

Zeitschrift: Schweizer Monat : die Autorenzeitschrift für Politik, Wirtschaft und Kultur
Band: 95 (2015)
Heft: 1025

Artikel: Gerechtigkeit : nur ohne Monopol
Autor: Dürr, David
DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-736108>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. 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. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

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. [Voir Informations légales.](#)

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. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 02.04.2025

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

4 Gerechtigkeit: Nur ohne Monopol

Was ist von Recht und Gerechtigkeit übrig?

von David Dürr

«Die Rechtsphilosophie marschiert, wie der liebe Gott, mit den stärkeren Bataillonen.»

Gustav Radbruch in «Grundzüge der Rechtsphilosophie»

Man hätte erwarten können, dass das Entsetzen über die Verbrechen staatlicher Gewaltregimes des 20. Jahrhunderts eine neue Entwicklung anstossen würde. Genauer: dass das allerorten ertönte «Nie wieder!» dafür sorgen würde, das Verbrechenpotential der Menschheit möglichst nachhaltig in den Griff zu bekommen. Und was hätte da näher gelegen, als so gefährliche Organisationen wie die mit Gewaltmonopol ausgestatteten Staaten 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 grobschlächtiger Rechtssetzungsmonopolisten zu legen, die bei all ihrer Aggressivität auch noch die Unverfrorenheit haben zu behaupten, sie seien so etwas wie die demokratische Verkörperung des ganzen Volkes?

Erstaunlicherweise fand ein solch grundsätzliches Hinterfragen des Staatsparadigmas nicht statt. Selbst völlig unverdächtige, von hehren ethischen Zielen motivierte Autoritäten wie der Rechtsgelehrte Gustav Radbruch, der unter dem Naziregime 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.»

Radbruch schrieb diesen Satz im Jahr 1946, also kurz nach dem Ende der Nazi-Gewaltherrschaft mit ihren Rassengesetzgebungen und politischen Schauprozessen. Der Satz ging in die Juristenwelt ein als die «Radbruch'sche Formel». Gelobt und verehrt wurde sie vor allem wegen des zweiten Halbsatzes, wonach die Gerechtigkeit unter Umständen dem staatlich erlassenen Gesetz, dem sogenannten positiven Recht, vorgehe. Weniger Beachtung

David Dürr

ist Anwalt und Notar in Basel und Zürich, ausserdem Titularprofessor für Privatrecht und Rechtstheorie an der Universität Zürich.

fand der erste Halbsatz und damit die doch sehr bemerkenswerte Aussage, dass das staatliche Gesetz im Zweifel halt doch gelte; und dies selbst dann, wenn es ungerecht sei. 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 wider Erwarten auf die Idee kommen sollte, sie zu fressen. Und diese Logik bestimmt noch heute, mehr denn je, die Juristenwelt – es ist die Logik des real gelebten Gesetzespositivismus.

Die letzten 50 Jahre

Ich selbst kam erst nach dem Zweiten Weltkrieg zur Welt, und Kontakt mit der Juristerei hatte ich erstmals in den frühen Siebzigerjahren. Sich mit Gustav Radbruch auseinanderzusetzen, dazu bestand für mich damals kein Anlass. Das Naziregime hatte ich selbst ja nicht kennengelernt, neue Totalitarismustendenzen waren nicht wirklich zu erkennen, ausser für einige 68er Kommilitonen, die solche im Kapitalismus witterten. Der Fokus des Studiums lag auf jenem Recht, das in der Art eines gesellschaftlichen Phänomens unseren Kulturkreis seit zweitausend Jahren begleitet hatte: dem von römischen Richtern entwickelten Fallrecht, das später im Mittelalter wieder entdeckt, in der Neuzeit wissenschaftlich aufbereitet und schliesslich im Kontext der neuen Nationalstaaten zu eindrucklichen Gesamtkodifikationen entwickelt wurde: 1812 zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch in Österreich, dann 1900 zum Bürgerlichen Gesetzbuch in Deutschland oder 1907 in der Schweiz zum Zivilgesetzbuch und etwa gleichzeitig zum Obligationenrecht. Grundlegende Änderungen hatten diese Gesetzbücher nicht erfahren, als ich, der Student, ihnen erstmals begegnete; sie waren so etwas wie in Paragraphen ge-

fasste, über lange Zeiträume natürlich gewachsene Verhaltensgesetzmässigkeiten des Menschen in seiner Gesellschaft. Den nationalstaatlichen Gesetzgebern ging es nicht darum, mit ihren Kodifikationen Vorschriften zu machen, sondern real vorgefundene Regeln nachzuschreiben. Das war nicht staatliches Recht, sondern staatlich redigiertes Privatrecht.

Demgegenüber spielte das öffentliche Recht in meinem Studium noch keine grosse Rolle. Am ehesten vielleicht noch das Strafrecht, eher am Rande das Staatsrecht und so gut wie gar nicht das Verwaltungsrecht. Dieser Stoff, aus dem die heute flächendeckenden Regulierungseingriffe gemacht sind – Finanzmarktrecht, Gesundheitsrecht, Bewilligungswesen, Werbebeschränkungen, Rauschmittelbeschränkungen, Abgaben, Schulwesen und vieles mehr –, war damals erst daran, als eigenständige Rechtsdisziplin zu entstehen. Systematische Lehrbücher, wie man sie im Privatrecht seit hundert Jahren kannte, gab es im Verwaltungsrecht noch nicht. Was es gab, war ein mit Wachsmatrizen vervielfältigtes Skriptum von Peter Saladin, einem jungen, von etatistischer Aufbruchsstimmung beseelten Professor, der mit Herzblut daran ging, uns Studenten zu tatkräftigen Fachkräften staatlicher Beglückungsprogramme heranzubilden.

Natürlich lernten wir dies alles fleissig und bewiesen dann unser Können an der Schlussprüfung. Wirklich ganz alle waren es zwar nicht. Einzelne begegneten dem verwaltungsrechtlichen Paternalismus mit Skepsis, ja mit Hohn und auch mit Protest. Das waren keine libertären Staats skeptiker – solche gab es damals nur in den fernen USA –, sondern linke Jungrevolutionäre mit frecher Mähne und noch frecherem Mundwerk. Sie wollten sich à tout prix nicht bevormunden lassen, weder von kapitalistischen Bonzen noch von staatlichen Potentaten. Und ebenso wenig von angeblich gescheiterten Professoren.

Die Metamorphose der Linken

Ein Professor immerhin, Günter Stratenwerth, war auch und gerade bei den Linken beliebt. Der fachlich und sprachlich brillante Strafrechtler aus Deutschland tat nichts lieber, als Widersprüche in der staatlichen Strafjustiz aufzuzeigen und sie als Repressionsinstrument einer bornierten Obrigkeit zu entlarven. Das kam bei den 68ern natürlich an. Für sie war so ziemlich alles, was vom Staat kam, Repression: all diese spiessigen Vorschriften und Beschränkungen wie die Polizeistunde, die Tramtaxen, in einzelnen Kantonen das Konkubinatsverbot, die unverschämten Studiengebühren, die erniedrigende Militärdienstpflicht sowieso; und dann vor allem – als Krone der Repression – das staatliche Strafrecht. Dieses war so etwas wie die Domäne der Linken, nicht um es einzusetzen, sondern um es zu zerlegen, blosszustellen und auszubremsen. Die linken Studenten wurden später linke Strafverteidiger und kämpften gut ausgebildet und scharfzüngig gegen meist bürgerliche Staatsanwälte und Strafgerichte.

Doch in der Folge – wohl um die Wende von den 70er zu den 80er Jahren – muss so etwas wie eine Metamorphose der Linken in

ihrem Verhältnis zu staatlicher Einflussnahme eingesetzt haben. Ihre traditionell pazifistische Abneigung gegen Atombomben weiteten sie nun auf Atomkraftwerke aus. Ihre Gegner waren nun nicht mehr nur staatliche Generäle, sondern privatwirtschaftliche Generaldirektoren. Und gegen diese konnte es nun plötzlich probat sein, staatliche Instrumente zur Hand zu haben.

Das war der Nährboden für zentralstaatliche «Regulierung», ein Wort übrigens, das bis dahin hierzulande unbekannt war. 1980 trat das gesamtschweizerische Raumplanungsgesetz in Kraft, dem 1983 das seelenverwandte Umweltschutzgesetz folgte, 1982 die landesweit verbindlichen Vorschriften zur beruflichen Vorsorge gemäss dem BVG, um nur einige zu nennen. Und es war die Zeit, als einzelne besonders motivierte 68er auf ihrem Weg durch die Instanzen eben daran waren, sich in den Teppichetagen der staatlichen Verwaltungsbürokratien einzurichten. Das Verwaltungsrecht, das sie zu Studienzeiten verachtet hatten, war zu ihrem täglichen Arbeitsinstrument geworden.

Anordnung statt Recht

Und es erwies sich als ausgesprochen praktisch, dieses Verwaltungsrecht. Vor allem wenn es darum geht, politische Pläne in die Tat umzusetzen und dabei in die Freiheit der Leute einzugreifen: Will ein staatliches Amt einen solchen Eingriff vornehmen – ein Bauvorhaben verbieten, eine Umweltschutzmassnahme anordnen, den obligatorischen Beitritt zu einem Vorsorgeträger erzwingen, die Bezahlung einer Abgabe einfordern, das Leisten von Frondienst befehlen, die Teilnahme im Schwimmunterricht durchsetzen oder was auch immer –, so schreibt es dies auf ein Stück Papier und schmückt es mit der Überschrift «Verfügung». Das ist ein wahres Zauberwort. Denn damit ist die betreffende Massnahme bereits bewilligt, erlaubt und rechtens. Der Wunsch wird zum Befehl, und dies im durchaus juristischen und durchsetzbaren Sinn. Praktisch, dieses Verwaltungsrecht, nicht?!

Zum Vergleich das Privatrecht der Normalsterblichen: Hier müsste man in all diesen Fällen zuerst mit dem Betroffenen verhandeln, ihn von der vorgesehenen Massnahme überzeugen und allenfalls eine Abgeltung aushandeln. Und wollte man noch versuchen, die Massnahme auch ohne Zustimmung durchzusetzen – etwa weil man sie für besonders wichtig und dringend erachtet –, so müsste man darum kämpfen, notfalls ein neutrales Gericht anrufen, das beurteilen soll, ob ein Anspruch auf Durchsetzung der Massnahme ausnahmsweise auch ohne Zustimmung des Betroffenen statthaft sei. Das ist der anstrengende «Kampf ums Recht», wie ihn im 19. Jahrhundert der grosse deutsche Jurist Rudolf von Jhering beschworen hatte:

«Alles Recht in der Welt ist erstritten worden, jeder Rechtssatz, der da gilt, hat erst denen, die sich ihm widersetzten, abgerungen werden müssen, und jedes Recht ... setzt die stetige Bereitschaft zu seiner Behauptung voraus.»

Beim Verwaltungsrecht des Staates entfällt dies. Anstelle der anstrengenden Auseinandersetzung tritt die Anordnung; nicht

«Anstelle der anstrengenden Auseinandersetzung tritt die Anordnung.»

David Dürr

die Anordnung von Recht, denn Recht ist dies natürlich nicht, sondern bloss – genau: die nackte Anordnung.

Gekaufte Richter

Um dem Ganzen doch noch so etwas wie einen Anstrich von «Recht» zu geben, räumt der Staat dem Betroffenen die Möglichkeit einer Einsprache oder eines Rekurses ein. Das ist blanker Zynismus, wenn man bedenkt, welche Zumutungen einen Verfügungsadressaten, der sich beispielsweise gegen eine fehlerhafte Steuerveranlagung wehren will, auf seinem Rechtsmittelweg erwarten: Es beginnt schon damit, dass ihm die anstrengende Offensivrolle zugeschoben wird. Er hat die kostspielige Unterstützung eines Anwalts einzuholen, er hat darzulegen, weshalb die Veranlagung nicht gerechtfertigt sei. Und wenn er nicht aufpasst wie ein Häftlimacher, hat er auch schon die kurze Frist verpasst, die ihm vom Staat angesetzt wird. Je nach anwendbarer Verfahrensordnung beträgt sie 10 bis höchstens 30 Tage. Für die Einsprachen- oder Rekursbehörden hingegen gibt es keine Fristen. Bis man von der etwas liest – in der Regel eine Abweisung des Begehrens –, kann es gern auch einige Monate dauern.

Und die Pointe kommt erst: Geht unser Steuerpflichtiger nun den beschwerlichen Weg noch weiter bis hin zum Gericht, das ja von der Verwaltung unabhängig sein sollte, so wird er erst recht Erstaunliches feststellen. Nämlich dass der Staat selbst, also die Gegenpartei, mit der er im Streit liegt, das Gericht stellt. Die Richter stehen auf der Lohnliste seiner Gegenpartei. Gekaufte Richter! Und wollte unser tapferer Rekurrent noch auf diesen Missstand hinweisen, so wird man ihn belehren, es gebe da als wichtiges Prinzip des Rechtsstaats die sogenannte «Gewaltenteilung».

Zur Arroganz der Machthaber gesellt sich also noch eine unverblünte Beleidigung der Intelligenz der Rechtssuchenden. Oder anders gefragt: Wie würden Sie reagieren in einem Rechtsstreit gegen eine grosse Firma, wenn diese selbst das Gericht stellt, alle Richter bezahlt und dies dann allen Ernstes damit rechtfertigt, dieses firmeneigene Gericht sei organisatorisch strikt von den anderen Firmenabteilungen getrennt?

Privilegien statt Rechtsgleichheit

Mit dieser verfahrensmässigen Ungleichheit einher geht auch eine inhaltliche. Das heisst, auch bei der gesetzlichen Umschreibung von Rechten und Pflichten wird mit zweierlei Ellen gemessen. Zwar wird immer wieder feierlich die Gleichheit vor dem Gesetz als Errungenschaft des sogenannten Rechtsstaats beschworen. Recht und Gesetz, so heisst es dann, gölten für alle im Land genau gleich, für Grosse und Kleine, Reiche und Arme, Promis und Unbekannte. Und nicht zuletzt auch für den Staat selbst. Man nennt dies dann etwas wichtig die «Rule of Law».

Doch leider stimmt auch das nicht. Was sich der Staat in seinen staatlichen Gesetzen an Privilegien zuschanzt, verbietet er den Normalsterblichen bei Strafe: Einem anderen Geld wegzunehmen, ohne dass dieser freiwillig zustimmt oder ohne dass er einen Schaden angerichtet hat, ist für Private strafbarer Diebstahl. Dem Staat hingegen ist es erlaubt; denn Steuern erhebt er – wie das Verwaltungsrecht dazu sagt – «voraussetzungslos». Freiheitsberaubung und Zwangsarbeit ist Privaten bei Strafe verboten. Der Staat nennt das einfach «obligatorischer Militärdienst» – und bestraft nicht etwa sich dafür, sondern denjenigen, der den Militärdienst verweigert.

Verwaltungsrecht, ja letztlich die in unserem real gelebten Gesetzespositivismus so selbstverständlich hingegenommene Unterscheidung in Privatrecht und öffentliches Recht, ist nichts anderes als die institutionalisierte Ungleichheit vor dem Gesetz. Sie unterlegt mit verblüffender Offensichtlichkeit, dass das Paradigma des sogenannten Rechtsstaates ein Widerspruch in sich ist.

Macht statt Recht

Von solchen Einwänden – selten genug – in Verlegenheit gebracht, pflegt das öffentliche Recht als letzten Verteidigungspfeil das Demokratieargument aus seinem Köcher zu holen: Das Staatsgebaren, mag es noch so sehr seine Schwächen haben, entspreche letztlich halt doch dem Willen des demokratisch legitimierten, von der Verwaltung und vom Justizapparat unabhängigen Gesetzgebers und damit letztlich des souveränen Staatsvolks. In letzter Konsequenz seien es die Rechtsunterworfenen selbst, die sich all diese Regeln und Beschränkungen auferlegten. Etwas in der Art wird auch unser Steuerrekurrent zu hören bekommen, wenn er die Legitimation des staatlichen Steuergesetzes in Frage stellt.

Dabei handelt es sich um eine offensichtliche Notlüge: Die allermeisten der etwa in Bundesbern produzierten Normen stammen gar nicht von der Legislative, sondern von der Regierung. Der mit Abstand grösste Teil aller Bundesvorschriften, die sogenannten Verordnungen, wird vom Bundesrat und seinen Departementen erlassen, ohne dass das Parlament sie auch nur zu Gesicht bekommt. Vors Parlament kommen bloss sogenannte Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse, doch auch sie sind weitestgehend Produkte der Regierung, werden sie doch zu mehr als 90 Prozent von ihr initiiert, alsdann von ihr und ihren Departementen textlich ausgearbeitet und schliesslich wieder von ihr in Kraft gesetzt. Dass diese Erlasse auch noch eine Schlaufe durchs Parlament einlegen, hat vorwiegend Ritualcharakter. Mehr als kosmetische Änderungen sind dabei nicht die Regel, sondern seltene und insofern wiederum rituelle Ausnahmen, von den noch viel selteneren Schlaufen der Volksabstimmung – ganze 2 Prozent der geltenden Bundesgesetze sind davon betroffen – gar nicht zu reden.

Kein Wunder, dass solche «Gesetze» durchwegs rein technokratische Umsetzungsinstrumente für irgendwelche ideologisch gerade modischen Vorstellungen einiger Politiker sind. Dass Gesetze – schon rein begrifflich – so etwas wie allgemeine Verhaltensgesetzmässigkeiten des menschlichen Zusammenlebens sind, interessiert nicht. Gesetz ist einfach das, was von den 246 Würdenträgern im Bundeshaus beschlossen wird, sei das sinnvoll oder absurd, wichtig oder banal, gerecht oder ungerecht. Den edlen Rechtsphilosophen Gustav Radbruch wissen diese Gesetzesproduzenten auf ihrer Seite. Und wenn es dann um die handfeste Durchsetzung geht, darf auch gern der harsche Polizeioffizier aus Herbert Asburys «Gangs of New York» Pate stehen:

«There is more law in the end of a policeman's nightstick than in a decision of the Supreme Court.»

Oder kurz: Wer die Macht hat, macht das «Recht».

Natürliches Recht als Alternative

Aber gibt es denn Alternativen? Wer, wenn nicht der Staat, soll das Recht machen? – Wir sind der Antwort bereits begegnet, oben bei jenen über lange Zeiträume natürlich gewachsenen Verhaltensgesetzmässigkeiten der Menschen. Dieses Recht muss nicht gemacht, diese Gesetze müssen nicht gegeben werden – schon gar nicht von einem auf seine eigenen Interessen bedachten Gesetzgebungsmonopolisten –, sie sind schon da, wie andere Naturgesetze, etwa die Schwerkraft, auch. Und da käme ja auch niemand auf die absurde Idee, sie vorzuschreiben.

Das schliesst aber nicht aus, sich mit solchen Naturgesetzmässigkeiten des gesellschaftlichen Zusammenlebens professionell und wissenschaftlich zu befassen. Wie der Ingenieur Naturgesetze der Physik in nützliche Abläufe oder Geräte umsetzt, so lässt sich auch mit Naturgesetzen des menschlichen Verhaltens arbeiten. Da lassen sich geeignete Verfahrens-, Entscheidungs- oder auch Durchsetzungsabläufe entwickeln und etwa als Konfliktlösungsdienste marktwirtschaftlich anbieten. Jedenfalls braucht es auch hier, gleich wie beim Ingenieur, den typisch naturwissenschaftlichen Blick, dem es ums Erklären und Verstehen geht, manchmal ums Behaupten und Streiten, aber nie ums Vorschreiben.

Ein solch natürliches Recht gilt nicht, weil es vorgeschrieben wäre, sondern weil es gilt: Haben Sie schon einmal erlebt, was passiert, wenn ein Übergriff geschieht, zum Beispiel jemand einen anderen niederschlägt? Da läuft Erstaunliches bei den zufällig Vorbeigehenden ab: Da bleiben ausnahmslos alle stehen und schauen wie gebannt zum Geschehen, einige rennen hin, um dem Opfer zu helfen oder den Täter zu stellen, andere rufen um Hilfe oder bringen mit lautem Schrei und sichtbarer Gestik ihr Entsetzen, Mitgefühl oder Missfallen zum Ausdruck. Und all dies, noch bevor sie zu denken beginnen. Hinterher, bei kühlerem Kopf, werden sie über ihr eigenes Verhalten erstaunt sein und von einem spontanen und äusserst starken Drang berichten, sich für das wehrlose Opfer einzusetzen. – Das ist geltendes Recht, nicht staatlich verordnetes, sondern natürlicherweise in Kraft stehendes Recht.

Nun mag es ja nicht weiter stören, wenn der Staat das, was ohnehin abläuft, auch noch etwas wichtigtuerisch «befiehlt». Problematisch wird es aber, wenn er etwas vom natürlichen Recht Abweichendes befiehlt, beispielsweise dass nur er selbst dem Opfer helfen dürfe; dass dezentrale Rechtsdurchsetzungsangebote grundsätzlich verboten seien; dass der Staat deshalb seine Schutzfunktion mit flächendeckenden Kontrollen und weitreichenden Freiheitsbeschränkungen perfektionieren müsse; dass dies mit zwangsweise durchgesetzten Abgaben finanziert werden müsse; dass man sich gegen all dies nicht wirklich wehren dürfe, ausser wiederum über die sogenannten «Rechtswege» des Staates selbst.

Nein, nur ohne einen solchen Staat werden Recht und Gerechtigkeit eine Chance haben. ◀