

KLAUS MATHIS/LUCA LANGENSAND (Hrsg.)

Anarchie als herrschaftslose Ordnung?

RECHT UND PHILOSOPHIE

Herausgegeben von
Prof. Dr. Eberhard Eichenhofer, Jena
Prof. Dr. Stephan Kirste, Salzburg
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Michael Pawlik, Freiburg
Prof. Dr. Michael Schefczyk, Karlsruhe
Prof. Dr. Klaus Vieweg, Jena
Prof. Dr. Benno Zabel, Bonn

Band 5

Anarchie als herrschaftslose Ordnung?

Herausgegeben von

Klaus Mathis

und

Luca Langensand



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach

Printed in Germany

ISSN 2509-4432

ISBN 978-3-428-15670-2 (Print)

ISBN 978-3-428-55670-0 (E-Book)

ISBN 978-3-428-85670-1 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Inhalt

<i>Luca Langensand</i>	
Einleitung	15

I. Anarchie und Ordnung in Theorie und Praxis

<i>Maurice Schuhmann</i>	
Formen herrschaftsloser Ordnung. „Mutualismus“, „Verein von Egoisten“, „Freie Vereinbarung“ und gewerkschaftliches „Syndikat“	25
<i>Nahyan Niazi</i>	
Die anarchistische Geisteshaltung. Vom libertär-sozialistischen Perfektionismus Rudolf Rockers unter Bezugnahme auf Wilhelm von Humboldts Liberalismus ...	37
<i>Josef Estermann</i>	
Anarchie, Herrschaft, Staat. Eine Auslegeordnung	79
<i>Christian Leonhardt</i>	
Jenseits der guten Ordnung	95
<i>Peter Seyferth</i>	
Strukturen der Tyranneilosigkeit gegen die Tyrannei der Strukturlosigkeit. Machtanwendung bei der Findung und Durchsetzung von Entscheidungen	121
<i>Aleksander Milosz Zieliński</i>	
Politisches Handeln im permanenten Ausnahmezustand (und danach ...)	145

II. Anarchie und Herrschaft in der Geschichte

<i>Christoph Berger</i>	
Anarchie und Anarchismus im 18. Jahrhundert. Die Genese eines frühen Anarchismus?	175
<i>Filippo Contarini</i>	
„Il y a ensuite des formes d’homicide que nous ne blâmons pas“. Il processo all’anarchico Brousse per una nuova prassi del processo politico in Svizzera?	201
<i>Raphael Schwegmann</i>	
Unbewusste Unter-Ordnung. Britisch-Indien im Kontext gouvernementaler Macht(re)produktion	233
<i>Benjamin Schmid</i>	
Ein anarchistischer Dante oder ist herrschaftsloses Denken möglich? Versuch einer Antwort im Anschluss an den Weg des Wanderers	247

III. Anarchie und Herrschaft in der Philosophie

Maike Weißpflug

„Der verlorene Schatz der Revolutionen“. Räte und Föderationen in der politischen Theorie Hannah Arendts 271

Dominik Renner

Anarchie als Option. Herrschaft und Ordnung in einer Weber'schen Perspektive . . 289

Andrea Günter

Jenseits von Herrschaft und Herrschaftsfreiheit. Metaphysikkritik, die genealogische Struktur der Autorität und gegenseitige Achtung 303

IV. Anarchie und Herrschaft im Recht

Sabrina Zucca-Soest

Recht ohne Herrschaft? Zum Verhältnis von Anarchie und Regel 321

David Dürr

Staatliches Unrecht – Natürliches Recht. Warum Anarchismus zutrifft 351

Stephan Meyer

Begründungsdefizite staatlicher Herrschaftsgewalt: Gestatten gerade sie eine Rechts-,„geltung“ jenseits des Staates? 379

Staatliches Unrecht – Natürliches Recht

Warum Anarchismus zutrifft

David Dürr

Abstract

Was den Staat spezifisch von anderen Organisationen unterscheidet und damit als Staat auszeichnet – Gesetzgebung, Besteuerung, Fronrechte, Gewaltmonopol und viele andere Privilegien –, sind unrechtmäßige Übergriffe. Würden andere als der Staat sie begehen, würde nicht zuletzt er selbst sie verbieten. Doch mit welchem Recht ist den staatlichen Übergriffen zu begegnen, wenn das staatliche Gesetz nicht die Lösung, sondern das Problem ist? Wer sonst, wenn nicht der Staat, kann denn Gesetze geben? Der hier skizzierte Lösungsansatz zeigt, dass Gesetze ohnehin da sind, sie müssen nicht gegeben werden; und schon gar nicht von einem Monopolisten, der sie unausweichlich zu seinen Gunsten missbrauchen wird. Ein weites und bemerkenswert unbestelltes Feld.

I. Recht und Staat

1. Das Paradigma des staatlichen Rechts

Recht ist nach dem uns vertrauten Paradigma staatliches Gesetzesrecht. Andere Rechtsquellen wie Gewohnheitsrecht, Richterrecht oder etwa auch Vertragsrecht fristen heute ein Schattendasein.¹ Das war noch anders, als im 19. und anfangs des 20. Jahrhunderts die neu entstandenen Nationalstaaten daran gingen, historisch gewachsenes Recht zu kodifizieren. Da ging es noch darum, das vorgefundene, natürlich entwickelte Recht zu erkennen, zu beobachten und zu beschreiben – und erst *dann* ins Gesetz zu schreiben. Die Übungsanlage war noch nicht *Gesetzgebung*, sondern *Gesetzfindung*.² Regeln wurden ins Gesetz geschrieben, *weil* sie Recht waren, nicht *damit* sie Recht würden.

Das war denn auch die Zeit, als kontrovers darüber debattiert wurde, ob es denn nicht ein Widerspruch sei, gelebtes Recht überhaupt in förmlich geltenden Gesetzen erstarren zu lassen,³ als eine neu sich artikulierende Disziplin den soziologischen

¹ Statt Vieler *Senn*, S. 110 ff.; *Dürr*, ZK, Vorbem. zu Art. 1 und 4 ZGB, N. 20 ff. je m.w.H.

² Statt Vieler *Wieacker*, S. 458 ff.; *Coing*, Privatrecht, S. 10 ff.

³ Prominent die Kontroverse Savigny versus Thibaut, *Savigny*, v.a. S. 111 ff.; vgl. zum Ganzen statt Vieler *Wieacker*, S. 390 ff. m.w.H.

Blick auf das real gelebte Recht empfahl⁴ und als nicht zuletzt auch politische, mitunter „anarchistische“ Kritik an einem staatlich monopolisierten Recht aufkam (auf sie wird noch zurückzukommen sein)⁵. Dass letztendlich dann trotzdem das staatlich gesetzte Recht obsiegte, hatte nicht rechtliche, sondern machbezogene Gründe: Der neu aufkommende Nationalstaat schuf sich für seine Herrschaftszwecke nicht nur eine tüchtige Verwaltung, eine effiziente Polizei und eine schlagkräftige Armee, sondern ebenso einen umfassenden und verbindlichen Nationalkodex wie den *code civil*, das ABGB, das BGB, den *codice civile* oder das ZGB.

Und so kam es, wie es kommen musste: Das vom Nationalstaat durchgesetzte Gesetzgebungsmonopol wurde – wie jedes Monopol – unverblümt missbraucht. Der staatliche Gesetzgeber kümmerte sich immer weniger darum, ob das, was er ins Gesetz schrieb, auch rechtens sei. Dass *er* es wollte, genügte immer mehr, er war ganz offiziell zur „Quelle“ des Rechts geworden.

Wenig ruhmreich sind denn auch die Meilensteine auf dem Weg des Monopolmissbrauchs des staatlichen Gesetzgebers:

- Automatisiertes Festklammern an Begrifflichkeiten bei gewissen Auswüchsen der Pandektistik des 19. Jahrhunderts und daraus sich entwickelnde Ängstlichkeiten der Gerichte bei der Suche nach Gerechtigkeit könnte man noch als Kinderkrankheiten des Gesetzespositivismus bezeichnen.⁶
- Schon problematischer sind die Richtungskämpfe zwischen Gesetzesgläubigkeit der Begriffsjurisprudenz und liberaleren Ansätzen etwa der Freirechtsschule, die dem Richter eine grundsätzliche Eigenständigkeit gegenüber dem Gesetzgeber einräumen wollten (und den Kampf alsbald verloren).⁷
- Nicht zufällig führte dies zur Katastrophe der Rechtsimmunität gegenüber den endemischen Ungerechtigkeiten der nationalsozialistischen Staatstotalität. Hier schaffte es der mittlerweile schon gut etablierte Gesetzespositivismus, eine in sich widerspruchsfreie „Rechts“-Ordnung in Geltung zu halten, in der auch die brutalste Obrigkeit Platz fand.⁸

Spätestens nachdem der Albtraum des dritten Reiches vorbei war, hätte man erwarten können, dass das Entsetzen über die verbrecherischen Rechtswidrigkeiten eines staatlichen Gewaltregimes eine ganz andere Entwicklung anstoßen

⁴ Ehrlich, S. 15 ff., 81 ff. u.a.

⁵ Unten Ziff. 3.

⁶ Statt Vieler *Wieacker*, S. 433 ff. m.w.H.

⁷ *Wieacker*, S. 579 ff.; *Dürr*, ZK, Vorbem. zu Art. 1 und 4 ZGB N. 68 und 149 m.w.H.; ferner auch *Ehrlich*, S. 338 ff. über die Starrheit des staatlichen und die Beweglichkeit des „gesellschaftlichen“ Rechts.

⁸ *Rüthers*, Rechtstheorie, § 16; *ders.*, Auslegung, 3. Kapitel, die vor allem auf die erschreckend „flexible“ Auslegung hinweisen, wenn es um die Legitimierung staatlichen Handelns geht.

würde; dass man das bis dahin vielleicht noch gar nicht erahnte verbrecherische Potenzial des Menschen möglichst nachhaltig in den Griff zu bekommen suchte. Und was wäre da nicht näher gelegen, als solch gefährliche Organisationen wie einen mit Gewaltmonopol ausgestatteten Staat ein für alle Mal aus dem Repertoire gesellschaftlicher Organisationsformen zu verabschieden; und so kostbare aber auch zerbrechliche Dinge wie Recht und Gerechtigkeit nie mehr in die Hände einer solchen Monopolorganisation zu legen?

2. Die Radbruch'sche Falle

Doch eine grundsätzliche Hinterfragung des Staatsparadigmas blieb aus. Selbst so anerkannte Autoritäten wie der Rechtsgelehrte Gustav Radbruch, der unter dem Nationalsozialismus mit einem Berufsverbot belegt war, schafften es nicht, Recht ohne staatliches Gesetz zu denken:

„Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat.“⁹

Radbruch schrieb dies im Jahr 1946, also kurz nach dem Ende der Gewaltherrschaft mit ihren Rassengesetzgebungen und politischen Schauprozessen. Der Satz ging ein in die Juristenwelt als die „Radbruch'sche Fomel“. Gelobt und verehrt wurde sie vor allem wegen des zweiten Halbsatzes, wonach die Gerechtigkeit unter Umständen dem staatlich erlassenen Gesetz vorgehe. Weniger Beachtung fand indes der erste Halbsatz und damit die bemerkenswerte Aussage, dass das staatliche Gesetz im Zweifel gelte; und dies selbst wenn es ungerecht ist. Im Zweifel müsse man ihm halt doch – knurrend vielleicht – gehorchen. Erst wenn es zum Himmel schreit, dürfe man sich widersetzen.

Das ist etwa gleich überzeugend, wie den Fuchs zum Ordnungshüter des Hühnerstalls zu machen und den Hühnern erst dann ein Widerstandsrecht einzuräumen, wenn der Ordnungshüter erstaunlicherweise auf die Idee kommen sollte, sie aufzufressen. Diese Logik bestimmt noch heute den Mainstream des staatsmonopolistischen Gesetzespositivismus. Die hehre Radbruch'sche Formel erweist sich als verheerende Radbruch'sche Falle. Im Nachhinein kommt sie einem vor als honorige Brücke, mit der das staatlich erlassene Recht seine Unschuld des frühen zwanzigsten Jahrhunderts in die Zeit nach dem zweiten Weltkrieg hinüberzueretten versuchte.¹⁰ So hatte Radbruch schon in seinen frühen Schriften die enge

⁹ Radbruch, *Gesetzliches Unrecht*, S. 107.

¹⁰ 1933 bis 1945 durfte er zwar seine Professur in Deutschland nicht ausüben, doch immerhin seinen Forschungsinteressen nachgehen; und zuvor war er Mitglied von Kabinetten der Weimarer Republik.

Verbindung von Recht und Staat betont; nicht zuletzt zur Verhinderung „anarchischer“, auf natürlichem Recht basierender Alternativmodelle. So schreibt er am Vorabend des ersten Weltkriegs:¹¹

„Die Rechtsphilosophie marschiert, wie der liebe Gott, mit den stärkeren Bataillonen [...] Nicht nur die rechtsetzende Gewalt, sondern auch jeder einzelne Rechtssatz verliert die Geltung, wenn hinter ihm die Macht verschwindet.“

Angesichts dessen ist es nicht verwunderlich, dass er dreißig Jahre später selbst nach schlimmsten Erfahrungen mit einem staatlichen Gewaltregime nicht fähig war, das Rechts- und vor allem auch Gewaltmonopol des Staates grundsätzlich in Frage zu stellen. Zu mehr als einer zögerlichen Symptombehandlung konnte er sich nicht durchringen, die Ursache ließ er unangetastet, ja bekräftigte sie noch.

3. Und die Anarchisten?

Angesichts dessen erstaunt es nicht, dass Radbruch von anarchistischen Ansätzen nicht viel hielt. Immerhin schenkte er ihnen zu Beginn seiner Karriere eine gewisse Aufmerksamkeit, etwa in Abwägung gegen andere staatsbezogene Rechtstheorien,¹² um sie aber klarerweise zu verwerfen. In späteren Jahren, vor allem dann nach der großen Katastrophe, interessierte Anarchismus nicht mehr. Es fällt denn auch auf, dass die zu Beginn des 20. Jahrhunderts insgesamt lebhafteste rechtstheoretische Debatte¹³ weitgehend ohne Anarchisten stattfand. Im 19. Jahrhundert war dies noch anders. Der damals aufkommende „klassische“ Anarchismus hatte sich zumindest *auch* mit Grundfragen der Rechtsordnung befasst, speziell natürlich dahin, wie sie sich ohne Staat bewerkstelligen lasse.¹⁴

Mochten die politischen Motivationen solch grundsätzlicher Kritik noch so unterschiedlich sein – genossenschaftlich ausgerichtete Selbsthilfebewegungen als Gegenmodell zum Großkapital¹⁵, Wirtschaftsvertreter mit Kritik an anmaßenden Behinderungen seitens des Verwaltungsstaates und nicht zuletzt auch Gegner des Machtkartells von Großbürgertum und Staat¹⁶ –, Gegner war allemal selbstherrliche Macht. Nicht zufällig nannte man einige dieser Kritiker schon

¹¹ *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 172 ff.

¹² *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 121 ff., insbesondere zur ausgeprägt individualistischen Ausrichtung *Max Stirners*.

¹³ Näheres unten Ziff. III.1.

¹⁴ So etwa *Michail Bakunin* (Staatlichkeit und Anarchie, 1873), *Peter Kropotkin* (Gesetz und Autorität, 1882), etwas später immerhin *Gustav Landauer* (Anarchismus Sozialismus, 1895) oder prominent von Gustav Radbruch abgelehnt *Max Stirner* (Der Einzige und sein Eigentum, 1845), *Frédéric Bastiat* (La loi, 1850), *Herbert Spencer* (The Man versus the State, 1884), *Lysander Spooner* (No Treason, 1867 / 1870).

¹⁵ *Buber*, S. 100 ff.

¹⁶ *Taghizadegan*, S. 112 ff.

damals, andere erst später (oder auch gar nie) „Anarchisten“. Der Ausdruck trifft den Kern des Anliegens: An-Arche (Av-Arcη¹⁷), ohne Vorherrschaft, ohne erste und oberste Machtzentrale.

Bei der Rechtswissenschaft fand dies anfänglich eine gewisse Resonanz, jedoch wenig Sympathie. Erstaunlich ist dies nicht, standen doch prominente Juristen gegen Ende des 19. Jahrhunderts dem neu erstarkten Nationalstaat in aller Regel nahe. Mochten sie noch so gebildet und vor allem auch historisch versiert sein, Recht und Staat gehörten für sie untrennbar zusammen.¹⁸ Für Anarchisten indes waren Recht und Staat allemal Gegensätze; auch für jene, denen es primär um politische Ziele ging, etwa um eine sozialistische Gesellschaftsordnung oder um eine freie Wirtschaft,¹⁹ und nicht so prominent um das Problem des staatlichen Rechtsquellenmonopols.

Doch allemal blieb dieses Problem im Hintergrund und verschwand bald weitestgehend aus der juristischen Debatte. Und selbst innerhalb anarchistischer Bewegungen, die seit den 1960er-Jahren wieder aufkamen, war das vom Staat erlassene Recht oft nicht das Hauptproblem. Ja, es wurde und wird bisweilen gar offen der staatlichen Regulierung das Wort geredet, sofern es nur um die Eindämmung wirtschaftlicher Macht geht.²⁰ Das mögen politisch vertretbare Haltungen sein, sie „An-Archie“ im soeben erwähnten Sinn zu nennen, dehnt den Begriff doch etwas gar weit. Im hier vorliegenden Beitrag soll es jedenfalls zentral um die Kritik am Staat als Monopolisten im Rechtsbereich gehen, sozusagen um die anarchistische Gretchenfrage: Wie hältst du’s mit dem Staat?

II. Der Staat als institutionalisiertes Unrecht

1. „Rechtsstaat“ als Widerspruch in sich

Nach dem soeben Ausgeführten erstaunt es nicht, dass das Grundproblem des staatlichen Gesetzgebungs-, Justiz- und Durchsetzungsmonopols heute so gut wie nie in Frage gestellt oder auch nur ernsthaft diskutiert wird.²¹ Und so lässt der

¹⁷ Anfang, Beginn, Ursprung; Anführung, Oberbefehl, Obrigkeit.

¹⁸ Nebst dem bereits erwähnten *Radbruch* vgl. z. B. von *Jhering*, Geist, S. 176 ff., zu ihm nochmals unten bei Ziff. III.3.

¹⁹ Beispielsweise *Gustav Landauer* einerseits oder *Lysander Spooner* andererseits; s.o. Fn. 14.

²⁰ So *Seyfert*, S. 26 ff., 34 ff., der andere, durchaus konsequente Anarchismen etwa deshalb ausschließt, weil sie dem „Neoliberalismus“ das Wort reden.

²¹ Grundsätzliche, im Sinn des Wortes anarchistische Infragestellungen finden zwar in den USA eine gewisse, zumindest akademische Resonanz; dies vor allem in der Folge von *Rothbard* und *Hoppe*, während sie in Europa selten sind, vgl. aber immerhin *Holterman* und *Dürr*, Entstaatlichung.

Staat nach wie vor keine Gelegenheit zum Missbrauch dieses seines Monopols aus; und dies nicht selten in bemerkenswerter Unverblümtheit:

Dies zeigt bereits die Grundstruktur des staatlichen Gesetzesrechts, die offensichtlich gegen das Fundamentalprinzip der *Rechtsgleichheit* verstößt. Diese fordert Gleichheit aller vor dem Gesetz: Gleichheit der Großen und Kleinen, der Mächtigen und Schwachen, der Blau- und Rotblütigen. Historisch prominente Meilensteine sind das Ringen um die Magna Charta oder der eingängige, in der schottischen Aufklärung artikulierte Ausruf „*Lex – Rex*“²². Und so lesen sich auch heute hehre Verfassungsartikel, mit identischem Wortlaut etwa Art. 8 der Schweizerischen Bundesverfassung und Art. 3 des deutschen Grundgesetzes: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.“

In schroffem Gegensatz hierzu unterscheidet nun das staatlich definierte Recht zwei strikt getrennte Regelungsordnungen: Einerseits eine solche für Private, Unternehmen und andere nichtstaatliche Organisationen, im Wesentlichen das Privatrecht, teilweise auch das Strafrecht – und andererseits eine solche für sich selbst, das öffentliche Recht; dies nicht im Sinn rein klassifikatorischer Unterscheidung, sondern mit völlig unterschiedlichen Inhalten: Was er im Privatrecht und im auf Private ausgerichteten Strafrecht verbietet, erlaubt er sich selbst im öffentlichen Recht. Er predigt Wasser und trinkt Wein.

Bemerkenswert an dieser institutionalisierten Verletzung des Gleichheitsgebots ist, dass sie unter der Bezeichnung „Rechtsstaat“ oder „Rule of Law“ figuriert. Art. 5 der Schweizerischen Bundesverfassung etwa lautet unter dem Titel „Grundsätze *rechtsstaatlichen* Handelns“: „Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.“ Das erinnert zwar an das soeben zitierte „*Lex – Rex*“, doch in Tat und Wahrheit ist das Gegenteil der Fall: Denn es ist niemand anderes als eben dieser Staat selbst, der das Gesetz erlässt: „*Rex – Lex*“. Das ist nicht nur eine zynische Perversion der Rule of Law, sondern seinerseits ein Anwendungsfall von Wasser predigen und Wein trinken.

2. Wasser predigen und Wein trinken

a) Gesetzgebung in eigener Sache

Dass nämlich der Staat das ihn selbst regelnde Recht selbst erlassen und in offizielle Kraft setzen kann, würde einer privaten Organisation zurecht nicht erlaubt. Würde ein privater Vertrag vorsehen, dass jeweils die von einer Partei erlassenen Regeln maßgebend seien, würde ein staatliches Gericht dies zu Recht nicht schützen. Ja, selbst wenn die Gegenpartei einen solchen Vertrag unterschreibt, wäre

²² Des Klerikers *Rutherford*, mit 44 provokativen Fragen zum aktuellen Regierungssystem und insbesondere zur Stellung des Königs, womit er sich denn auch eine Anklage wegen Hochverrats einhandelte.

sie nicht daran gebunden. Das ergibt sich aus dem im Privatrecht entwickelten Schutz der schwächeren Vertragspartei wie auch aus dem Grundsatz, dass man sich seiner eigenen Persönlichkeitsrechte nicht rechtswirksam entledigen kann.²³

Ganz anders nun aber, wenn der Staat es selbst ist, der seine fraglos große Macht dazu einsetzt, die ihm genehmen Regeln den Staatsbürgern aufzuzwingen. Vom Schutz der schwächeren Vertragspartei ist jedenfalls nicht viel zu hören, wenn entsprechende Bestimmungen der Staatsverfassung oder von Parlamentsgesetzen dazu führen, dass die so erlassenen Gesetze Beurteilungsgrundlage für strittige Auseinandersetzungen zwischen dem Staat und einzelnen Bürgern werden. Mit anderen Worten, eine der beiden Parteien eines solchen Streits – der Staat eben – erlässt die Regeln, nach denen ihr eigener Streit zu beurteilen ist.

b) Richter in eigener Sache

Ein gleicher Rechtsverstoß lässt sich im Bereich der Justiz feststellen: Wäre ein privater Schiedsrichter auf der Lohnliste einer der beiden Streitparteien, wäre völlig klar, dass sich daraus kein gültiges Urteil ergeben könnte. Die Partei, die sich gegen ein derart befangenes Schiedsgericht wehrt, wird klarerweise gewinnen, dies insbesondere auch vor einem staatlichen Gericht. Dieses wird die Verletzung eines fundamentalen Verfahrensprinzips rügen.²⁴ Ja schon der bloße Anschein von Befangenheit genügt, geht es doch immer auch um die Akzeptanz der Justiz als solcher.²⁵

Doch andererseits: Im gesamten Bereich des öffentlichen, namentlich des stark wachsenden Regulierungs-Verwaltungsrechts werden die Gerichte von einer der beiden jeweiligen Streitparteien, nämlich dem Staat, gestellt und bezahlt; die gleichen Richter also, die in einem gegen ihren Arbeitgeber erhobenen Rekurs zu Gericht sitzen. Warum die für private Gerichte geltenden Spielregeln einer unbefangenen und damit vertrauenswürdigen Justiz für den Staat nicht gelten sollen, ist nicht einzusehen.

Unbehelflich ist jedenfalls das Argument der Gewaltenteilung, zumal eine solche nicht besteht, sondern gegenteils *Gewaltkonzentration*: Der Staat begnügt sich nicht *alternativ* mit dem Gesetzgebungs- oder dem Justiz- oder dem Durchsetzungsmonopol, sondern beansprucht das jeweilige Monopol *kumulativ* in allen

²³ Das zeigen beispielsweise die hohen Hürden, die staatliche Gerichte an die Verbindlichkeit von allgemeinen Vertragsbedingungen einer (in der Regel versierteren) Vertragspartei knüpfen; wie die spezifische Zustimmung sowie starke Auslegungsvorteile zu Gunsten der (in der Regel weniger versierten) Gegenpartei; zum Persönlichkeitsrecht s. z. B. Art. 27 ZGB.

²⁴ So etwa im schweizerischen Recht gemäß Art. 77 BGG bzw. Art. 190 ff. IPRG.

²⁵ Vgl. z. B. Art. 47 Abs. 1 lit. f. ZPO, wonach ein Richter in den Ausstand treten muss, wenn er „befangen *sein könnte*“.

drei „*Branches of Government*“. Er bündelt, um bei diesem Bild zu bleiben, die drei Äste zu Teilen desselben Baumes zusammen.²⁶

c) *Befehl und Verbot in eigener Sache*

Auch bei der dritten „*Branch of Government*“ gilt Wasser predigen und Wein trinken. Das zeigt sich bei der staatstypischen Handlungsform der Verfügung. Diese erlaubt es, den betreffenden Befehl, das Verbot, die Auflage etc. als *a priori* rechtens zu erklären, mit der Konsequenz, dass sie sich rechtlich, also notfalls mit Gewalt durchsetzen lässt. Zwar hat sich mittlerweile die Regel entwickelt, dass diese Rechtswirkung nur dann eintreten soll, wenn die Verfügung eine Rechtsmittelbelehrung enthält. Doch bekräftigt dies nur das Grundproblem, dass nicht der Befehlende oder Verbieter, sondern sein Opfer den Rechtsweg beschreiten muss. Nicht der Angreifer muss sich vergewissern, ob er dazu berechtigt ist, sondern – mit Kosten und Risiko – der Angegriffene, ob er sich wehren darf.

Ganz anders im Privatrecht, wo in aller Regel der Angreifende, Verbieter oder sonst Intervenierende die Anstrengung des Rechtswegs auf sich nehmen muss, ansonsten er auf sein Ansinnen zu verzichten hat. Das bewährt sich nicht nur als Bremse gegen rücksichtslose Eigenmacht, sondern lässt sich auch historisch als recht konstantes Rechtsprinzip einordnen, wonach dem bestehenden Zustand eine (widerlegbare) *prima facie*-Richtigkeit zu attestieren ist.²⁷

d) *Voraussetzungslose Selbstbereicherung*

Ein Anwendungsfall dieser *prima facie*-Regel ist der seinerseits traditionelle Grundsatz „*neminem laedere*“:²⁸ Wer etwas am Status quo ändern und damit bestehende Interessen anderer tangieren will, darf dies nur, wenn es sich spezifisch legitimieren lässt: etwa weil der Betroffene zustimmt (*volenti non fit iniuria*) oder weil er Schaden angerichtet hat, den es nun zu kompensieren gilt. Traditionelle Konkretisierungen sind privatrechtlicher Schadenersatz durch den schuldhaften Schädiger oder Strafbarkeit von absichtlichem Diebstahl.²⁹

Anders nun wiederum, wenn der Staat von seinem „Recht“ auf Besteuerung Gebrauch macht: Steuern sind gemäß bemerkenswert unverblümt und gerade deshalb verräterischer Terminologie „voraussetzungslos geschuldet“, mithin aus-

²⁶ Und auch hier wieder: Würde eine private Prozesspartei ein von ihr angestelltes Gericht mit einer firmeninternen „Gewaltenteilung“ rechtfertigen, würde sie nicht nur abgewiesen, sondern wohl noch wegen Trölerie diszipliniert.

²⁷ Etwa die aus dem äusserlich wahrnehmbaren Besitz abgeleitete Eigentumsvermutung, vgl. Art. 933 ZGB; oder das Prinzip, dass die Verletzung absoluter Persönlichkeits- oder Eigentumsrechte rechtswidrig ist.

²⁸ *Ulpian, Digesta* 1. 1. 10.1.

²⁹ Im schweizerischen Recht etwa Art. 41 ff. OR bzw. Art. 139 StGB.

drücklich *ohne* Vorliegen eines Legitimationsgrundes.³⁰ Der einzige „Grund“, weshalb etwa eine Einkommens- oder eine Vermögenssteuer erhoben wird, ist, dass Einkommen oder Vermögen vorhanden ist – Wer hat, dem wird genommen.³¹

e) *Sich selbst gewährte Monopole*

Auch der Umgang des Rechts mit dem Missbrauch von Monopolmacht – um schließlich statt weiterer³² noch dieses Beispiel zu erwähnen – erweist sich als „Wasser predigen und Wein trinken“. So pönalisieren die meisten staatlichen Rechtsordnungen den Missbrauch von Marktmacht zur Behinderung von Mitbewerbern.³³

Der Staat selbst wiederum enthebt sich dieses Verbots: Dort, wo er sich (mittels seiner eigenen Gesetzgebung!) Monopole verschafft – etwa im Bereich Gewaltanwendung, Geldwesen, Schulbildung, gewissen Bereichen eines sogenannten „*service public*“ –, behindert er Konkurrenz in einer geradezu lehrbuchmäßigen Eindeutigkeit, indem er sie schlichtweg verbietet. Und dies in ausgesprochen wirksamer Weise, nicht zuletzt wiederum mittels seiner Regelungs-, Beurteilungs- und Durchsetzungsmonopole.

3. Materielles Unrecht

Die obigen Beispiele zeigen nicht nur die durchsichtige Widersprüchlichkeit in der staatlichen Zuordnung von Unrecht und Recht, sondern durchaus auch Nützlichliches: Nämlich dass das, was der Staat im Privat- und Strafrecht als rechtswidrig bezeichnet, dies plausiblerweise auch ist. Zumindest leuchtet es spontan ein, die Verletzung eines anderen, das grundlose Wegnehmen fremden Eigentums oder das eigenmächtige Erzwingen eigener Vorteile zu verbieten. Nicht zufällig werden solche Handlungsweisen in alten Parömien und traditionellen Privatrechts-

³⁰ Etwa das Schweizerische Bundesgericht in BGE 102 Ia 468, 474, 479 f., das aus dem Umstand der Voraussetzungslosigkeit der Steuer gar ableitete, dass eine staatlich administrierte Kirchensteuer auch gegen eine der Kirche nicht angehörende juristische Person durchgesetzt werden könne!

³¹ Ist man versucht, in Umkehrung von *Matthäus*, Kapitel 25, zu vermerken.

³² Zu denken ist etwa an das Privileg der Nationalbank und an die vom Staat entsprechend privilegierten Geschäftsbanken zur Schaffung von „Geld“ durch reine Kreditierung ohne jede Wertunterlegung, was ansonsten den Tatbestand des Betrugs erfüllen würde; oder an die „Too Big to Fail“-Regulierung, die zwar für Großbanken, nicht aber für den ja noch viel systemrelevanteren Staat zur Anwendung kommt (vgl. in der Schweiz die Eigenmittelverordnung ERV, SR 952.03, Art. 41 ff.).

³³ So schreibt das schweizerische Kartellgesetz in Art. 7 vor: „Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern ...“.

regeln verpönt.³⁴ Soweit staatliches Recht dies bekräftigt, macht es zumindest nichts Falsches, sondern höchstens Unnötiges.

Dabei lässt sich nun feststellen, dass die Rechtswidrigkeit der genannten Handlungen in diesen selbst liegt. Welche Person sie begeht oder welche Person davon betroffen ist, hat keinen Einfluss auf den Grund der Rechtswidrigkeit. Die Beeinträchtigung, die das Opfer erleidet – es wird zu einer Handlung oder Unterlassung gegen seinen Willen gezwungen, es wird ihm sein Eigentum weggenommen, es wird ihm der Gang zu einem unabhängigen Richter verwehrt –, trifft es allemal gleich, ob sein Gegner nun eine private Organisation oder der Staat ist. Wer auch immer sie begeht, begeht Unrecht.

Wenn dies in unserer real gelebten Rechtswelt trotzdem nicht dazu führt, dass der Staat als Rechtsbrecher wahrgenommen wird, während sich gegen Private bei gleichem Gebaren Empörung artikuliert,³⁵ so ist dies zumindest bemerkenswert. Überzeugende Erklärungen für dieses Phänomen setzen nicht so sehr juristisch an, sondern psychologisch oder ethologisch.³⁶ Dies sei hier nicht weiter ausgeführt, doch immerhin als Erklärung dafür mitgenommen, weshalb klar untaugliche Versuche zur Rechtfertigung des staatlichen Unrechtsverhaltens so wenig Widerspruch ernten.

Ein weiterer Grund hierfür mag darin liegen, dass diese Rechtfertigungsversuche nicht in Form defensiver Argumente, sondern als feierlich vorgetragene Staatsmaximen daherkommen. Doch ändert dies nichts daran, dass sie einzig deshalb artikuliert werden, weil das, was der Staat tut, eigentlich Unrecht ist. So erweisen sich hehre Staatsprinzipien wie etwa die bereits erwähnte „Rule of Law“ oder „Demokratie“ letztlich als untaugliche Verteidigungsversuche eines auf frischer Tat ertapten Rechtsbrechers: Dass die *Rule of Law* bzw. der „Rechtsstaat“ an einem inneren Widerspruch leidet, wurde schon dargelegt;³⁷ dass auch „Demokratie“ den Staat nicht zu entlasten vermag, sei nun noch etwas näher erörtert.

4. Die Ausrede der Demokratie

a) *Volenti non fit iniuria*

In einer Demokratie werde das Volk nicht beherrscht, sondern es herrsche; also seien staatliche Eingriffe vom Volk selbst approbiert. Im Kontext der französischen Revolution kam dies etwa so zum Ausdruck:

³⁴ Unten Ziff. III./1.

³⁵ Etwa wenn kirchenähnliche Sekten „Steuern“ erheben; oder wenn Sportsverbände ihr Monopol missbrauchen; wenn Söldnerfirmen Gewalt anwenden.

³⁶ Vgl. etwa *Huemer*, S. 101 ff.

³⁷ Zur Widersprüchlichkeit der „Rechtsstaat“-Behauptung oben Ziff. II.1.

„Die Demokratie ist ein Staat, wo das souveräne Volk, gelenkt durch Gesetze, die sein eigenes Werk sind, selbst alles ausführt, was es gut ausführen kann, und durch Delegierte das, was es nicht selbst auszuführen vermag.“³⁸

Was hier zunächst interessiert, ist die Funktion der Gesetze, zwar Eingriffe vorzunehmen, die indes legitimiert sind, weil sie von den Adressaten dieser Eingriffe erlassen werden. Das verschiebt nicht einfach im revolutionären Kontext die Rolle des Souveräns vom absolutistischen Monarchen zum Volk, sondern legitimiert auch die einzelnen Staatseingriffe durch Zustimmung seitens der Betroffenen – oder wiederum: „*volenti non fit iniuria*“³⁹.

Vergleichbare Meilensteine der Verfassungsgeschichte stellen auch Ansätze des Gesellschaftsvertrags dar, bei Thomas Hobbes noch in Form des mit dem Monarchen abgeschlossenen,⁴⁰ bei Jean-Jacques Rousseau in Form des unter den Gesellschaftsmitgliedern⁴¹ vereinbarten Vertrags. Das spezifisch Legitimierende liegt allemal bei der Zustimmung zu einer Beeinträchtigung, die ohne diese Zustimmung rechtswidrig wäre.⁴²

b) *Non volenti fit iniuria*

Von Interesse ist aber auch der zweite Satzteil des vorstehenden Robbespierre-Zitats, wonach die vom Volk erlassenen Gesetze eine gewisse Handlungs- und damit auch Regelungsdelegation legitimieren können. Mit anderen Worten müssen nicht *sämtliche* Gesetze vom Volk *als Ganzem* erlassen, sondern können auch an praktikablere Gremien etwa eines Parlaments oder von Regierungsstellen delegiert werden. Das hatte auch schon Rousseau befürwortet und namentlich eine Regelbildung durch Mehrheitsentscheidungen für zulässig erachtet. Allerdings müsse die Delegation an eine Mehrheit jeweils selbst Vertragsgegenstand sein, bedürfe also ihrerseits der Einstimmigkeit:

„Das Gesetz der Stimmenmehrheit ist selbst Gegenstand der Übereinkunft und setzt zumindest einmal Einstimmigkeit voraus.“⁴³

Umgesetzt nun auf die hier interessierenden staatstypischen und grundsätzlich rechtswidrigen Handlungen stellt sich die Frage, ob die in der sogenannt demokratischen Staatsform enthaltenen Zustimmungselemente dazu taugen, die be-

³⁸ *Maximilien de Robbespierre*, aus der Rede vom 05.02.1794 im Nationalkongress.

³⁹ Oben Ziff. II.2.

⁴⁰ *Hobbes*, Kapitel 17 ff.

⁴¹ *Rousseau*, Buch I, Kapitel 5 ff.

⁴² Dies kommt nicht zuletzt im Begriff „Vertrag“ zum Ausdruck, der die Beilegung einer Unverträglichkeit umschreibt, die Herbeiführung eines Zustands, in dem man sich wieder „verträgt“; *Jhering*, Geist des römischen Rechts, S. 209 ff.

⁴³ *Contrat social*, Buch I, Kapitel 5, Hervorhebung beigelegt.

treffenden Handlungen zu rechtfertigen. Wie sich unschwer erkennen lässt, ist dies nicht annähernd der Fall. Denn selbst unabhängig von der rein rechnerischen Frage, in welchem Umfang denn überhaupt das *ganze* Volk jeweils *sämtlichen* Gesetzen zugestimmt hat, fehlt es schon ganz offensichtlich an der Grundzustimmung *aller* Rechtsunterworfenen. Jene erste und damit definitionsgemäß einstimmige Übereinkunft des Rousseau'schen *contrat social* hat noch nie stattgefunden, jedenfalls nicht in der Verfassungsgeschichte Europas seit den Umbrüchen des 18. Jahrhunderts.

c) *Rechtswidrige Staatsgründung*

Das lässt sich am Beispiel der Schweiz, die nicht selten als Vorzeigedemokratie gilt, illustrieren:

- Bezogen auf das Land als Ganzes könnte man die Struktur des seit 1815 geltenden Bundesvertrags *cum grano salis* als Gesellschaftsvertrag betrachten, zumindest auf der Ebene der einzelnen Stände. Es hatten sich die damals 22 teilweise recht kleinen und damit insgesamt durchaus volksnahen Städte, Tal-schaften etc. *einstimmig* zu einer gegenseitig bindenden, aber auch wieder auflösbaren Vertragsstruktur zusammengetan.⁴⁴
- Anders dann der im Jahr 1848 an die Stelle des vertraglichen Staatenbundes getretene Bundesstaat; und damit der Beginn des heute noch bestehenden schweizerischen Bundesstaats. Dessen formale Grundlage, nämlich die Bundesverfassung gemäß Tagsatzungsbeschluss vom 12. September 1848, wurde *nicht von allen* Kantonen, sondern mit der Mehrheit der Siegerkantone des vorausgegangenen Sonderbundskriegs beschlossen. Das verstieß nicht nur gegen das Zustimmungsprinzip des ersten Rousseau'schen *contrat social*, sondern auch gegen schon damals anerkanntes Völker- und Staatsrecht.⁴⁵ Die späteren Totalrevisionen von 1874 und 1999 haben mangels Kantons-Einstimmigkeit diesen Gründungsmangel nicht behoben.

Und erst recht fehlt es an der Zustimmungslegitimation auf der Ebene der einzelnen Landesbewohner, wo die einer Norm Zustimmenden gar in kleiner Minderheit waren: Die Verfassung von 1848 wurde von 5,8 % der damaligen Rechtsunterworfenen, diejenige von 1874 von 12,4 % und diejenige von 1999 von 13% angenommen.

⁴⁴ Vertrag vom 7. August 1815, abgeschlossen unter unsanftem Druck des Wieder Kongresses; das schloss nicht etwa aus, dass innerhalb dieser Einheiten durchaus unfreiheitliche, namentlich feudalistische Herrschaftsverhältnisse bestanden.

⁴⁵ *Kölz*, S. 611, weist auf den entsprechenden Rechtsverstoss und damit die staats- bzw. völkerrechtliche Ungültigkeit hin; was *Häfelin/Haller/Keller*, N. 49 ff., nicht daran hindert, die Verfassung von 1848 als „glückliche Verbindung von Elementen verschiedener Herkunft“ zu bezeichnen.

Und mag man noch den politischen Umständen gewisser Verfassungsgebungen die Bedeutung eines Sich-Zusammenraufens einer Gesellschaft beimessen und eine daraus hervorgegangene Formulierung „*contrat social*“ nennen; allenfalls diesen auch für ausdrücklich oder konkludent Zustimmende als verbindlich erklären. Nicht jedoch lässt sich aus solchen „Gesellschaftsverträgen“ eine rechtlich durchsetzbare Verbindlichkeit für alle anderen Landesbewohner extrapolieren. Für diese sind die daraus sich ergebenden Eingriffe und Beschränkungen nichts anderes als Unrecht – „*non volenti fit iniuria*“.

Hinzu kommt die grundsätzliche, hier aber nicht weiter erörterte Problematik, dass es an nachvollziehbaren Gründen für eine *Vererbung* der Staatsunterworfenheit fehlt. Bezeichnenderweise wird das im Privatbereich ausgesprochen prominente Erbrecht im Staatsrecht so gut wie gar nicht thematisiert.⁴⁶

5. Glaubensfreiheit und Staatsgläubigkeit

Wer den Staat will, soll ihn selbstverständlich haben. Auch dies eine Konsequenz aus „*Volenti non fit iniuria*“. Wer die eben genannten Beeinträchtigungen durch Gesetzgebung, Justiz- und Gewaltmonopol, Besteuerung, Monopolisierung bestimmter Angebote etc. befürwortet – aus welchen subjektiven Gründen auch immer – darf nicht daran gehindert werden, sich einer entsprechenden Organisation anzuschließen. Andernfalls würden ihm gegen seinen Willen gleiche Beschränkungen zugemutet wie jene, die oben als unrechtmäßig beschrieben wurden, wenn sie der Staat jemandem gegen dessen Willen zumutet.⁴⁷

Die Interessenlage ist vergleichbar mit jener der Religions- bzw. Glaubens- und Gewissensfreiheit, wonach es einen unrechtmäßigen Eingriff darstellt, jemandem die Zugehörigkeit zu einer Glaubensgemeinschaft, Kirche etc. zu verbieten. Also sollte auch niemandem verwehrt werden, sich einem Staat anzuschließen, selbst wenn dieser jede Kundenfreundlichkeit missachtet und seine Mitglieder als Untertanen knechtet; so wie es niemandem zu verwehren ist, sich auf die Kasteiung eines strengen Klosters einzulassen oder ein sadomasochistisches Etablissement zu frequentieren.

⁴⁶ Soweit die Thematik der generationenübergreifenden Geltung überhaupt aufgenommen wird, geschieht das im Rahmen von Fragen der Verfassungsrevision, wo in der Regel auf die Theorie des selbstlegitimierenden *pouvoir constituant* verwiesen wird, der seine – beispielsweise originär demokratische – Legitimation behält, bis er durch einen neuen originären *pouvoir* abgelöst wird, vgl. *Eichenberger*, N. 58 ff. m.w.H. Dass diese Ablösung im Fall der demokratischen Legitimation eigentlich permanent stattfinden müsste, wird dann aber nicht weiter reflektiert.

⁴⁷ Oben, Ziff. II / 4.

Allenfalls mag sich die Problematik des Sklavenvertrags stellen, dessen Gültigkeit und damit Durchsetzbarkeit umstritten ist;⁴⁸ umstritten aber allemal dahin, ob ein *bewusst abgeschlossener* Sklavenvertrag überhaupt gültig ist, niemals ob er jemanden *gegen dessen Willen* aufgezwungen werden darf.⁴⁹ Und so wenig jemand zur Sklavenstellung oder zur Frequentierung eines Sadomaso-Etablissements, einer strengen, aber auch einer angenehm kundenfreundlichen Kirche gezwungen werden darf, so wenig zur Mitgliedschaft bei einer Organisation, die sich „Staat“ nennt.

III. Natürliches Recht

1. Recht statt Staat

Nun mag man sich fragen, wie eine Rechtsordnung bestehen kann, der es am Fixpunkt einer ultimativen Rechtsquelleninstanz fehlt; eine Rechtsordnung, die ohne das auskommt, was gängiges Rechtsdenken im staatlich gesetzten Recht wähnt. Wer gibt denn die Gesetze, wenn nicht der staatliche Gesetzgeber, ist man spontan geneigt zu fragen.

Und selbst wenn man erkannt hat, dass der *real gelebte* „Rechtsstaat“ – wie gezeigt – das Gegenteil seines Namens ist, nämlich institutionalisiertes Unrecht,⁵⁰ so kommt man um die Frage nicht herum, nach welchem Recht sich eben dieses Unrecht definiert: Wer erlässt es? Aus welchem „Stoff“ ist es gemacht? Wie lautet es inhaltlich? Und vor allem: Gelingt es ihm, das vorzuweisen, was es dem Staat abspricht, nämlich Legitimation zur Intervention und je nach Widerstand sogar gewaltsamer Durchsetzung?

Einzelne Elemente eines solchen nicht staatlichen Rechts sind uns bereits begegnet im Zusammenhang mit den spontan einleuchtenden Regeln „*neminem laedere*“ und „*Volenti non fit iniuria*“: Der Umstand, dass sogar der mächtige Staat gewisse Ausreden bemühen muss, wenn er diese Regeln verletzt, zeigt, dass sie vorstaatlich wirksame Realitäten sind. Oder anders gewendet: Für diese Art von Regeln braucht es keinen Gesetzgeber, sie sind bereits da, als natürliche Gesetzmäßigkeiten des menschlichen Verhaltens. Ihnen unterstehen alle, was vor allem bei denjenigen bedeutsam wird, die dazu neigen, sie zu missachten, nämlich jene mit Macht. Und dazu gehört nicht nur, aber sehr prominent auch der Staat.

⁴⁸ Was schon von *Rousseau*, Buch I, Kapitel 4, dann aber auch von klassischen Liberalen und später beispielsweise von *Rothbard*, S. 133 ff. debattiert wird.

⁴⁹ Was gar kein Vertrag wäre.

⁵⁰ Oben Ziff. II / 1.

2. Niemand gibt Gesetze – Gesetze gibt es

Die „Rule of Law“, die uns oben bereits als politisches Postulat der Aufklärung und als vom modernen „Rechtsstaat“ (theoretisch) beschworenes Prinzip begegnet ist,⁵¹ gibt es auch als Fundamentalerkenntnis naturwissenschaftlicher Auseinandersetzung mit der Wirklichkeit: Die Welt, besagt diese „Rule of Law“, funktioniert nicht nach Willkür (wie dies noch zu Beginn der europäischen Aufklärung eine gottgläubige Wissenschaft annahm)⁵², auch nicht nach Zufall,⁵³ sondern regelgeleitet, das heißt nach Gesetzmäßigkeiten.⁵⁴ Beispiele sind die physikalischen Gesetze, etwa der Schwerkraft, chemische Prozesse, aber auch anthropologisch beschriebene Zusammenhänge sozialer Systeme⁵⁵ bis hin zu individuellen oder Gruppenverhalten aus ethologischer und soziobiologischer Blickrichtung.⁵⁶

In diesen Kontext lassen sich nun auch Verhaltens- und Reaktionsweisen einordnen, die typischerweise Gegenstand *rechtlicher* Befassung sind. Der dem Recht vertraute Tatbestand-Sachverhalt-Syllogismus wird so seinerseits zum Anwendungsfall einer noch allgemeineren naturwissenschaftlichen Wenn-Dann-Gesetzmäßigkeit. Gleichzeitig verliert die im rechtlichen Syllogismus gezogene Rechtsfolge ihre normative Qualität und wird zur einfach feststellbaren Tatsache; gleich wie der anekdotische Apfel nicht deshalb Newton auf den Kopf fällt, weil das Gravitationsgesetz das so „befiehlt“, sondern weil die gegenseitige Attraktion von Massen eine Tatsache ist. Es geht nicht um normatives Müssen, sondern um realpositivistisches Feststellen.⁵⁷

Dieses Aufgehen der *juristischen* „Rule of Law“ in ihrem naturwissenschaftlichen Namensvetter stößt sich allerdings markant mit der noch immer starken Unterscheidung in Natur- und Geisteswissenschaft.⁵⁸ Die heutige Rechtswissenschaft⁵⁹ versteht sich nach wie vor als Teil der Letzteren, interessiert sich also

⁵¹ Oben Ziff. II / 1.

⁵² Oder auch heute noch von kreationistischen Theorien vertreten wird.

⁵³ Chaos-Theorien, wonach selbst „Chaotisches“ nach Regeln abläuft, deren Komplexität allerdings derart hoch ist, dass sie für die beschränkte Erkenntnisfähigkeit des menschlichen Gehirns nicht erreichbar ist.

⁵⁴ Anschaulich etwa *Stephen Hawkin*, *The Grand Design*, London 2010, S. 223 ff.

⁵⁵ *Luhmann*, S. 92 ff., 191 ff.; *Lampe/Pauen/Roth*, diverse Beiträge, S. 99 ff.

⁵⁶ So etwa mit gemeinsamen Studien *Gruter* aus naturwissenschaftlicher, *Fikentscher* aus juristischer Herkunft; vgl. auch *Wuketits*, insbesondere S. 51 ff., 137 ff.

⁵⁷ „Real“positivismus gerade *nicht* im Sinn des *Gesetzespositivismus*.

⁵⁸ *Mainusch/Toellner*, v.a. Beiträge *Lübbe*, S. 47 ff. und *Schreiber*, S. 92 ff.

⁵⁹ Verstanden in einem engeren Sinn, also nicht umfassend auch Rand- oder Sonderdisziplinen wie Rechtssoziologie, Rechtspsychologie, Rechtsanthropologie, allenfalls auch Kriminologie.

nicht so sehr für das *Phänomen* Recht, sondern versucht Aussagen darüber zu erarbeiten, wie gerechtes oder gutes oder zweckmäßiges Recht aussehen *müsste*.

Gestützt wird diese Grundhaltung des Rechts durch den hohen Stellenwert des subjektiven Willens, etwa als Bindungsvoraussetzung für den Vertrag, als Haftungsvoraussetzung für das privat- und das strafrechtliche Delikt oder als Entstehungsvoraussetzung für die überindividuelle juristische Person;⁶⁰ und nicht zuletzt indem das Recht traditionellerweise *an a priori* bestehende Subjekte als „Träger“ von Rechten und Pflichten anknüpft.⁶¹ All dies nun als reine Naturphänomene zu betrachten, wie es der Verhaltensforscher beispielsweise bei (anderen) Primaten tut, stößt sich mit dem Stolz eben dieser Subjektivität. Sie schafft es nur mit größter Mühe, sich selbst zu beobachten, und so gut wie nie, sogar noch ihre eigene Beobachterrolle zu beobachten.⁶² Letztere verharrt in aller Regel in aprioristischer Subjektivität und ist überzeugt, Gerechtigkeit von außen in diese schlechte Welt hineinzubringen.

3. Natürliche Menschengesetze

Diese Thematik hier näher zu erörtern, würde den Rahmen des vorliegenden Beitrags sprengen. Doch sei wenigstens knapp skizziert, in welchen Erscheinungsformen des Rechts solche Zusammenhänge sichtbar werden und allenfalls auf Ansätze hindeuten, die Unterscheidung in Geistes- und Naturwissenschaft und damit letztlich in Mensch und Natur zu überwinden:

- So war Recht als Gegenstand wissenschaftlichen Interesses schon immer (auch) auf das Entdecken, Umschreiben und Verstehen *tatsächlich vorgefundener Regeln* ausgerichtet. Prominent kommt dies bei der Rezeption des römischen Rechts in der frühen Neuzeit und vor allem dann im Kontext der historischen Rechtsschule zum Ausdruck;⁶³ sehr explizit auch bei den im 19. und 20. Jahrhundert aufkommenden soziologischen Betrachtungsweisen.⁶⁴
- Auch eher normativ ausgerichtete Ansätze, namentlich solche des *Vernunftrechts* mit seinem starken Bezug zur neu entdeckten menschlichen Rationali-

⁶⁰ Dürr, Person; *ders.*, Naturwissenschaft, S. 58 ff.

⁶¹ Dürr, Diskursives Recht, S. 170 ff. m.w.H.

⁶² Der „blinde Fleck“ des Beobachtens bildet zwar einen prominenten Beobachtungsgegenstand systemtheoretischer Debatten, in der politischen Praxis wird er aber nicht zur Kenntnis genommen, geschweige denn umgesetzt.

⁶³ *Coing*, S. 15 ff. unter Hinweis insbesondere auf *Savigny*, a.a.O.

⁶⁴ *Ehrlich*, S. 273 ff.; selbst große Kodifikationen wie jene *Justinians* waren in der Regel nicht davon geleitet, Recht zu *setzen*, sondern das vorgefundene Recht zusammenzufassen, unterschieden sich also nicht grundsätzlich von der in der *Common Law*-Tradition vertrauten Aufzeichnungsform des *Restatements*; oder „Codes“ im Sinn von Zusammenstellungen wie etwa jener des Code of Federal Regulations, dazu auch *Huemer*, S. 280 ff.

tät, wollten nicht so sehr Gerechtigkeit von außen in die Welt bringen, sondern natürlicherweise vorhandenes Recht aufzeigen. Nicht nur begrifflich kommt dies beim „Naturrecht“ zum Ausdruck, das sich nicht selten seinerseits auf ewige Prinzipien berief, die als solche Geltung beanspruchten.⁶⁵ Und diese Prinzipien galt es nicht zu postulieren, sondern zu *entdecken*.

- Selbst nachdem die nationalstaatliche Gesetzgebungshoheit das normative Quellen-Zepter übernommen und die Disziplin Recht weitgehend auf Subsumtionsroutine erniedrigt hatte,⁶⁶ wiesen methodologisch ansetzende Stimmen auf die *hermeneutische* Zirkularität der Rechtsverwirklichung hin.⁶⁷ Wenn Gerichte oder Verwaltungsbehörden meinen, das Gesetz mit unbestechlich rationaler Methode auf den konkreten Fall anzuwenden, so ist nicht zuletzt diese Methodenwahl sehr stark beeinflusst von zahlreichen irrationalen, individuellen oder gesellschaftlichen Kontexten.⁶⁸
- Zu erwähnen sind auch *systemtheoretische Ansätze*, sei es auf kollektiver oder individueller Ebene, sei es aus soziologischer oder biologischer Optik, deren Interessen sich auf phänomenologisch feststellbare Gesetzmäßigkeiten in komplexen Systemen beziehen; und dabei auch auf Bereiche, die sich konventionellerweise den Geistes- oder Sozial- aber auch den Naturwissenschaften zuordnen lassen und nicht selten diese Dichotomie auch ausdrücklich überbrückt.⁶⁹
- Und schließlich sind auch neuere, geradezu paradigmatische Umwälzungen aus *neurologischer Optik* zu erwähnen. Sie unterlegen eine grundsätzliche Relativierung jenes bereits erwähnten Fundamentelements unseres Rechtsdenkens, nämlich der Subjektivität. Subjektivität, so diese neurologischen Ansätze in grob vereinfachter Wiedergabe, ist keine Realität, sondern ein vom Gehirn produziertes Gefühl.⁷⁰ Wenn „ich“ meine, selbst zu entscheiden, so hat in Tat und Wahrheit das Gehirn entschieden und gleichzeitig ein Ich-Gefühl abgesondert, das dann dazu neigt, sich einzubilden, es sei das Subjekt dieser Entscheidung gewesen.⁷¹

Das bedeutet natürlich nicht, dass Subjektivität nichts wäre, aber sie ist etwas anderes, als was sie mit Nachdruck vorgibt zu sein, nämlich etwas angeblich Absolutes, das außerhalb der Welt steht, diese von dort aus betrachtet und frei dar-

⁶⁵ Senn, z. B. S. 257 ff.

⁶⁶ Oben Ziff. I/1.

⁶⁷ Gadamer, S. 270 ff.

⁶⁸ Esser, S. 136 ff.

⁶⁹ Anschaulich etwa Maturana oder Alexander, S. 77 ff.

⁷⁰ Und insofern auch durchaus eine „Wirklichkeit“ im Sinn des Wortes, prägnant dazu der Neurologe Gerhard Roth, Fühlen, Denken, Handeln (2001).

⁷¹ Statt Vieler Roth, etwa S. 3 ff. m.w.H.; vgl. auch Huemer, S. 111 ff.

über entscheidet, ob und wie es auf diese Welt Einfluss nehmen soll. Stattdessen ist sie nun Teil der natürlichen Welt, wenn auch weniger im Sinn von Hard- als eher von Software, ein Steuerungsprogramm zur Auslösung in bestimmten Konfliktsituationen⁷². Daran ändert auch nichts, dass das Programm als praktisch nützlich, vielleicht sogar notwendiges Begleitmodul subjektives Bewusstsein auslöst.

4. Das Recht der Anarchie

a) Ohne Arche

Jedenfalls gibt es gute Gründe, staatliche Gesetzgebung nicht nur als unrechtmäßigen Eingriff, sondern vor allem auch als absurde Skurrilität zu erkennen; gleich absurd wie die Vorstellung, es müsse eine oberste Akademie die Schwerkraft vorschreiben, ansonsten es diese nicht gäbe; gleich absurd wie der Glaube des Hühnerhofs an den Hahn *Chantecler*, dessen Morgenschrei es brauche, um die Sonne aufgehen zu lassen.⁷³

Dieser obersten, ultimativen und damit in Einzahl auftretenden Instanz entspricht der bereits erwähnte griechische Begriff „Arche“⁷⁴. Die hier vorgestellte Betrachtungsweise kommt demgegenüber ohne Arche aus; und dies nicht nur, weil sich die im Staat institutionalisierte Arche nicht bewährt – das natürlich sehr wohl auch –, sondern weil ihre Funktion als Normproduzentin nicht zutrifft; so wenig wie die Anordnung physikalischer Gesetze durch eine Akademie und so wenig wie das Herbeirufen der Sonne durch *Chantecler*. Der Realität sicher näher kommt da die Optik natürlich bestehender Gesetzmäßigkeiten bzw. des Fehlens von Arche, eine Optik „Ohne Arche“; An-Archie eben. Ob man sie mag oder nicht, zutreffend ist sie wohl allemal.

Das lässt rechtswissenschaftliche Befassung mit diesen Gesetzmäßigkeiten nicht etwa obsolet werden, doch verändert es die Problemstellung grundsätzlich: Bezogen auf Recht geht sie nun nicht mehr dahin, ob, weshalb und wie etwa ein Täter bestimmter Handlungen bestraft werden *soll*, sondern welche Ereignisse zu welchen Reaktionen führen, sei es beim unmittelbaren Opfers oder dessen Angehörigen, bei Zeugen des Geschehens oder bei der weiteren Gesellschaft, die daraus vielleicht Verfahrensabläufe und Konfliktlösungsregeln entwickelt – all dies nun aber nicht im normativen Sinn, weil sie dies tun *müssten*, sondern im realpositivistischen Sinn, weil es sich als natürliches Phänomen *feststellen* lässt.⁷⁵

⁷² *Wuketits* S. 51 ff.

⁷³ So die allegorische Komödie von *Edmond Rostand* (1910).

⁷⁴ Oben Ziff. I.3.

⁷⁵ *Lampe* u.a., vor allem und bezeichnenderweise die *naturwissenschaftlichen* Beiträge *Kuhl*, S. 99 ff. und *Roth*, S. 126 ff.

Ein überaus komplexes Phänomen ist dies allemal, die Befassung mit ihm ein ausgesprochen weites und zudem fast gänzlich unbestelltes Feld. So basale Grundfragen wie jene nach dem Wesen von Recht werden seit dem 19. Jahrhundert so gut wie nicht mehr gestellt. Da gibt es einiges an Forschungsarbeit nachzuholen.

b) *Rache ist Recht*

Als Rudolf von Jhering gegen Ende des 19. Jahrhunderts in seinem bahnbrechenden Werk über den „Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung“ die Rache als eine archaische Form des Umgangs mit Konflikten darstellte, legte er Wert darauf zu betonen, dass es sich dabei um Urformen von *Recht* handle;⁷⁶ ja dass selbst im später weiter entwickelten und kulturell verfeinerten Recht noch immer der Ursprung von Rache und Gewalt erkennbar sei; vor allem aber dass es angesichts „der steigenden Entfaltung des Staatsprinzips“ falsch wäre zu meinen, der Staat sei der Schöpfer von subjektiven Rechten. Nein, aus sich selbst bzw. aus dem archaischen Kampf ums Recht gehen diese hervor.⁷⁷ Zwar bezeichnet von Jhering – als typischer Vertreter seiner Zeit – den Staat als „Naturnotwendigkeit“⁷⁸, betont indes wiederholt, dass Ursprung und Kraft selbst des staatlich geleiteten und kultivierten Rechts nach wie vor jene archaischen Kräfte von Rache, Selbsthilfe, Gewalt und Kampf seien. Den oft verklärenden Umschreibungen des Staates dürfe durchaus „derbe Prosa“ beigegeben werden.⁷⁹

Wenn uns mithin historisch zurückblickend oder in Grundmodule unserer heutigen Rechtsdogmatik hineinblickend, allenfalls auch zu anderen Kulturen hinüberblickend, so unschöne Elemente begegnen wie Rache, Blutfehde, Heimzahlung, Auge um Auge, Zahn um Zahn, so muss dies nicht von vornherein als Widerspruch zu Recht erscheinen. Denn nicht zufällig kommt ja auch unser heutiges, „kultiviertes“ Recht nicht einfach als wohlthuende Gerechtigkeit daher, sondern mit unangenehmer Konnotation; so wenn man den „Rechtsweg androht“ oder die „Strenge des Gesetzes zu spüren bekommt“. Nicht zufällig ist das Gesetz in Kafkas berühmter Kurzgeschichte derart furchterregend, dass schon der Anblick seiner Türhüter unerträglich ist; selbst wer zum Recht will, fürchtet sich vor ihm.

Recht ist weder schön noch angenehm. Recht ist das sich gegen Unrecht stemmen, ausgelöst durch schmerzhaftes Erfahrung und aufregende Empörung, in der Umsetzung anstrengend und begleitet von beklemmender Angst vor der grausam-

⁷⁶ *Jhering*, S. 118 ff. und 126.

⁷⁷ A.a.O., S. 176; *ders.*, *Der Kampf ums Recht*.

⁷⁸ A.a.O., S. 177.

⁷⁹ A.a.O., S. 224 f.

men Niederlage. Dazu passt, dass Recht auch *inhaltlich negativ* ausgerichtet ist, nicht *für*, sondern *gegen* etwas antritt. Seine Aufgabe ist es nicht, Gutes in die Welt zu bringen, sondern Schlechtes aus ihr wegzuschaffen. Recht ist destruktiv, es behindert, bekämpft und zerstört. Doch allemal ist es um das, was es zerstört, nicht schade. Nicht zufällig sagt ein altes Rechtsspruchwort „Unrecht soll umkehren“ und nicht „Recht soll kommen“.

Zwar sagt der Volksmund „Rache ist süß“. Doch süß ist nicht der Kampf, mit dem Rache genommen wird; er ist ausgesprochen bitter. Süß ist der Moment, wenn die Rache genommen, das Unrecht beseitigt und damit Recht – nicht etwa erreicht, sondern *nicht mehr gefragt* ist. Für den glücklichen Endzustand ist das Recht nicht mehr zuständig; Recht ist nicht das Ziel, sondern Unrecht-Vernichtung der Weg. „Recht“ müsste eigentlich „Un-Unrecht“ heißen.

c) „Unrecht soll umkehren“

Das macht die Frage nach dem Wesen von Unrecht zunächst nur umso schwieriger. Denn auf den ersten Blick bleibt bloß die Feststellung, dass Unrecht das ist, was die Reaktion auslöst, es sei Unrecht, und damit eine wenig hilfreiche begriffliche Zirkularität. Das ändert sich nun aber, wenn nicht die Begrifflichkeit, sondern die *Faktizität* in den Fokus kommt, also die in der Unrechtsreaktion aufkommende Empörung mit Widerstands- und Interventionsdrang. Diese *Fakten* lassen sich feststellen ungeachtet der Frage, ob man das Anlass gebende Ereignis „Unrecht“ nennt.

Wenn einer den anderen niederschlägt, wird dies beim Opfer Schmerz, Empörung, Aufschrei und nicht selten Widerstand auslösen, während die Benennung „Unrecht“ nicht mehr als Begleit- oder Nachartikulierung ist. Eine ähnliche Reaktion wird sich bei Zeugen des Geschehens einstellen: Sie werden förmlich gepackt von der Szene, werden stehen bleiben, wie gebannt hinschauen, allenfalls selbst wie vor Schmerz aufschreien, vielleicht dem Opfer zu Hilfe eilen oder stärkere Hilfe herbeirufen, dem fliehenden Täter nachstellen oder das verletzte Opfer pflegen. Und wenn man das Opfer und die intervenierenden Akteure hinterher befragt, weshalb sie so gehandelt haben, werden sie ehrlicher Weise nicht sagen: Weil es Unrecht ist, andere niederzuschlagen, sondern: Weil wir gar nicht anders konnten, das waren rein spontane Reaktionen. Wir haben uns nicht zu unserem Tun entscheiden, es lief mit uns so ab.⁸⁰

Erst recht werden das Opfer und die anderen Akteure dieses Beispiels ihr Verhalten nicht damit begründen, dass Körperverletzung und Gewaltanwendung vom Strafgesetzbuch verboten sei. Mit anderen Worten: Einen anderen niederzuschlagen ist nicht deshalb verboten, weil es im Gesetzbuch steht, sondern es steht im Gesetzbuch, weil es Unrecht ist. Und weiter noch: Es finden Verfolgungs-,

⁸⁰ Vgl. oben aus neurologischen Ansätzen Ziff. III.2.

Anklage- und Beurteilungsverfahren nicht deshalb statt, weil dies in staatlichen Straf- oder Zivilprozessordnungen so angeordnet ist, sondern es kommt zu solchen Prozessregeln, weil Leute so wie eben geschildert reagieren, dem Missetäter nachstellen und ihn vielleicht verprügeln, dies ihnen hinterher womöglich unüberlegt vorkommt und sie daraus dann kontrollierbarere Verfahrensabläufe definieren.

Und all dies und vieles mehr geschieht nur deshalb, weil Ereignisse stattfinden, die zu Schmerz, Angst, Betroffenheit oder Empörung Anlass geben. Gesetzbücher, Verfahrensvorschriften, Gerichtsinstanzen sind nicht *Quelle* des Rechts, sondern hochkomplexe *Folgen* aus bestimmten Konfliktkonstellationen. Sie *müssen* nicht eingerichtet werden, sie werden eingerichtet.

5. Der Konflikt und seine Lösung

a) Gegenseitige Inkompatibilität

Nicht bei allen Konfliktsituationen ist so offensichtlich wie eben geschildert, ob Unrecht vorliegt. So kann ein Gewaltakt auch deshalb geschehen, weil Unrecht vorausgegangen ist und nun mit berechtigter Gewalt beseitigt wird. Oder Gewalt ist (noch) gar nicht im Spiel und es streiten sich Parteien (vorerst noch) rein verbal um etwas, das beide Seiten für sich beanspruchen. So mag es unklar sein, *inwieweit* ein unrechtmäßiger Übergriff von der einen auf die andere oder aber umgekehrt von der anderen auf die eine Seite stattfindet. Auch sind Situationen mit jeweils gegenseitigen Übergriffen denkbar. Ja letztlich erweist sich jeder Konflikt als gegenseitige Inkompatibilität der involvierten Parteien.

Und insofern fragt sich sehr grundsätzlich, weshalb und wann sich denn überhaupt der eine den Vorwurf von Unrecht einhandeln und damit der andere „Recht“ bekommen soll. Weshalb so und nicht gerade umgekehrt? Für denjenigen, der den anderen geschädigt hat, ist es gleichermaßen schmerzhaft, den Schaden zu ersetzen, wie für den Geschädigten, den Schaden zu erleiden und nicht ersetzt zu bekommen. Welchen Weg weist nun das hier interessierende natürliche, nicht staatlich definierte Recht aus dieser scheinbar ausgewogenen Zirkularität?

Inkonsistent wäre jedenfalls der Versuch, eine Antwort in den involvierten *Konfliktparteien als solchen* zu suchen, etwa dahin, ob eine von ihnen *als solche* berechtigt sei, in die Interessen der anderen einzugreifen bzw. ob ein Eingriff durch diese einzig deshalb kein Unrecht darstelle, weil er von ihr kommt, während der gleiche Eingriff, begangen von einer anderen Partei, Unrecht wäre – die Problemstellung mithin, die wir oben im Zusammenhang mit den Privilegien des Staates erörtert und als widersprüchliches Wasser predigen und Wein trinken verworfen haben.⁸¹ Im hier vorliegend interessierenden Kontext der gegenseitigen

⁸¹ Oben Ziff. II / 2.

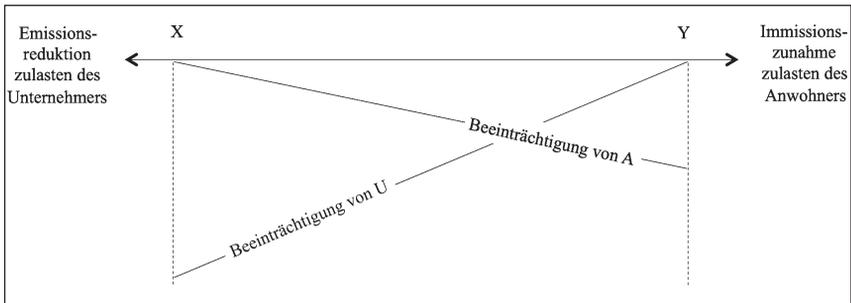


Abbildung 1

Inkompatibilität zeigt sich, dass ein solcher Ansatz schon deshalb verfehlt wäre, weil die Identität der am Konflikt beteiligten Personen erst gar nicht Gegenstand der Anlass gebenden Inkompatibilität ist. Ob eine Partei von einer blau- oder einer rotblütigen Partei um tausend Franken erleichtert wird, beeinträchtigt sie allemal um tausend Franken.⁸² Das Kriterium der Partei ist mithin irrelevant.

Gleichermaßen inkonsistent wäre ein Ansatz dahin, ob allenfalls die je *gegenseitig inkompatiblen Interessenlagen* unterschiedlich zu werten seien, das heißt, ob die Beeinträchtigung auf der einen Seite als weniger gravierend einzustufen sei als jene auf der anderen Seite; dies mit dem Ergebnis, dass Letzterer ein entsprechendes Vorrecht gegenüber Ersterer einzuräumen wäre. Grafisch lässt sich dies wie in Abbildung 1 vorstellen.⁸³

Soll etwa der Unternehmer U ungehindert produzieren dürfen, auch wenn dies Schadstoffemissionen bis zum Punkt Y mit sich bringt, die dem Anwohner A eine gewisse Beeinträchtigung bedeuten?⁸⁴ Oder soll vielmehr A dem U zumuten dürfen, seine Produktion bis X zurückzufahren oder mit derart teuren Schutzvorkehrungen zu versehen, dass dieser seinerseits einen Nachteil erleidet? Beziehungsweise nun eben: Ist die Beeinträchtigung des U weniger stark zu gewichten als jene des A, etwa weil wirtschaftliches Produzieren weniger wichtig ist als schadstoffarmes Leben? Oder verhält es sich genau umgekehrt, etwa weil die Wirtschaft den allgemeinen Wohlstand fördert, während privater Komfort rein egoistisch motiviert ist? Doch auch solche Gesichtspunkte werden im hier interessierenden Kontext der gegenseitigen Inkompatibilität außer Betracht fallen müssen. Denn so wenig die Qualität der Person etwas an der Beeinträchtigung der Gegenpartei ändert, so wenig tut dies auch die Qualität der betreffenden

⁸² Um wiederum das Beispiel der unrechtmäßigen Besteuerung aufzugreifen, oben Ziff. II / 2.

⁸³ Vgl. *Dürr*, Diskursives Recht, Bilder 4 und 5 m.w.H.

⁸⁴ Gemessen z.B. anhand entsprechender Isolationskosten; *Dürr*, Diskursives Recht, S. 140 ff.

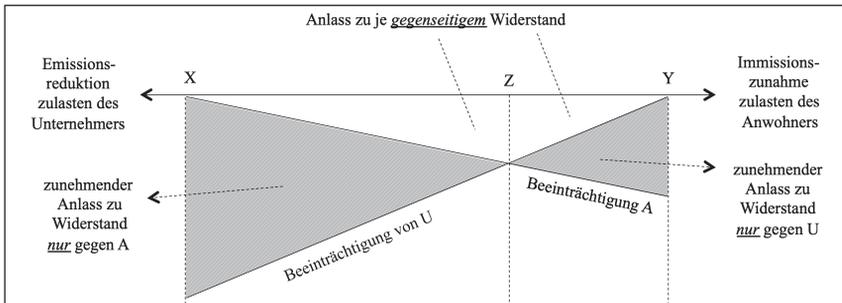


Abbildung 2

Aktivität. Mag sie noch so edel oder sinnvoll oder profitabel sein, hier relevant ist allemal einzig, inwiefern sie Interessenlagen anderer Parteien beeinträchtigt. Etwas anderes führt schon gar nicht zu deren Empörungsg-etc.-Reaktionen und damit zur Thematisierung von Unrecht.

b) Der Konflikt und seine Parteien

Natürliches Recht setzt anders an, nämlich bei den bereits geschilderten *faktischen Unrechtsreaktionen*, die zunächst meist unbewusst verlaufen und sich erst im Setzungsprozess bewusster Subjektivität erschließen. Die Subjektivität der verletzten und sich wehrenden Partei ist nicht Ausgangspunkt, sondern *Ergebnis* des Konflikts. Die im Konflikt beeinträchtigten Körper schaffen (oder wecken) sozusagen ihre Paten, die sich für sie dann einsetzen. Und wie gezeigt, gibt es nicht bloß den Paten in der individuellen Subjektivität der angegriffenen Person; es werden auch andere – Angehörige, Zeugen des Geschehens oder weitere Gesellschaftskreise – solche „Paten“-Funktionen wahrnehmen.

In Fällen wie der eben geschilderten Nachbarsituation (Abbildung 1) werden diese reaktiven Effekte mit daraus entstehenden Subjektivitäten beziehungsweise „Patenschaften“ jeweils beidseits ausgelöst und wirken denn auch korrigierend nach beiden Seiten hin. Grafisch lässt sich dies wie Abbildung 2 darstellen:⁸⁵

Hier ertönt gegenüber beiden (jeweiligen Gegen-)Seiten der Vorwurf der Unrechtmäßigkeit, entsteht der Drang nach Widerstand, allenfalls nach gewaltsamer Selbsthilfe oder nach Herbeirufen von Fremdhilfe und nach entsprechenden Reaktionen Dritter, korrigierend einzugreifen. Und je stärker eine Beeinträchtigung ausfällt, desto stärker auch das Empörungsg-, Widerstands- oder Drittinterventionsbedürfnis. Das kann zu Überreaktionen führen, was wiederum Empörungsg-, Widerstands- und Drittinterventionsdrang in umgekehrter Richtung auslöst. Zur Ruhe kommt diese gegenseitige Unrechtsbekämpfungsschaukel

⁸⁵ Dürr, Diskursives Recht, S. 143 f.

letztendlich dort, wo die gegenseitig bedingten Beeinträchtigungen gleich groß sind (Situation Z).

Insgesamt ergibt sich eine ziemlich unspektakuläre, aber gerade deshalb plausible Lösung dahin, dass sich die im Konflikt zutage tretenden Inkompatibilitäten gegenseitig angleichen, dass gleichsam der gegenseitige Druck ausgeglichen wird; und dies nun wieder entsprechend der oben erwähnten realpositivistischen Optik nicht verstanden als normatives Postulat, sondern als feststellbares Naturphänomen.⁸⁶

c) *Asymmetrische Inkompatibilitäten*

Die Konstellation kann sich aber auch anders als gegenseitig präsentieren: Will etwa eine Seite die Beeinträchtigung der anderen Seite absichtlich herbeiführen oder ihr absichtlich einen Gegenstand entwenden und gelingt ihr dies, so findet die negative Erfahrung nur auf der Seite des Opfers statt, was korrigierende Reaktionen ausschließlich gegen die Seite des Täters auslösen wird.⁸⁷

Dies mag vielleicht erstaunen, könnte der Täter doch seine eigene, aus der Gegenseitigkeit der Inkompatibilität resultierende Beeinträchtigung ebenfalls in die Waagschale werfen: Die Verletzung seines Gegners will er ja bewusst, sie verschafft ihm aus irgend welchen Gründen Genugtuung, sie ist ihm im Sinn des Wortes „etwas wert“; und hierauf zu verzichten, beeinträchtigt ihn nicht weniger, als die Ausführung seines Anliegens den Gegner beeinträchtigt. Oder beim Diebstahl: Ob der andere als Opfer oder er als Täter den Gegenstand der Begierde hat oder nicht hat, macht beidseits den gleichen Unterschied.

Dies würde nun aber die *zeitliche Dynamik* des ganzen Vorgangs verkennen: Für die hier beschriebenen natürlichen Reaktionen relevant ist nicht ein bestimmter Zustands, sondern die Veränderung; nicht die Momentaufnahme, sondern der zeitliche Ablauf; sozusagen der Film und nicht die Fotografie. Dieser „Film“ nun zeigt zu Beginn eine Situation, bei der noch keine Inkompatibilität besteht; diese wird erst in der Folge vom Täter herbeigeführt aus Gründen, die ihm etwas wert sind; das heißt auf seiner Seite geht es nicht um die Reduktion einer Beeinträchtigung, sondern um die Herstellung eines Vorteils; die Kurve des Täters verläuft also positiv, weshalb auf seiner Seite eine reaktive Patenschaft zu seinem Schutz

⁸⁶ Die Parallelität zu Gesetzmäßigkeiten der Physik ist offensichtlich, vor allem zum *Newton'schen* Gegen- oder Wechselwirkungsprinzip von *actio = reactio*; damit zusammenhängende hydro- und wärmedynamische Gesetzmäßigkeiten wie Osmose und Entropie geben ebenfalls Anlass, Gemeinsamkeiten mit menschlichem Verhalten in Konfliktzusammenhängen auszumachen.

⁸⁷ Der hilflose Einwand des Täters, er habe sich bei der Tat selbst verletzt oder geschädigt, wird ihm höchstens Spott eintragen. Im Strafrecht immerhin kann dies ein Strafreaktionsgrund sein, vgl. z. B. Art. 54 StGB.

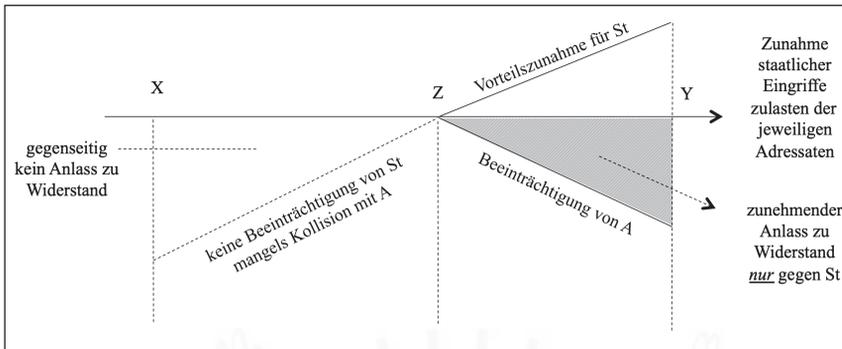


Abbildung 3

ausbleiben wird. Anders jedoch auf der Seite des Opfers, dessen Kurve negativ verläuft, also negative Erfahrungen macht, was wiederum jene natürlichen Empörungs-, Abwehr- und Drittinterventionsreaktionen auslöst.

6. Der Konflikt mit dem Staat

Dies entspricht nebst anderen Täter-Opfer-Konstellationen durchaus der Unrechtmäßigkeit staatlicher Eingriffe. Die nachstehende Grafik zeigt, dass die Kurve der Einwirkung auf die Adressaten (A) der Steuerforderungen, Regulierungen etc. im Negativbereich verläuft, dass dem aber keine (abnehmende) Negativkurve des Staates (St) gegenübersteht. Die Kurve des Staates verläuft von Beginn der Kollision weg (ab Z bis hin zu Y) positiv. Eine Beeinträchtigung, die dem Staat seinerseits ein natürliches Abwehrrecht gäbe, besteht nicht: Der entsprechende Negativbereich (ab Z bis hin zu X) liegt außerhalb der Kollision mit A (siehe Abbildung 3).

Die Stelle Z, bei der beide Seiten die gleiche Beeinträchtigung erleiden, liegt hier beim Wert 0. Das heißt, der Konflikt kommt zur ausgeglichenen Ruhe, wenn sich die Regulierungs-, Steuer- etc. –bedingte Beeinträchtigung auf 0 reduziert.

Nun mag man sich spontan fragen, weshalb das hier beschriebene Naturgesetz der gegenseitigen Beeinträchtigungsangleichung in der real gelebten Rechtswirklichkeit nicht wirkt, das heißt die staatlichen Eingriffe nicht auf grundsätzlichen Widerstand bis hin zum Wert 0 stoßen.

- Eine erste Antwort geht dahin, dass dieses Naturgesetz sehr wohl wirkt, denn eine gewisse, wenn auch unscharf artikulierte Unzufriedenheit mit dem Steuer- und Regulierungsstaat lässt sich feststellen, so wie auch vereinzelt explizite Argumentationen gegen Staatlichkeit (wie beispielsweise der vorliegende Tagungsbeitrag).

- Zweitens kann auf das bereits erwähnte, vor allem psychologisch erklärbare Phänomen verwiesen werden, wonach tief eingeprägte Über-Ich-Orientierungen gegenüber dem Staat gänzlich andere Maßstäbe anwenden lassen als gegenüber sonstigen Organisationen.⁸⁸
- Schließlich drittens ist der Grundsatz der Glaubensfreiheit in Erinnerung zu rufen, die auch den Staatsgläubigen zusteht. Und soweit (und solange) derart viele Gesellschaftsmitglieder zu dieser Glaubensausrichtung gehören, wird sich kein breiter Widerstand artikulieren.

Diejenigen jedoch, die nicht dem Staatsglauben angehören oder sich nicht aus anderen Gründen freiwillig der Staatsbeherrschung unterstellen, haben natürliches Recht auf ihrer Seite, wenn sie sich gegen die Eingriffe des Staates wehren – oder genauer: Sie haben das Unrecht auf der Gegenseite.

Literatur

Alexander, Richard D.: *The Biology of Moral Systems*. 2. Aufl., Piscataway 2009.

Buber, Martin: *Pfade in Utopia*. Heidelberg 1950.

Coing, Helmut: *Europäisches Privatrecht*, Band II. München 1989.

Dürr, David: *Diskursives Recht, zur theoretischen Grundlegung rechtlicher Einflussnahme auf überindividuelle Konflikte*. Zürich 1994 (zit. *Diskursives Recht*).

- Kommentierung von Art. 1 und 4 ZGB, *Zürcher Kommentar*. Zürich 1998 (zit. *ZK*).
- Die Person und ihr Gegenstand – der Gegenstand und seine Person. In: *Festschrift Peter Forstmoser*. Zürich 2003, S. 51 ff. (zit. *Person*).
- Diskurs mit Ernst – Normstabilität ohne Fixpunkt. In: *Festschrift Ernst Kramer*. Basel 2004, S. 161 ff. (zit. *Diskurs*).
- Entstaatlichung der Rechtsordnung. In: *Festschrift Schweizerischer Juristentag 2006*, S. 397 ff. (zit. *Entstaatlichung*).
- Die natürliche juristische Person – Etwas mehr Naturwissenschaft im Recht! In: *Festschrift für Hans-Michael Riemer*. Zürich 2007, S. 71 ff. (zit. *Naturwissenschaft*).

Ehrlich, Eugen: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Neu herausgegebene Aufl., Berlin 1989.

Eichenberger, Kurt: *Wesen, Aufgabe und Prinzipien der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*. In: *Aubert, Jean-François u.a. (Hrsg.): Kommentar zur BV 1874, Verfassungsrechtliche Einleitung*. Basel/Zürich/Bern ab 1987.

Esser, Josef: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*. 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1972.

Fikentscher, Wolfgang: *Modes of Thought. A Study in the Anthropology of Law and Religion*. Tübingen 2004.

⁸⁸ V.a. *Huemer*, S. 102 ff.

- Gadamer*, Hans-Georg: Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Tübingen 1990.
- Gruter*, Margaret: Die Bedeutung der Verhaltensforschung für die Rechtswissenschaft. Berlin 1976.
- Rechtsverhalten. Biologische Grundlagen mit Beispielen aus dem Familien- und Umweltrecht. Köln 1993.
- Häfelin*, Ulrich/*Haller*, Walter/*Keller*, Helen: Schweizerisches Bundesstaatsrecht. 9.Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.
- Holterman*, Tom: Law and Anarchy. Montréal 1984.
- Hoppe*, Hans-Hermann: A Theory of Socialism and Capitalism. Auburn (US-AL) 2010.
- Demokratie. Der Gott, der keiner ist. 3. Aufl., Waltrop/Leipzig 2009 (zit. Demokratie).
- Huemer*, Michael: The Problem of Political Authority. Basingstoke (GB-HAM) 2013.
- Jhering*, Rudolf: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Erster Teil, 6. Aufl., Leipzig 1907 (zit. Geist des römischen Rechts).
- Der Kampf ums Recht, 4. Aufl., Wien 1874 (zit. Kampf ums Recht).
- Kölz*, Alfred: Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte: Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848. Bern 1992.
- Lampe*, Ernst-Jachim/*Pauen*, Michael/*Roth*, Gerhard (Hrsg.): Willensfreiheit und rechtliche Ordnung. Frankfurt a.M. 2008.
- Lübbe*, Herrmann: Die Einheit von Naturgeschichte und Kulturgeschichte. In Herbert Mainusch/Richard Toellner (Hrsg.): Einheit der Wissenschaft. Wider die Trennung von Natur und Geist, Kunst und Wissenschaft. Wiesbaden 1993.
- Luhmann*, Niklas: Soziale Systeme. 4. Aufl., Frankfurt a.M. 1993.
- Mainusch*, Herbert/*Toellner*, Richard, (Hrsg.): Einheit der Wissenschaft. Wider die Trennung von Natur und Geist, Kunst und Wissenschaft. Wiesbaden 1993.
- Maturana*, Umberto: Biology of Cognition. Urbana (US-IL) 1970.
- Radbruch*, Gustav: Grundzüge der Rechtsphilosophie. Heidelberg 1914.
- Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. In: Süddeutsche Juristen-Zeitung, 1946 (1), S. 105 ff. (zit. Gesetzliches Unrecht).
- Roth*, Gerhard: Das Gehirn und seine Wirklichkeit. Frankfurt a.M. 1996.
- Rothbard*, Murray: The Ethics of Liberty. New York 1998, 2002.
- Rutherford*, Samuel: Lex, Rex, or The Law and the Prince; a Dispute for the just Prerogative of King and People, 1644.
- Rüthers*, Bernd: Die unbegrenzte Auslegung. 8. Aufl., Tübingen 2017.
- Rechtstheorie. 4. Aufl., München 2008.
- Savigny*, Friedrich Carl von: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 2. Aufl., Heidelberg 1828.

- Schreiber*, Hans-Ludwig: Jurisprudenz auf dem Weg zum Recht – Von den Möglichkeiten und Grenzen der Rechtswissenschaft. In: Herbert Mainusch/Richard Toellner: s.o.
- Senn*, Marcel: Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss. 4. Aufl., Zürich 2007.
- Seyfert*, Peter (Hrsg.): Den Staat zerschlagen. Baden-Baden 2015.
- Taghizadegan*, Rahim: Helden, Schurken, Visionäre. München 2016.
- Wieacker*, Franz: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Göttingen 1967.
- Wuketits*, Franz M.: Soziobiologie – Die Macht der Gene und die Evolution sozialen Verhaltens. Heidelberg/Berlin/Oxford 1997.

