und insbesondere Rechtsgüter unbeteiligter Dritter unnötigerweise aufs Spiel setzt.

Schliesslich ist unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit zu prüfen, ob die durch das Widerstandsrecht zu rechtfertigende Verhaltensweise in

[47] Zum Verhältnismässigkeitsprinzip bei Jörg Paul Müller, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982, S.132ff.; zur Anwendung auf das Widerstandsrecht vgl. Peter Schneider, a.a.O. (Anm.19), S.232ff.

[48] Vgl. hierzu etwa Walter Laqueur, Terrorismus, Kronberg/Ts 1977, S.78ff.; Sepp Binder, Terrorismus – Herausforderung und Antwort, Bonn 1978, S.15ff.; Rüdiger von Voss, Terrorismus und streitbare Demokratie, in: ders., Von der Legitimation der Gewalt – Widerstand und Terrorismus, Bonn 1978, S.117ff.

einem angemessenen Verhältnis zur geltend gemachten Illegitimität des angegriffenen staatlichen Aktes steht, ob also die Rechtsverletzung gemessen an der Bedeutung des angestrebten Zieles nicht übermässig schwer wiegt *(Verhältnismässigkeit im engern Sinn)*. Dabei scheint es geboten, in der hier vorzunehmenden Güterabwägung nicht nur die unmittelbare Beeinträchtigung der Rechtsordnung zu berücksichtigen, sondern stets auch den indirekten, langfristigen und abstrakten Schaden mit ins Kalkül einzubeziehen, den die Autorität, Vertrauenswürdigkeit und Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung als Ganze durch die Gehorsamsverweigerung erleiden.

C. Das verbleibende Dilemma

Es bleibt festzuhalten, dass sich selbst im Rahmen einer rechtsstaatlichen Ordnung der dem Widerstandsrecht immanente Konflikt zwischen Legalität und Legitimität nicht völlig aufheben, sondern bloss auf extreme Ausnahmesituationen reduzieren lässt. In solch auswegslosen Fällen bleibt dem Staat dann noch die Möglichkeit einer Korrektur durch Begnadigung, Amnestie oder eine besondere Geste der Anerkennung[49]; dem Betroffenen verbleibt die Hoffnung, dass das Unrecht im Zuge einer Revision des positiven Rechts wieder gutgemacht oder im Rahmen einer anderen Rechtsordnung, der er sich etwa durch Flucht unterwirft, nicht geahndet wird. In allen anderen Fällen aber wird er sich damit abzufinden haben, dass er wegen der begangenen Rechtsverletzung von den Behörden zur Rechenschaft gezogen wird. Die Tatsache, dass er die Sanktion des geltenden Rechts akzeptiert, ohne seinem Gewissen untreu zu werden, verleiht dem Widerstandstäter aber gerade seine besondere Würde[50].

V. *Widerstandsrecht zum Schutze des Rechtsstaates*

Im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsstaat und Widerstandsrecht stellt sich als dritte der hier aufgegriffenen Fragestellungen das Problem, ob es auch ein Widerstandsrecht gegen die Aufhebung, Beseitigung oder Abschaffung des Rechtsstaates gebe. Es geht hier um eine Widerstandskonzeption, die in bekannten Ereignissen der Geschichte zum Ausdruck kommt; zu denken ist

[49] Vgl. in diesem Zusammenhang den an sich originellen Vorschlag, dem «Sprayer von Zürich» zum Ausgleich für die unumgängliche Strafe eine öffentliche Anerkennung (zum Beispiel in Form eines Kulturpreises) zuzusprechen.

[50] Vgl. Schneider, a.a.O. (Anm. 19), S. 226.

etwa an die Freiheitskämpfe der schweizerischen Urorte zur Erhaltung der ihnen (d.h. Uri 1231 und Schwyz 1240) gewährleisteten Reichsunmittelbarkeit oder an die gegen den Machtmissbrauch des englischen Herrschers gezielte amerikanische Unabhängigkeitserklärung von 1776. Immer handelt es sich dabei um Bewegungen, die sich selber als restaurativ begriffen und deklarierten, also auf die Wiederherstellung des guten alten Rechts gerichtet waren, wiewohl sie in Tat und Wahrheit oft einen revolutionären Charakter hatten. Auch könnte in diesem Zusammenhang etwa die schweizerische Offiziersverschwörung des Jahres 1940 angeführt werden, in der eine Reihe mutiger Wehrmänner für den Fall ein eigenmächtiges Vorgehen ankündigten, dass der Bundesrat und die Armeeleitung nicht bereit wären, das Land gegen einen deutschen Angriff militärisch zu verteidigen[51]. Dichterischen Ausdruck fand die hier in Frage stehende Ausprägung des Widerstandsrechts in der Rütliszene in Friedrich Schillers «Wilhelm Tell»[52].

Es fragt sich angesichts der genannten historischen Ereignisse, ob auch ein auf Erhaltung eines rechtsstaatlichen Zustandes gerichtetes Widerstandsrecht anzuerkennen ist. Dies ist wohl ohne weiteres zu bejahen. Denn ist, wie vorne dargetan, das Widerstandsrecht *gegen* den Rechtsstaat gegenstandslos, so ist es die blosse Kehrseite dieses Prinzips, dass ein Widerstandsrecht *zum Schutze* des Rechtsstaates und gegen die Usurpatoren der staatlichen Macht als legitim erscheinen muss. Es handelt sich hier um ein Notrecht zur Erhaltung oder zur Wiederherstellung des Rechtsstaates als des bis anhin bestehenden legitimen, aber durch einen Staatsputsch, eine Revolution oder eine allgemeine Korrumpierung der Machthaber gefährdeten oder beseitigten Rechtszustandes. Ein solches konservierendes Widerstandsrecht ist etwa in Art. 20 Abs. 4 des deutschen Grundgesetzes ausdrücklich verankert. Doch darf nicht übersehen werden, dass das Widerstandsrecht seinem Sinn entsprechend gerade erst dann eigentlich zum Tragen kommt, wenn die rechtsstaatliche Ordnung effektiv zerfallen und sich eine neue (Unrechts)ordnung durchgesetzt hat; eine Positivierung, wie sie in Deutschland vorgenommen wurde, vermag

[51] Vgl. Georg Thürer, Einige Erinnerungen an Hauptmanns Hans Hausammann, in: Hans Hausammann (1897–1974), St. Gallen 1984, S. 35.

[52] Vgl. die Worte Stauffachers im 2. Aufzug/3. Szene:
«Nein, eine Grenze hat Tyrrannenmacht:
Wenn der Gedrückte nirgends Recht kann finden,
Wenn unerträglich wird die Last – greift er
Hinauf getrosten Mutes in den Himmel
Und holt herunter seine ew'gen Rechte,
Die droben hangen unveräusserlich
Und unzerbrechtlich wie die Sterne selbst –
Der alte Urstand der Natur kehrt wieder,
Wo Mensch dem Menschen gegenübersteht.»

also nur als Präventivmassnahme zur Zeit der Gefährdung des Rechtsstaates oder in einer Übergangsphase rechtliche Bedeutung zu erlangen[53].

VI. *Schlussbemerkungen zur moralisch-politischen Bewertung des Widerstandsrechts*

Es drängen sich abschliessend einige Bemerkungen zu den moralisch-politischen Massstäben auf, an denen das Widerstandsrecht – und zwar das für uns im Vordergrund stehende Widerstandsrecht *im* Rechtsstaat – zu messen ist. Dabei sei zwischen der Bewertung der einzelnen Widerstandshandlung und der Konzeption des Widerstandsrechts als solcher differenziert.

A. Zur Bewertung der Widerstandshandlung

Ausgangspunkt für eine moralisch-politische Beurteilung der Widerstandshandlung ist richtigerweise immer das *rechtliche Werturteil.* Denn das Recht wurde ja nicht um seiner selbst willen geschaffen; vielmehr stehen, wie aufgezeigt, die einzelnen Rechtsnormen im Rechtsstaat immer im Dienste höherer Rechtsgüter wie etwa der Erhaltung des Rechtsfriedens und der Verwirklichung von Gerechtigkeit. Aus juristischer Sicht ist daher vorab darauf hinzuweisen, dass Widerstand im hier verstandenen Sinn – in welchem Gewand er auch auftritt – stets einen *Rechtsbruch* darstellt; es handelt sich eben nicht um ein Widersetzen oder einen Widerspruch im Rahmen des Rechts, sondern immer um eine Widerhandlung gegen das Recht. Als Rechtsverletzung aber darf die Widerstandshandlung *nicht bagatellisiert* werden; dies umso weniger, als sie – zur Maxime des Handelns erhoben – die Autorität und Geltungskraft des Rechts als solchen untergraben würde. Das Gesagte gilt etwa für die Missachtung eines Demonstrationsverbotes in genau gleicher Weise wie für eine Steuerhinterziehung.

Dem Widerstandsrecht kommt nun aber eine über die einfache Rechtsverletzung hinausgehende, für das Recht *existenzielle Bedeutung* zu, denn es beinhaltet immer einen Appell an eine dem geltenden Recht übergeordnete, dieses also gleichzeitig begründende und herausfordernde Legitimität. Will man nun die spezifische Widerstandshandlung moralisch bewerten – und um die nicht wie im Regelfall bereits im Rahmen rechtlicher Prozesse berücksich-

[53] Vgl. hierzu die vorn in Anm. 5 angeführte Literatur und insbesondere Josef Isensee, Das legalisierte Widerstandsrecht, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1969; Klaus Kröger, Widerstandsrecht und demokratische Verfassung, Tübingen 1971.

tigte, gleichsam «überschiessende» Moralfrage und nicht eine Rechtsfrage geht es hier ja – so ist man zunächst versucht, sie als besonders gravierend einzustufen. Sie rührt an den zentralen Nerv des rechtlichen Systems, scheint also die Rechtsordnung als solche zu bedrohen. Aus diesem Grund hat wohl der amerikanische Präsident Lincoln wie viele andere Staatsmänner und Denker jegliche Widerstandshandlung strikte zurückgewiesen und die moralische Pflicht zum Gesetzesgehorsam als «political religion of the nation» bezeichnet. Geht man der Frage aber auf den Grund, so fragt sich, ob diese These in ihrer apodiktischen Form richtig sein kann. Nicht jede Rechtsverletzung – und auch nicht jede Widerstandshandlung – ist nämlich geeignet, den Rechtsstaat als solchen zu gefährden. Vielmehr scheint es angezeigt, *den moralischen Wert der Handlung an den Grundideen des Rechtsstaates zu messen*. So betrachtet fragt sich etwa, ob nicht gerade der lebendige, offen gestaltete und offen zu erhaltende Rechtsstaat auf das Salz der lästigen, möglicherweise auch mit Rechtsvorschriften in Konflikt geratenden Kritik wie derjenigen eines Sokrates in besonderem Masse angewiesen sei, nicht aber auf einen «blinden Untertanen- und Jawohl-Gehorsam» (Barth)[54]. Ist nicht, vom Grundanliegen des Rechtsstaates her gesehen, die engagierte Einsicht des Bürgers, «dass frei nur bleibt, wer seine Freiheit gebraucht»[55], von vorneherein viel wertvoller als die Einstellung des der Auseinandersetzung und damit dem Risiko einer Rechtsverletzung von vorneherein aus dem Wege gehenden, sich ins Privatleben flüchtenden «Konsumbürgers»? Mit diesen Fragen möge es sein Bewenden haben.

B. Stellenwert der Konzeption des Widerstandsrechts

Grundsätzlich bedeutsamer als die Frage nach der Bewertung der konkreten Widerstandstat ist diejenige nach der (moralischen) Berechtigung der Konzeption des Widerstandsrechts als solcher. Hier ist entscheidend auf die *politisch-kulturellen Bedingungen* abzustellen, die zur Inanspruchnahme führen. Unter diesem Blickwinkel erscheint die Widerstandsdoktrin im Rahmen des westlichen Rechtsstaates im Grunde genommen als ein *Fremdkörper*. Sie ist im Kampf gegen den autoritären und totalitären Machthaber entstanden und entfaltet hier auch ihre tiefe Berechtigung. Es zeugt aber von einem Mangel an Urteilsvermögen und praktischer Vernunft, diese Denkformen und dieses Staatsverständnis unbesehen auf den modernen, trotz all seiner

[54] Christengemeinde und Bürgergemeinde, Zollikon 1946, S. 13.
[55] So die von Adolf Muschg formulierte Präambel des Verfassungsentwurfs der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung von 1977.

Unzulänglichkeit durch Offenheit, Öffentlichkeit und politische Freiheit gekennzeichneten westlichen Verfassungsstaat zu übertragen. Hier besteht die fundamentale Herausforderung zur Zeit nicht in der Arroganz der staatlichen Macht, sondern in der Aufgabe einer menschenwürdigen Bewältigung der Folgeerscheinungen moderner Zivilisation. Im Rahmen einer solchen Ordnung kann dem Widerstandsgedanken naturgemäss nur ein untergeordneter Stellenwert zukommen. Hier sind also nicht die Bekämpfung des Staates, sondern ein geistig-moralisches Umdenken[56], nicht Widerstandsgeist, sondern ein zu neuen Lösungen führender Experimentier- und Entdeckungsgeist[57], nicht Verweigerung und Abwendung vom Staat, sondern Hinwendung zum Gemeinwesen und zum Öffentlichen die Gebote der Zeit[58]. Auch das Verbindende und nicht nur das Beschränkende gehört zum Rechtsstaat, und die Zukunft ist, so scheint es, durch gemeinsame Aktionen zu gestalten, die im Recht und mit dem Recht in Gang zu setzen sind. Wenn nun aber das Widerstandsrecht unter den Gegebenheiten unseres heutigen Staates dennoch eine wesentliche Bedeutung bewahrt hat, so ist es vor allem die *präventive, normativ-kritische Funktion,* die ein von Johann Kaspar Bluntschli zitierter englischer Rechtsgelehrter in die Maxime fasste, «die Fürsten und ihre Minister möchten den Widerstand gegen tyrannische Verfügungen für Recht, die Völker aber für Unrecht halten und so jene (also: die Fürsten und Minister) die Veranlassung zu offenem Widerstand, diese (also: die Völker) den Widerstand vermeiden»[59].

[56] Vgl. hierzu etwa Carl Friedrich von Weizsäcker, Diagnosen zur Aktualität, München/Wien 1979; ders., Entsetzen als Anfang eines Bewusstseinswandels, in: Magazin des Tages-Anzeigers vom 10. November 1984, S. 20ff.; vgl. aber auch die frühe Warnung von Karl Jaspers, Die Atombombe und die Zukunft des Menschen, 2. Aufl., München 1958.

[57] Vgl. Hermann Lübbe, Endstation Terror, Stuttgart 1978, und insbesondere die Ausführungen unter dem sinnigen Titel «Reform oder Revolution – eine unzeitgemässe Alternative» (S. 131ff.).

[58] Vgl. als ein Plädoyer für eine «Demokratie des Engagements», die sich dadurch auszeichnet, dass politische Entscheidungen von einer intensiven und breiten Beteiligung möglichst vieler Bürger und nicht bloss von den Aktionen der unmittelbar Interessierten getragen werden, Peter Saladin, Verantwortung als Staatsprinzip, Bern/Stuttgart 1984, S. 180ff.; vgl. auch die Rektoratsrede von Alois Riklin, Gelegenheit zur Zivilcourage bietet sich jedem, in: Beilage zur «Ostschweiz» vom 7. November 1984.

[59] Vgl. von Münch, a.a.O. (Anm. 5), S. 29.