

Vorwort

Die Beschäftigung mit rechtsphilosophischen Fragen ist im Rahmen des juristischen Studiums kein Selbstzweck. Rechtsphilosophie ist hier ein „Grundlagenfach“. Das bedeutet: Sie soll die Fundamente legen für ein besseres Verständnis der Strukturen der Rechtsordnung, deren Kenntnis im Verlauf der universitären Ausbildung fortschreitend vermittelt werden soll, und die auch bei Prüfungsarbeiten bis hin zum Ersten und Zweiten Staatsexamen klar im Vordergrund stehen wird. Rechtsphilosophie ist in diesem Sinne Reflexion nicht nur auf universelle Grundfragen des Rechts, sondern auch auf die Antworten, die das „eigene“ Rechtssystem auf diese Fragen gibt. Die Zäsur, die nach meiner Erfahrung im Curriculum der juristischen Ausbildung zwischen Rechtsphilosophie einerseits, den dogmatischen Disziplinen (Zivilrecht, öffentliches Recht, Strafrecht) andererseits typischerweise liegt, ist weder in der Sache begründet noch für den weiteren Verlauf des Studiums hilfreich.

Diese „Einführung“ zieht daraus die Konsequenz, rechtsphilosophische Probleme stärker mit Regeln und Prinzipien des gesetzten Rechts zu verzahnen als üblich. Sie versucht einerseits, rechtsphilosophische Fragen anhand positiv-rechtlicher Regelungen zu exemplifizieren, andererseits, fundamentale Regeln des gesetzten Rechts auf ihre philosophische Basis zurückzuführen. Zugleich will sie den Studierenden von Anfang an ein Bewusstsein dafür vermitteln, was die Voraussetzungen und die Ziele der „Arbeit am Recht“ sind, die sie nicht nur im Laufe des Studiums, sondern auch und in ihrer späteren juristischen Tätigkeit zu leisten haben. Ich habe sie deshalb, entgegen der ursprünglichen Absicht, als „Einführung in Rechtsphilosophie *und* Rechtswissenschaft“ konzipiert.

Dort, wo die rechtsphilosophischen Fragen an das positive Recht angeschlossen werden, beziehen sie sich naturgemäß auf die Rechtsordnung der Bundesrepublik. Die Probleme, auf die das deutsche Recht reagiert, sind aber Probleme, die sich für jede Rechtsordnung stellen. Insoweit haben die Regelungen der deutschen Rechtsordnung, ebenso wie die herangezogenen Beispiele aus der Rechtsprechung, exemplarischen Charakter. Aus Sicht der Rechtsordnungen anderer Staaten würde sich die Frage anschließen, inwieweit diese Probleme im eigenen Rechtssystem entsprechend, inwieweit sie in anderer Weise gelöst werden.

Ein Wort zum Stil des Buches. Es bemüht sich um klare Darstellungen und eine verständliche Sprache. Gelegentliche provokative Formulierungen sollen nicht nur die Neugier der Leserinnen und Leser wecken. Sie wollen auch dazu einladen, vermeintliche Selbstverständlichkeiten zu hinterfragen und insofern eine kritische Perspektive einzunehmen. „Kritisch“ meint dabei selbstverständlich nicht „ablehnend“, sondern – im Sinne der Verwendung des Begriffs in den „Kritiken“ Kants – „prüfend“, „reflektiert urteilend“. In diesem Sinne ist eine kritische Perspektive für die Rechtsphilosophie (wie für jede andere Fach-Philosophie) konstitutiv.

Dem Nomos-Verlag, insbesondere Herrn Dr. *Peter Schmidt*, danke ich für die gewohnt harmonische und effiziente Zusammenarbeit. Herrn Rechtsreferendar Dr. *Sascha Zinn* gebührt Dank für seine vorbildliche, über die redaktionelle Mitarbeit weit hinausgehende Unterstützung. Ein besonderer Dank gilt den Teilnehmerinnen und Teilnehmern meiner rechtsphilosophischen Lehrveranstaltungen, auf denen diese „Einführung“ aufgebaut, für ihre interessierten Fragen und anregenden Diskussionsbeiträge. Gewidmet ist dieses Buch meiner geliebten Frau und inspirierenden Gesprächspartnerin *Vasiliki Neumann-Roustopani*.

Kronberg/Athen, im März 2025

Ulfrid Neumann

Inhaltsübersicht

Vorwort	5
Abkürzungen	19
A. Staat und Recht (Legitimation des Staates)	
§ 1 Warum ist der Staat keine Räuberbande?	21
§ 2 Ursprung der Staatsgewalt: „Gott“ oder „das Volk“?	34
§ 3 Quis custodiet custodes ipsos? Wer schützt die Bürger vor dem Staat?	50
B. Begriff, Struktur und Geltung des Rechts	
§ 4 Begriff und Existenz des Rechts	78
§ 5 Recht und Moral	99
§ 6 „Geltung“ des Rechts – Fakt oder Fiktion?	111
§ 7 Makrostruktur der Rechtsordnung	128
§ 8 Mikrostruktur der Rechtsordnung	141
C. Leistungen des Rechts	
§ 9 Funktionen und Dysfunktionen des Rechts	162
§ 10 Jedem das Seine, allen das Gleiche oder niemandem Nichts? Die Schattenspiele der Gerechtigkeit	174
§ 11 Rechtssicherheit contra Gerechtigkeit	206
§ 12 Prozessrecht und materielles Recht	215
D. Arbeit am Recht	
§ 13 Rechtswissenschaft	224
§ 14 Rechtsdogmatik	240
	7

Inhaltsübersicht

§ 15 „Das Jüngste Gericht zweiter Instanz“ oder: Warum Urteile begründet werden müssen	256
§ 16 „Legt Ihr's nicht aus, so legt was unter!“ – Die Interpretation von Gesetzen	265
Literaturverzeichnis	283
Stichwortverzeichnis	295
Personenverzeichnis	303

Inhalt

Vorwort	5
Abkürzungen	19

A. Staat und Recht (Legitimation des Staates)

§ 1 Warum ist der Staat keine Räuberbande?	21
I. Zwei Szenarien	21
II. Unterschiede	21
1. „Gute“ versus egoistische Zwecke	22
2. Gerechtigkeit versus Ungerechtigkeit (Augustinus)	23
3. Zuständigkeit versus Unzuständigkeit (Kelsen)	24
a) Unterschiedliche Deutungen	24
b) Wirksamkeit als Kriterium einer staatlichen Ordnung	25
4. „Todesstrafe“ oder „Mord“?	26
III. Gleichsetzungen	27
1. Todesstrafe als Mord	28
2. Tradition des Anarchismus	28
3. „Anarcho-Kapitalismus“	29
IV. Zusammenfassung und Kritik	30
1. Augustinus	30
a) Gerechtigkeit als Definitions-Kriterium des Staates	30
b) Gerechtigkeit als Legitimationskriterium	30
2. Kelsen	31
3. „Linker“ Anarchismus	32
4. „Anarcho-Kapitalismus“	33
§ 2 Ursprung der Staatsgewalt: „Gott“ oder „das Volk“?	34
I. „Staatsgewalt“	34
1. Normative und physisch-reale Dimension	34
2. Legitimationsbedarf	35
3. Zwei Modelle der Legitimation	35
II. „Alle Staatsgewalt ist von Gott“	36
1. Zwei Schwerter-Lehre	36
2. Verblässen der religiösen Legitimation	37
a) Reformation	37
b) Aufklärung	37
3. Nachwirkungen	38
III. Staat und Religion	39
1. „Staatsnotwendige Sakralität“?	39
2. Alternative: „Verfassungspatriotismus“	40
3. Verfassung oder Religion: Loyalitätskonflikte	41

Inhalt

4. Divergenzen: Gleichstellung oder Diskriminierung von Frauen?	42
IV. „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“	44
1. Modell: Gesellschaftsvertrag	44
2. Thomas Hobbes	46
3. Jean-Jaques Rousseau	48
§ 3 Quis custodiet custodes ipsos? Wer schützt die Bürger vor dem Staat?	50
I. Ambivalenz staatlicher Gewalt	50
II. Schutz und Repression	50
1. Konsensmodell	51
2. Konfliktmodell	52
III. Sicherungen: Rechtsstaat, Demokratie, Menschenrechte	55
1. Rechtsstaatsprinzip	56
a) Status	56
b) Gehalt	57
aa) Gesetzesbindung	57
bb) Gewaltenteilung	59
cc) Verfassungsgerichtsbarkeit	63
2. Demokratie	72
a) Kontrollfunktion	72
b) „Mehrheit“ statt „Wahrheit“	73
c) Wahrheit durch Mehrheit?	73
d) Tyrannei der Mehrheit?	74
3. Menschen- und Bürgerrechte	74
IV. „Krise der Demokratie“	75
1. Übermacht internationaler Konzerne	76
2. Verschärfung sozialer Ungleichheit	76
3. Demokratiedefizite	76
4. Populismus	77
 B. Begriff, Struktur und Geltung des Rechts	
§ 4 Begriff und Existenz des Rechts	78
I. Zwei Rechtsbegriffe	78
II. Kompetenz oder Gerechtigkeit?	79
1. Rechtspositivismus	79
a) Recht nur durch Setzung	79
b) Spielräume für Wertungen	80
2. Naturrecht (Rechtsmoralismus)	81
III. Was ist die „Natur“ im Naturrecht?	81
1. Empirische Natur des Menschen	81
2. „Geschöpfliche“ Natur des Menschen	83
a) Verbindlichkeit des göttlichen Willens	83

b) "Voluntaristisches" Naturrecht	84
3. Vernunftnatur des Menschen	84
IV. Historische Rechtsschule	85
1. Gegen Naturrecht <i>und</i> Gesetzgebung	85
2. Kritik	86
a) Diskriminierung der Nation (<i>Hegel</i>)	86
b) Scheinbare Wertaskese und verdeckte Wertungen (<i>Lask, Radbruch</i>)	87
V. Exkurs: Das werdende als das Gesollte (Monismus)	88
VI. Aktuelle Diskussion	88
1. Dominanz des positiven Rechts	89
a) Steuerungsfunktion des Rechts	89
b) Globalisierung	89
2. Naturrecht als bloßes Korrektiv des positiven Rechts	89
3. Radbruchsche Formel	90
a) Zeitgeschichtlicher Kontext	90
b) Unerträglichkeits- und Verleugnungsformel	91
c) Philosophischer Hintergrund der „Verleugnungsformel“	92
d) Beispiel: NS-Verordnung vom 12. November 1938	92
e) Problem: Verdeckte Rückwirkung („Mauerschützen“)	93
4. Aktuelle Varianten von Positivismus und Nichtpositivismus	95
a) Spielarten des Nichtpositivismus	95
b) Spielarten des Positivismus	96
VII. Politische Indifferenz des „Denkmodells“ des Naturrechts	96
§ 5 Recht und Moral	99
I. Dissonanzen	99
II. Begriffliche Abgrenzung von Recht und Moral	100
1. Durchsetzbarkeit rechtlicher Normen	100
2. Nicht durchsetzbare Rechtsnormen	100
III. Strukturelle Unterschiede	102
1. Heteronomes Recht versus autonome Moral	102
a) Rechtspflicht durch Gewissenspflicht?	102
b) Autonome und heteronome Moral	102
2. Interna und Externa. Rechts- und Tugendpflichten	103
3. „Rechtswidrig“ versus „böse“	104
4. Deontologische und konsequentialistische Modelle	104
a) In der (Meta-)Ethik	104
b) Im Recht	106
IV. Interaktionen	107
1. Soziale Dimension	107
a) Recht und <i>positive morality</i>	107
b) Recht und <i>critical morality</i>	108
2. Normative Dimension	108
a) Moralnormen als Elemente des Rechts	108

Inhalt

b) Moralische Grenzen des Rechts	109
§ 6 „Geltung“ des Rechts – Fakt oder Fiktion?	111
I. Normative und faktische Geltung des Rechts	111
II. Faktische Geltung (Effizienz, Wirksamkeit)	111
1. Verhaltensgeltung	112
2. Sanktionsgeltung	113
III. Normative Geltung	114
1. Geltung als ideale Existenz des Rechts?	114
2. Kritik einer normativen Geltung des Rechts (Rechtsrealismus)	115
3. Rechtsgeltung als institutionelle Tatsache	117
IV. Effizienz (Wirksamkeit) als Bedingung normativer Geltung?	119
1. Effizienz des Rechtssystems	119
2. Effizienz der Einzelnorm	120
a) Kontrafaktischer Geltungsanspruch des Rechts	120
b) Korrektur durch Gesetzgebung	121
V. Moralische „Geltung“ des Rechts (Legitimität)	122
1. Verbindlichkeit durch individuelle Anerkennung	122
2. Verbindlichkeit durch kollektive Anerkennung	123
3. „Geltung“ und „Legitimität“ des Rechts	123
VI. Ziviler Ungehorsam zwischen Legalität und Legitimität	124
1. Begriff	124
2. Ziviler Ungehorsam als Rechtfertigungsgrund?	125
3. Ziviler Ungehorsam als Problem der Legitimität	126
4. Rechtliche Konsequenzen	127
§ 7 Makrostruktur der Rechtsordnung	128
I. Der Stufenbau der Rechtsordnung – ein Gebäude ohne Fundament?	128
1. Die „Grundnorm“ (Kelsen)	130
a) Inhalt	131
b) Status	132
c) Völkerrecht und staatliches Recht	134
2. Die „Erkenntnisregel“ (H. L. A. Hart)	134
a) Gehalt und Status	134
b) Komplexität	135
c) Interne und externe Perspektive	136
d) Primäre und sekundäre Regeln	136
II. Rechtspluralismus statt Stufenbau	137
1. Ehrlich gegen Kelsen	137
2. Interagierende Rechtsordnungen	138
3. Staatliches und nichtstaatliches Recht	139
III. Fazit	139

Inhalt

§ 8 Mikrostruktur der Rechtsordnung	141
I. Ist Stehlen erlaubt? Sanktionsnorm und Verhaltensnorm	141
1. Kritik der „Verhaltensnorm“	141
2. Verteidigung	142
II. Verhaltensnormen: Rechts- oder Sozialnormen?	143
1. Eine Kontroverse	143
2. Interaktion rechtlicher und sozialer Normen	144
III. Imperativentheorie	146
1. Vertreter	146
2. Kritik der Imperativentheorie	147
a) Ermächtigende und konstitutive Normen	147
b) Normen als Handlungsgründe	148
IV. Primär- und Sekundärnormen	149
V. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien	149
VI. Konditionale und finale Programmierung	151
1. Vorteile konditionaler Programmierung	151
2. Alternative: Folgenorientierung	152
a) Beispiel: Die eifersüchtige Greisin	152
b) „Kinder den Mütterlichen“?	153
c) Rechtsbeugung durch Folgenorientierung – ein zeitgeschichtlicher Fall	154
VII. Subjektive Rechte	155
1. Typisierungen	155
2. Rechtstheoretische Kritik	156
3. Rechte von Tieren und Rechte der Natur	157
a) Entwicklungen	157
b) Rechtstechnische Dimension	159
c) Rechtsethische Dimension	159
 C. Leistungen des Rechts	
§ 9 Funktionen und Dysfunktionen des Rechts	162
I. Soziale Leistungen des Rechts	162
1. Gesellschaft ohne Recht?	162
2. Sicherheit durch Recht und Sicherheit des Rechts	162
3. Konfliktvermeidung und Konfliktlösung durch Recht	163
a) Funktion und Strukturen der Justiz	164
b) Strafjustiz: „Enteignung“ des Opfers?	165
4. Steuerung gesellschaftlicher Entwicklungen	166
II. Kritik des Rechts	167
1. Legitimation von Herrschaft	167
2. Okkupation gesellschaftlicher Entwicklungen	167

3. Überregulierung (Bürokratie)	168
4. Verrechtlichung im sozialen Nahbereich	169
a) Die „Kälte“ des Rechts	169
b) „Kolonialisierung der Lebenswelt“ (Habermas)	169
5. Kritik der subjektiven Rechte	171
III. Fazit	173
§ 10 Jedem das Seine, allen das Gleiche oder niemandem Nichts? Die Schattenspiele der Gerechtigkeit	174
I. Gerechtigkeit – ein Phantom?	174
1. Gerechtigkeit als Wertmaßstab des Rechts	174
2. Defizite des Maßstabs der Gerechtigkeit	175
a) „Gerechtigkeit“ – eine Leerformel?	175
b) Mehrdimensionalität: Gleichbehandlung, Leistungs- und Bedürfnisgerechtigkeit	177
3. Ausgleichende und austeilende Gerechtigkeit	178
II. Komplementarität der Prinzipien „Jedem das Seine“ und „Allen das Gleiche“	179
III. Kriterien gerechter Ungleichbehandlung	180
1. Politische Zugehörigkeit	180
2. Leistung	182
3. Angebot und Nachfrage	183
4. Bedürfnis	184
IV. Ein hypothetisch-prozedurales Modell (Rawls)	186
1. Struktur	186
2. Beispiel	187
V. „Gerechtigkeit“ als staatliche Aufgabe?	187
1. Gebot der Gleichbehandlung aller Bürger	188
2. Der Staat als Garant gesellschaftlicher Gleichbehandlung?	189
a) „Marktgerechtigkeit“ oder staatliche Regulierung?	189
b) Sozialstaat und soziale Gerechtigkeit	190
c) Ergebnis- oder Chancengerechtigkeit?	191
d) Gebot der Gleichbehandlung – auch für Vertragspartner	192
e) Gerechtigkeit durch kompensierende Ungerechtigkeit?	193
VI. Gerechtigkeit – wem gegenüber?	197
1. Individuen und Kollektive	197
2. Generationengerechtigkeit	198
3. Gerechtigkeit für Tiere?	199
4. Strafgerechtigkeit	200
a) Soziale Nützlichkeit der Strafe („relative“ Straftheorien)	200
b) Strafe als „gerechte Vergeltung“ („absolute“ Straftheorien)	201
c) Genugtuung für das Opfer	202
d) Bestrafungsrisiko als Kompensation einer Chancenanmaßung	203
e) Die „gerechte“ Strafe	203

Inhalt

VII. Prozedurale Gerechtigkeit	204
1. Elemente der Verfahrensgerechtigkeit	204
2. „Reine“ Verfahrensgerechtigkeit	204
§ 11 Rechtssicherheit contra Gerechtigkeit	206
I. Wann sind Fehlurteile richtig?	206
1. „Sperrwirkung“ der Rechtskraft des Urteils (ne bis in idem)	206
2. Durchbrechung der Rechtskraft: Wiederaufnahme des Verfahrens	209
3. Rechtskraft und Rechtssicherheit – politisch unter Druck	209
II. Starre Regeln versus flexible	210
1. Fristen	211
2. Altersgrenzen	211
3. „Bedarf an Vagheit“	212
III. Fazit	214
§ 12 Prozessrecht und materielles Recht	215
I. Durchsetzung des Rechts im Prozess	215
1. Notwendigkeit der Rechtsdurchsetzung	215
2. Verantwortlichkeiten	215
II. Grenzen	217
1. Beweisbarkeit	217
2. „Materielle“ und „formelle“ Wahrheit	219
III. Blockaden	220
1. „Nicht überführt“ = unschuldig?	220
2. Beweisverbote	221
IV. „Reine Verfahrensgerechtigkeit“?	223
 D. Arbeit am Recht	
§ 13 Rechtswissenschaft	224
I. Die Rechtswissenschaft – eine „Wissenschaft“?	224
1. Gegenstandsaspekt	224
a) Wandelbarkeit des positiven Rechts	224
aa) „Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“	224
bb) Wissenschaft als Erkenntnis des Unveränderlichen (Aristoteles)	225
cc) Wissenschaften vom Allgemeinen und vom Besonderen	226
b) Wahrheitsfähigkeit rechtswissenschaftlicher Aussagen	226
c) Die Rechtswissenschaft als Produzentin des Rechts	227
aa) Gesetzesergänzung durch Rechtsdogmatik	227
bb) Alternative: Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft	229
2. Methodenaspekt	229
a) Das „empiristische Sinnkriterium“	230

Inhalt

b) Falsifikationsmodell des „Kritischen Rationalismus“	230
c) Falsifikationsmodell in der Rechtswissenschaft	231
II. Rechtswissenschaft – Eine säkulare Theologie?	233
1. Parallelen	233
2. Identifikation der maßgeblichen Texte	233
a) Gemeinsamkeiten	233
b) Unterschiede	234
3. Auslegung	235
4. Fazit	236
III. Sozialtechnologische Deutung der Rechtswissenschaft	236
IV. Partikulare „Rechtswissenschaften“	238
§ 14 Rechtsdogmatik	240
I. Funktion und Anwendungsbereich der Rechtsdogmatik	240
1. „Dogmatische Disziplinen“ und „Grundlagenfächer“	240
2. Zwei Stockwerke der Dogmatik	240
3. <i>Eine</i> Dogmatik für <i>eine</i> Rechtsordnung?	240
a) Dogmatik erster Stufe	241
b) Dogmatik zweiter Stufe	243
II. Verbindung zwischen Rechtswissenschaft und -praxis	243
1. Brückenfunktion der Rechtsdogmatik	243
2. Gesetzeskommentare	244
3. Vorrang-Anspruch der akademischen Rechtsdogmatik	245
III. Kritik des Erkenntnisanspruchs der akademischen Rechtsdogmatik	246
1. Modell der Rechtserkenntnis	246
2. Destruktion des Erkenntnis-Modells	246
3. Rechtswissenschaft als rationale juristische Argumentation	248
IV. Rechtstheoretische Kritik der Rechtsdogmatik	248
1. Dogmatik als Distanzierung vom Gesetz	248
a) Das „besondere Gewaltverhältnis“	248
b) Actio libera in causa	250
c) Das nächtliche Schlagen der Kirchturmuhre – kein „Lärm“?	251
2. „Begriffsjurisprudenz“	252
3. Naturalistische Missverständnisse	253
a) Rechtsbegriffe sind Funktionsbegriffe!	253
b) Die Suche nach der Kausalität in der Unterlassung	254
§ 15 „Das Jüngste Gericht zweiter Instanz“ oder: Warum Urteile begründet werden müssen	256
I. Gesetzliche Begründungspflichten	256
II. Probleme einer Begründungspflicht	257
1. „Begründet, aber falsch“!?	257
2. Kritik seitens der Freirechtslehre	257

Inhalt

III. Dimensionen einer Begründungspflicht	259
1. Rechtsstaatliche Dimension	259
2. Rechtstheoretische Dimension	260
3. Institutionelle Dimension	260
IV. Struktur und Duktus der Begründungen	261
1. Tatfrage und Rechtsfrage	261
2. Rechtliche Würdigung	262
3. Urteils- und Gutachtenstil	263
4. Autoritäts- und Sachargumente	263
§ 16 „Legt Ihr's nicht aus, so legt was unter!“ – Die Interpretation von Gesetzen	265
I. Gesetzesauslegung – Erkenntnis oder kreativer Akt?	265
II. Pluralität der Auslegungsmethoden	265
1. Ist Salzsäure eine „Waffe“?	266
a) Das Wortlaut-Argument	266
b) „Genetische“ und „historische“ Auslegung	269
c) Systematische Auslegung	269
d) Teleologische Auslegung	270
2. Savignys Methoden-Kanon	270
III. Problem der Methodenwahl	271
1. Fehlen eines „Methodengesetzes“	272
2. Rangfolge von Auslegungsmethoden?	272
3. Subjektive versus objektive Auslegung	273
4. Divergenzen in der Rechtsprechung	275
IV. Die Rolle des Vorverständnisses – Juristische Hermeneutik	275
1. „Vorverständnis“ statt „Willensakt“	275
2. Allgemeine (philosophische) Hermeneutik	276
3. Historische und kulturelle Relativität des Vorverständnisses	276
4. Politische Dimension	277
a) Beispiele	277
b) Ambivalenzen	278
V. „Unbegrenzte Auslegung“	279
1. Beispiele	280
a) Ethnische Herkunft als „Belästigung“ (AG Schöneberg 1938)	280
b) Ethnische Herkunft als „Bürgerlicher Tod“ (RG 1936)	281
2. Dominanz der Ideologie	281
Literaturverzeichnis	283
Stichwortverzeichnis	295
Personenverzeichnis	303

Abkürzungen

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alter Fassung
AG	Amtsgericht
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AO	Abgabenordnung
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Amtliche Sammlung)
BayVerf	Verfassung des Freistaates Bayern
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Amtliche Sammlung)
Br-Drs.	Bundesratsdrucksache
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung)
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
CanG	Cannabisgesetz
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGMR (GK)	Entscheidungen der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte
EuGH	Europäischer Gerichtshof
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
GRGA	Gustav Radbruch Gesamtausgabe
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HessVerf	Verfassung des Landes Hessen
HSOG	Hessisches Sicherheits- und Ordnungsgesetz
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KCanG	Konsumcannabisgesetz
KJ	Kritische Justiz
LG	Landgericht
medstra	Zeitschrift für Medizinstrafrecht
MEW	Marx-Engels-Werke
MSchG	Mieterschutzgesetz

Abkürzungen

n.F	neuer Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
PAG	Polizeiaufgabengesetz
RGBl	Reichsgesetzblatt
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Amtliche Sammlung)
RphZ	Rechtsphilosophie. Zeitschrift für die Grundlagen des Rechts
Rspr.	Rechtsprechung
RW	Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
SchwZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SGB	Sozialgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch
StGB-DDR	Strafgesetzbuch der (ehemaligen) Deutschen Demokratischen Republik
StPO	Strafprozessordnung
StVO	Straßenverkehrsordnung
TierSchG	Tierschutzgesetz
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
ZfL	Zeitschrift für Lebensrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG	Zeitschrift für Rechtsgeschichte
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStW	Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

A. Staat und Recht (Legitimation des Staates)

§ 1 Warum ist der Staat keine Räuberbande?

I. Zwei Szenarien

Die Frage „Warum ist der Staat keine Räuberbande?“ klingt provokativ, markiert aber nur scheinbar eine radikale Fragestellung. Denn die Formulierung setzt voraus, dass der Staat tatsächlich *keine* Räuberbande ist. Gerade darüber besteht allerdings keineswegs Einigkeit. Genauer und radikaler müsste man deshalb fragen: *Gibt es* einen Unterschied zwischen einem Staat und einer Räuberbande? Und, wenn ja: worin besteht er? 1

Natürlich geht es hier nicht um irgendeinen konkreten Staat. Zwar ist heute vielfach die Rede von „Schurkenstaaten“. Aber: Das ist kein rechtlich brauchbarer Begriff, sondern ein rhetorischer Topos der Politik. Die Frage nach dem Unterschied zwischen einem Staat und einer Räuberbande zielt auch nicht auf einzelne Regierungen, sondern auf die *Staatlichkeit* überhaupt. 2

Zur Verdeutlichung des Problems, Staat und Räuberbande voneinander abzugrenzen, zwei Szenarien: 3

Szenario (1): Bei dem Inhaber eines Restaurants erscheinen eines Morgens zwei stämmige Gestalten in Lederjacken. Sie erklären dem Besitzer (B), er habe seit längerer Zeit seine Beiträge für die Organisation der „Freunde der italienischen Oper“ nicht mehr gezahlt. Falls er ihnen nicht sofort 10.000 € aushändige, werde man ihn mitnehmen. Als B sich weigert, wird er in ein vor der Tür wartendes Fahrzeug gezerzt und abtransportiert. Die nächsten 10 Tage verbringt B in einem etwa 10 qm großen Raum mit anspruchlosester Möblierung – von der Qualität der Verpflegung zu schweigen. Danach ist er überzeugt, dass es vorteilhafter für ihn ist, die geforderte Summe zu zahlen.

Szenario (2): Einen Monat später erscheinen eines Morgens wieder zwei stämmige Gestalten in Lederjacken in seinem Restaurant. Diesmal ist auf den Lederjacken allerdings das Hessische Landeswappen zu sehen. Sie erklären dem B, er habe trotz wiederholter Mahnungen seit längerer Zeit keine Steuern mehr gezahlt und auch keine Steuererklärung abgegeben. Deshalb sei auf Antrag des Finanzamts von dem Amtsgericht Frankfurt Erzwingungshaft gegen ihn verhängt worden.

B wird in ein vor der Tür wartendes Fahrzeug verbracht und abtransportiert. Die nächsten 10 Tage verbringt B in einem etwa 10 qm großen Raum mit anspruchlosester Möblierung – von der Qualität der Verpflegung zu schweigen. Danach ist er überzeugt, dass es vorteilhafter für ihn ist, seine Steuererklärung abzugeben und die fälligen Steuerschulden zu begleichen.

II. Unterschiede

Beide Szenarien sind durchaus realistisch,¹ und sie gleichen sich, jedenfalls aus der Sicht des Betroffenen, in geradezu gespenstischer Weise. Dennoch handelt es sich in dem einen Fall um ein schweres Verbrechen, im anderen um eine rechtmäßige und pflichtgemäße Handlung. Was also ist der Unterschied zwischen der Räuberischen 4

¹ § 334 AO lässt die Anordnung von Erzwingungshaft bis zu 14 Tagen unter Umständen zu.

§ 1 § 1 Warum ist der Staat keine Räuberbande?

Erpressung, die mit einer Freiheitsstrafe bis zu 15 Jahren bedroht ist,² im ersten Szenario, und der Vollstreckung eines Haftbefehls, der dazu dienen soll, einen Bürger zu Zahlungen an den Staat zu nötigen, im zweiten? Allgemeiner: Was ist der Unterschied zwischen der Mafia und dem Finanzamt? Noch allgemeiner: Was ist der Unterschied zwischen dem Staat und einer Räuberbande?

1. „Gute“ versus egoistische Zwecke

- 5 Es liegt nahe, hier auf die jeweilige Verwendung der erlangten finanziellen Mittel abzustellen. Man könnte argumentieren: der Staat setze diese Mittel zu Zwecken des Wohlergehens seiner Bürgerinnen und Bürger ein, er baue Schulen und Krankenhäuser, subventioniere den Kulturbetrieb und garantiere den Bedürftigen das Existenzminimum als Voraussetzung eines menschenwürdigen Lebens. Demgegenüber würden die Mafiosi das erpresste Geld nur für das eigene Wohlergehen verwenden, für ein Leben im Luxus auf Kosten ihrer ausgebeuteten Opfer.
- 6 Beides mag, ungeachtet der Klischeehaftigkeit dieser Gegenüberstellung, häufig zutreffen. Dennoch ist der Verwendungszweck der erlangten finanziellen Mittel als definitorisches Kriterium zur Unterscheidung von „Staat“ und „Räuberbande“ nicht geeignet. Denn es geht hier allenfalls um typische, nicht aber um durchgehende oder gar notwendige Zuordnungen. Das bedeutet: Einerseits kann der Staat die Steuern und Abgaben durchaus auch für verwerfliche, schlimmstenfalls gemeingefährliche Zwecke einsetzen. Andererseits ist nicht zu bestreiten, dass Organisationen, die nach den einschlägigen rechtlichen Definitionen als kriminell eingestuft werden müssen, jedenfalls *auch* billigenswerte soziale Ziele verfolgen können.
- 7 Dass Steuergelder oder finanzielle Zuwendungen von überstaatlichen Organisationen immer wieder nicht zu Zwecken des Gemeinwohls, sondern zur persönlichen Bereicherung einiger Machthaber und ihrer „Amigos“ Verwendung finden, ist nicht erst seit der Verhängung von Maßnahmen gegen sogenannte „Oligarchen“ geläufig. Gefährlicher als dieser moralisch anrüchige und im Regelfall strafbare Einsatz finanzieller Ressourcen durch den Staat ist deren Verwendung zum Ankauf von Kriegswaffen zur Vorbereitung von Angriffskriegen, die zahllosen Menschen beiderseits der Front das Leben kosten werden. Vergleicht man die Zahl der Menschenleben, die den von Staaten geführten Kriegen in den vergangenen Jahrhunderten zum Opfer gefallen sind, mit der Zahl der Todesopfer „wirklicher“ Räuberbanden in dem gleichen Zeitraum, so ergibt sich eine dramatische Bilanz zu Lasten der Staaten.
- 8 Auf der anderen Seite können Gruppierungen, die systematisch Straftaten begehen und insofern zu Recht als kriminelle Organisationen eingestuft werden, moralisch hochstehende Ziele verfolgen. Der „edle“ Räuber, der den Reichen nimmt, um den Armen zu geben, ist nicht nur eine literarische Figur.³ In Jahrhunderten, in denen das Verbot der Wilderei in exzessiver Weise die Jagdprivilegien des Adels schützte, galt bandenmäßig betriebene Wilderei in der einfachen Bevölkerung häufig als Teil eines gerechten Kampfes gegen willkürliche Anmaßungen der Herrschenden.⁴ Aktuell: In Kolumbien geht es der Rebellengruppe der FARC vor allem um eine gerechtere

² §§ 253, 255, 249 StGB.

³ Exemplarisch gestaltet bei *Christian August Vulpius*, „Rinaldo Rinaldini, der große Räuberhauptmann“ (1799). Mit Karl Moor ist der „edle Räuberhauptmann“ die Zentralgestalt in *Schillers* Jugendwerk „Die Räuber“ (1781).

⁴ Dazu *Radbruch/Gwinner*, Geschichte, S. 168 ff.

Landverteilung. Dazu führt sie quasi-militärische Aktionen durch, die zum Teil durch Drogenhandel finanziert werden.

Was also ist „tatsächlich“ der Unterschied zwischen einem Staat und einer Räuberbande? Auf diese Frage gibt es grundsätzlich zwei Antworten. Die dritte mögliche Antwort unterläuft die Fragestellung, weil sie – als die oben erwähnte radikale Position – einen grundsätzlichen Unterschied zwischen Staat und Räuberbande bestreitet.

2. Gerechtigkeit versus Ungerechtigkeit (Augustinus)

Die erste Antwort gibt *Augustinus* mit der rhetorischen Frage: „Was also sind Reiche ohne Gerechtigkeit anderes als große Räuberbanden?“⁵

Aurelius Augustinus (354–430), Lehrer der Rhetorik in Karthago. Unter dem Einfluss von *Ambrosius* (ca. 340–397, Bischof von Mailand) Hinwendung zum Christentum. Vermittler zwischen der antiken Philosophie und der christlichen Religion und damit einer der Begründer einer wissenschaftlich anspruchsvollen christlichen Theologie. Später Bischof von Hippo in Nordafrika (heute im östlichen Algerien gelegen). Hauptwerke: „*Confessiones*“ („Bekenntnisse“) und „*De civitate dei*“ („Vom Gottesstaat“).

Die Antwort auf die Frage: „Warum ist der Staat keine Räuberbande?“, könnte nach *Augustinus* also lauten: „Weil er gerecht ist“. Daraus würde sich eine definitorische Einschränkung des Begriffs des Staates ergeben: Ein „Staat“ ist nur dann ein Staat (und keine Räuberbande), *wenn* er gerecht ist. Also: „Staaten“ mit verbrecherischen Zielen, Staaten in den Händen einzelner Familien, die auf maßlose Bereicherung erpicht sind, wären dann nichts anderes als große Räuberbanden.

In diesem Sinne ist *Augustinus* von namhaften Rechtsphilosophen verstanden worden.⁶ Danach wäre die Gerechtigkeit ein *definitorisches* Kriterium zur Abgrenzung von Staaten einerseits, Räuberbanden andererseits.

Die Behauptung „Staaten ohne Gerechtigkeit sind nichts anderes als große Räuberbanden“, die in *Augustinus*‘ rhetorischer Frage enthalten ist, lässt sich aber auch anders verstehen – nicht im Sinne einer kategorischen, ausschließenden Gegenüberstellung von Staaten einerseits, Räuberbanden andererseits, sondern im Sinne der Kennzeichnung ungerechter Staaten (die ihre – modern gesprochen – staatliche Qualität durch den Mangel an Gerechtigkeit nicht verlieren) als (zugleich) Räuberbanden. Die Gerechtigkeit wäre für *Augustinus* dann kein staatskonstituierendes bzw. staatsdefinierendes, sondern ein *legitimatorisches* Element.⁷

Für diese letztere Interpretation spricht, dass *Augustinus* im weiteren Verlauf seiner Argumentation die gewaltige und gewaltsame Erweiterung des von den Assyern beherrschten Gebiets unter ihrem König Ninus, die von römischen Historikern berichtet wurde, als „Räuberei im großen Stil“ bezeichnet, sie aber zugleich als Erweiterung des Assyrischen Reiches (!) versteht. Auch ein ungerechter Staat bleibt danach ein Staat. Er verdient aber keine andere moralische Bewertung als eine Räuberbande. In

⁵ *Aurelius Augustinus*, *De Civitate Dei*, IV 6. Der Begriff „Räuberbande“ hat sich als Gegenpol zu „Staat“ in der Diskussion der folgenden Jahrhunderte bis in die Gegenwart hinein eingebürgert. So lastet der Philosoph *Ernst Tugendhat* (1930–2023) den Theorien des Gesellschaftsvertrags (dazu unten § 2 Rn. 46 ff.) an, dass sie allein auf das Eigeninteresse vertrauten – wie auch die Mitglieder einer Räuberbande (!) (DIE ZEIT v. 16.3.2023).

⁶ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, S. 50; *Hart*, *Begriff des Rechts*, S. 215. Dazu *Höffe*, *Positivismus*, S. 259 ff.

⁷ Terminologie bei *Höffe*, *Positivismus*, S. 260.

§ 1 § 1 Warum ist der Staat keine Räuberbande?

diesem Sinne *ist* er zugleich Staat *und* Räuberbande. Diese Interpretation wird nicht nur von dem Text nahegelegt; sie erscheint auch in der Sache erheblich plausibler als eine Auffassung, die ungerechten Staaten schlicht die Staatsqualität abspricht.

- 15 Trotzdem behält das Kriterium der Gerechtigkeit in der Frage des Verhältnisses zwischen „Staat“ und „Räuberbande“ bei *Augustinus* eine zentrale Funktion. Denn auch dann, wenn man die Gerechtigkeit nicht – auf der Linie der ersten Interpretation – als konstitutives Merkmal des Staates einordnet, entscheidet sie darüber, ob der Staat *zugleich* eine Räuberbande ist. Insofern bleibt es dabei, dass sich die Begriffe „Staat“ und „Räuberbande“ anhand eines materialen, wertbezogenen Kriteriums (Gerechtigkeit) sortieren.
- 16 *Augustinus*’ „staatsmoralistischer“ Ansatz ist über die Jahrhunderte hinweg immer wieder diskutiert, teils zustimmend aufgenommen, teils scharf kritisiert worden.

3. Zuständigkeit versus Unzuständigkeit (Kelsen)

- 17 Besonders nachdrücklichen und klaren Widerspruch hat *Augustinus* bei *Hans Kelsen* gefunden, der diesem staatsmoralistischen Ansatz ein Modell entgegensetzt, das sich nicht an Wertungen (Gerechtigkeit) orientiert, sondern die Unterscheidung zwischen Staat und Räuberbande zu einer Frage der Deutung erklärt.

a) Unterschiedliche Deutungen

- 18 Es gehe nicht um bestimmte Wertqualitäten, sondern darum, wie das soziale Gebilde wahrgenommen, wie es gedeutet werde – ob als Staat oder eben als Räuberbande. Entsprechend sei es eine Frage der *Deutung*, ob eine unter Drohungen erhobene oder gewaltsam durchgesetzte Geldforderung (s. das Beispiel oben) einen räuberischen Akt oder eine staatliche Vollstreckungsmaßnahme darstellt.⁸

Hans Kelsen (1881–1973), Professor in Wien, Köln, Genf und Berkeley, Begründer der sog. „Reinen Rechtslehre“. Er gilt, neben *Gustav Radbruch*, als der bedeutendste Rechtsphilosoph deutscher Sprache im 20. Jahrhundert. Die von *Matthias Jestaedt* (Freiburg) in Kooperation mit dem Hans-Kelsen-Institut in Wien veranstaltete Gesamtausgabe seiner Werke ist auf 30 Textbände angelegt.⁹

- 19 Ausgangspunkt ist der unbestreitbare Befund, dass der subjektive Sinn des Aktes des Straßenräubers mit dem subjektiven Sinn des Aktes des Finanzbeamten übereinstimmt. In beiden Fällen will der Handelnde unter Einsatz von Drohungen oder Gewalt die Zahlung einer bestimmten Geldsumme erreichen. Beide Akte werden aber unterschiedlich interpretiert. Man könnte hier von einer unterschiedlichen „sozialen Wahrnehmung“ des Geschehens sprechen. Die Gesellschaft sieht in der Handlung des Räubers eine kriminelle Tat, in der des Finanzbeamten einen (unter bestimmten Voraussetzungen rechtmäßigen) staatlichen Akt. *Kelsen* formuliert den Unterschied dahingehend, dass zwar der subjektive, nicht aber der objektive Sinn der Handlungen identisch sei: Wenn wir die Tötung eines Menschen durch den Henker als Vollstreckung der Todesstrafe und nicht als Mord deuten, so legen wir ihr den Sinn eines Rechtsaktes bei.¹⁰ Handlungen, die wir dem Staat zurechnen, werden insoweit als Rechtsakte

⁸ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 45 ff.

⁹ Einführend zu *Kelsen* H. Dreier, *Kelsen*.

¹⁰ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 47.

gedeutet. Der „objektive Sinn“ einer Handlung ist also nichts Vorgegebenes, sondern das Resultat einer Deutung.

Diese Deutung vollzieht sich in Orientierung an einer Rechtsordnung, die ihrerseits im Wege einer Deutung konstituiert wird. Wenn wir die Hinrichtung als Vollstreckung eines Todesurteils (und nicht als Mord) deuten, dann deshalb, weil wir „dem Akt des Gerichtes den objektiven Sinn einer individuellen Norm“ beilegen.¹¹ Das geschieht unter Rückgriff auf generelle Normen (Gesetze), die ihrerseits als Vollziehung der Verfassung (und deshalb: als Gesetze) gedeutet werden. Die Interpretation der Verfassung als einer generellen Rechtsnorm beruht ihrerseits auf der Voraussetzung einer *Grundnorm*, die es gebietet, die Verfassung und die auf sie gegründeten generellen und individuellen Normen (letztere etwa: Gerichtsurteile, Verwaltungsakte) zu befolgen.¹²

Dieses Modell hat zur Folge, dass zwischen einem Staat und einer Räuberbande nicht nach normativ-wertenden (Gerechtigkeit), sondern lediglich nach formalen bzw. funktionalen Gesichtspunkten unterschieden werden kann. *Formal* ist der Gesichtspunkt, ob der fragliche Akt als Rechtsakt *gedeutet* und damit einem Staat zugerechnet wird. *Funktional* orientiert ist das Kriterium, anhand dessen diese Zurechnung erfolgt. Denn obgleich zwischen der Geltung einer Norm und ihrer faktischen Wirksamkeit klar unterschieden werden muss, gilt, dass „eine sich als Recht darstellende Zwangsordnung nur dann als gültig angesehen wird, wenn sie im großen und ganzen wirksam ist.“¹³

b) Wirksamkeit als Kriterium einer staatlichen Ordnung

Aus diesem funktionalen Kriterium resultiert der Maßstab für die Unterscheidung zwischen dem Straßenräuber und dem Finanzbeamten bzw. zwischen Staat und Räuberbande: Entscheidend ist, ob sich die jeweilige individuelle Handlung bzw. die jeweilige kollektive Praxis auf eine Zwangsordnung zurückführen lässt, die – als „im großen und ganzen“ wirksam – anhand der Grundnorm als geltende Ordnung (als „Rechtsordnung“) gedeutet wird. Da „Wirksamkeit“ ein graduierbarer Begriff ist, bedeutet das: Die Grenze zwischen Staat und Räuberbande ist im Einzelfall nicht trennscharf zu markieren. Das gilt insbesondere dann, wenn in einem bestimmten Gebiet unterschiedliche Ordnungen miteinander konkurrieren. Hier kommt es darauf an, ob die „als Rechtsordnung angesehene Zwangsordnung wirksamer ist als die die Räuberbande konstituierende Zwangsordnung.“¹⁴ Ist dies der Fall, so bleibt die Räuberbande eine Räuberbande – gegenüber einer konkurrierenden präbendierten Rechtsordnung.

Komplementär bedeutet das: Dort, wo sich die Zwangsordnung der Räuberbande gegenüber einer konkurrierenden Zwangsordnung durchgesetzt hat, handelt es sich nicht (mehr) um eine Räuberbande, sondern um eine Rechtsordnung und damit um einen Staat. Das gilt erst recht, wenn es sich um die einzige Ordnung auf dem fraglichen Gebiet handelt. Und es gilt auch dann, wenn dieser Staat eine – gemessen an den Normen des Völkerrechts – verbrecherische Tätigkeit entfaltet. *Kelsen* verweist in diesem Zusammenhang auf die seinerzeitigen „Seeräuber-Staaten“ an der Nordwestküste Afrikas (Algier, Tunis, Tripolis), die im Zeitraum zwischen dem 16. und dem beginnenden

¹¹ Ebd.

¹² Zur „Grundnorm“ ausf. § 7 Rn. 13 ff.

¹³ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 48.

¹⁴ *Kelsen*, ebd., S. 49.

den 19. Jahrhundert durch Piraterie das Meer unsicher machten.¹⁵ Da in ihnen „jenes Minimum an kollektiver Sicherheit“ gewährleistet war, das nach *Kelsen* die Bedingung einer relativ dauernden Wirksamkeit der staatlichen Ordnung ist, handelt es sich um Staaten, nicht um (See-)Räuberbanden.

- 24 Dass es für die Unterscheidung von Staaten einerseits, Räuberbanden andererseits – entgegen *Augustinus* – nicht auf einen „Gerechtigkeitswert“ ankommen kann, ergibt sich für *Kelsen* auch aus der Relativität von Gerechtigkeitsurteilen. Für *Augustinus* war ein Staat nur dann gerecht, wenn er dem jüdisch-christlichen Gott (und nicht den alten Göttern der Römer) Verehrung zollte;¹⁶ die politische Stoßrichtung seiner „staatsmoralistischen“ Position ist hier unverkennbar. Dass Gerechtigkeitsurteile keine objektive Geltung beanspruchen können, dass sie vielmehr stets an bestimmte Weltanschauungen und Standards gebunden sind, gilt aber, so *Kelsen*, universell. Deshalb sei *Augustinus*‘ Gerechtigkeitskriterium nicht geeignet, Rechtsordnungen von nicht-staatlichen Zwangsordnungen zu unterscheiden. Nach diesem Kriterium wären, so *Kelsen*,

„die kapitalistischen Zwangsordnungen der westlichen Welt (,) vom Standpunkt des kommunistischen Gerechtigkeitsideals, und die kommunistische Zwangsordnung der Sowjetunion (,) vom Standpunkt des kapitalistischen Gerechtigkeitsideals, kein Recht.“¹⁷

- 25 Tatsächlich hätten sich sowohl nach der Französischen Revolution (1789) als auch nach der Russischen Oktoberrevolution (1917) andere Staaten unter Rückgriff auf rechtsmoralistische Argumente geweigert, Akte der revolutionär etablierten Regierungen als Rechtsakte anzuerkennen – im Fall Frankreichs wegen Verletzung des „monarchischen Legitimitätsprinzips“, im Fall Russlands wegen der Abschaffung des Privateigentums an Produktionsmitteln.¹⁸ Eine besondere Nähe zu *Augustinus* sei amerikanischen Gerichten zu bescheinigen, die sich, woran *Kelsen* erinnert, geweigert haben,

„Akte der revolutionär etablierten russischen Regierung als Rechtsakte anzuerkennen, mit der Begründung, daß sie nicht Akte eines Staates, sondern einer Gangsterbande seien.“¹⁹

4. „Todesstrafe“ oder „Mord“?

- 26 Eine Grenzziehung zwischen einem rechtmäßigen staatlichen Akt einerseits, einem Verbrechen andererseits ist auch *innerhalb* einer Ordnung erforderlich, die als staatliche Ordnung und damit als Rechtsordnung anerkannt ist. Denn die Unterscheidung zwischen einem Mord einerseits, der Vollstreckung der Todesstrafe andererseits ist auch eine Frage der Zuständigkeit, der Kompetenz. Der Henker handelt bei der Tötung des Verurteilten (Hinrichtung) deshalb rechtmäßig, weil er innerhalb der Kompetenzen agiert, die die Rechtsordnung ihm zuweist.
- 27 Denn: Äußerlich unterscheidet sich die Hinrichtung eines Menschen aufgrund einer gerichtlich verhängten Todesstrafe nicht notwendig von einer kriminellen Tötung. Giftspritze, Fallbeil und Strick kann auch ein „privater“ Mörder benutzen. Der Un-

15 Dass sich die europäischen Kolonialstaaten früherer Jahrhunderte gegenüber „ihren“ Kolonien durch rücksichtslose Ausbeutung der Länder und Versklavung von deren Bewohnern wie *Räuberbanden* verhalten haben, wird heute kaum noch in Frage gestellt.

16 *Kelsen*, ebd., S. 50.

17 *Kelsen*, ebd., S. 51.

18 *Kelsen*, ebd.

19 *Kelsen* ebd.

terschied liegt im Bereich der *Deutung*, die sich auf Handlungskompetenzen bezieht. Das wird deutlich an folgendem Fall: Ein Mörder ist in einem Land, in dem die Todesstrafe noch existiert,²⁰ zum Tode verurteilt worden und soll durch das Fallbeil hingerichtet werden. Als der Henker den Mechanismus betätigen will, stößt der *Vater* des Ermordeten ihn beiseite, um die Strafe an dem Mörder seines Sohnes eigenhändig zu vollziehen. Der Verurteilte stirbt in derselben Sekunde und in derselben Weise, wie er durch die Hand des Henkers gestorben wäre. Trotzdem ist der Vater wegen eines Tötungsdelikts zu bestrafen. Darauf, dass der Delinquent nach den Gesetzen dieses Staates den Tod „verdient“ hat, kommt es nicht an.

In geradezu aufdringlicher Klarheit erscheint die Bedeutung der von der Rechtsordnung verliehenen Kompetenz in *Dürrenmatts* Komödie: „Die Panne“.²¹ Ein pensionierter Richter, ein pensionierter Staatsanwalt und ein ehemaliger Strafverteidiger spielen im Ruhestand „Gericht“. Sie spielen gern „am lebenden Objekt“ – als Angeklagte fungieren Fremde, die in der Villa des Richters gastliche Aufnahme finden. Auch der Henker ist in dieser geselligen Runde immer dabei. Sie spielen streng nach den Regeln der Strafprozessordnung, wenn auch in angenehmerem Ambiente und bei insgesamt gesteigerter Lebensqualität (Rotwein der Marke „Château Margaux“ anstelle des Mineralwassers aus der Gerichtskantine).

Wenn sich, wie in dem Szenario des Dramas (von *Dürrenmatt* als Komödie bezeichnet) herausstellt, dass der „Angeklagte“ tatsächlich (!) ein mit der Todesstrafe bedrohtes Verbrechen begangen hat und der Henker nach dem entsprechenden „Urteilsspruch“ in Aktion tritt, so ist das ein Mord, nicht eine Hinrichtung – obgleich die Beteiligten nichts anderes tun, als sie vor ihrem Ruhestand jahrelang unter dem Beifall der Rechtsordnung getan haben. Der Unterschied zwischen Mord und legaler Hinrichtung resultiert nicht aus differenten faktischen Umständen, sondern, etwas überspitzt formuliert, allein aus dem Verlust von Kompetenzen, der mit der Pensionierung verbunden ist.

In der Umkehrung bedeutet das: Durch die Zuerkennung entsprechender Kompetenzen seitens des Staates (der Rechtsordnung) wird aus einem Mord eine legale Hinrichtung. Das ist *rechtstheoretisch* gesehen folgerichtig; aus *rechtsethischer* Perspektive wirft es Probleme auf. Kann die vorsätzliche Tötung eines Menschen, kann eine langjährige Freiheitsberaubung deshalb gerechtfertigt sein, weil es sich nicht um die Tat einer Privatperson, sondern um die eines Amtsträgers handelt?

III. Gleichsetzungen

Aber auch aus rechtstheoretischer Perspektive bleiben Zweifel. Denn wenn es richtig ist, dass der Unterschied zwischen Staat und Räuberbande nicht in der Sache selbst liegt, sondern aus unterschiedlichen Deutungen resultiert: Kann man nicht an die Stelle eines Deutungsmusters, das diese Differenz konstituiert, ein anderes setzen, das Staat und Räuberbande, Finanzbeamten und kriminellen Erpresser gleichsetzt?

Die Antwort lautet: Man kann. Denn gerechtfertigt ist die Handlung eines Amtsträgers, die ein Rechtsgut eines Bürgers verletzt, nur auf der Basis einer Zwangsordnung (*Kelsen*), die ihm die entsprechende Kompetenz verleiht. Ob diese Zwangsordnung als Rechtsordnung und damit als Legitimation für Handlungen, die ihr entsprechen,

²⁰ Beispielsweise China, Japan, die USA. In Deutschland ist die Todesstrafe abgeschafft (Art. 102 GG).

²¹ *Dürrenmatt*, *Die Panne*, 1980 (als „Komödie“ bezeichnete Dramatisierung eines 1956 gesendeten, 1961 im Druck erschienenen Hörspiels).

§ 1 § 1 Warum ist der Staat keine Räuberbande?

anerkannt wird, ist aber wiederum eine Frage der Deutung, nicht der Erkenntnis von etwas Vorgegebenem. Sie führt, wiederum im Modell *Kelsens*, zurück zu der Funktion der Grundnorm, die aber gerade keine vorgegebene Legitimationsbasis ist, sondern eine Konstruktion, die man voraussetzen muss, *wenn* eine Zwangsordnung als Rechtsordnung gedeutet werden soll.

- 33 Damit ist die oben²² erwähnte *dritte Antwort* auf die Frage nach dem Unterschied zwischen einem Staat und einer Räuberbande markiert. Die *erste* lautete: Das entscheidende Kriterium ist die Gerechtigkeit der Ordnung (*Augustinus*), die *zweite*: Es geht um unterschiedliche Deutungen, die sich jeweils an dem Gesichtspunkt der Wirksamkeit der jeweiligen Zwangsordnung orientieren (*Kelsen*). Die *dritte Antwort* lautet: Es gibt keinen Unterschied. Der Staat ist von einer Räuberbande nicht zu unterscheiden, wenn man auf Mystifikationen und auf zwar mögliche, aber keineswegs zwingende „Deutungen“ verzichtet.

1. Todesstrafe als Mord

- 34 Es ist in der Tat widerspruchsfrei möglich, die Vollstreckung eines Todesurteils als Mord und eine Verhaftung als Kidnapping zu bewerten. Im aktuellen Schrifttum vertritt diese Position etwa der französische Philosoph und Soziologe *Geoffroy de Lagasnerie*. Den Kontext bildet eine Kritik an der Institution der staatlichen Strafe, die nach seiner Ansicht den Betroffenen für Handlungen, die aus gesellschaftlichen Umständen resultieren, zu Unrecht individuell (persönlich) verantwortlich macht. Dort, wo der strafende Staat von Mord rede, sollte man die Gewalt des prekären Lebens sehen. An diese Kritik der Strafe schließt sich die zum Thema „Staat und Räuberbande“ entscheidende Passage an:

„Man muss akzeptieren, dass man vom Staat nicht sagt, dass er ‚zum Tode verurteilt‘, sondern, dass er mordet; nicht, dass er Privatpersonen verhaftet, sondern dass er sie ‚kidnappt‘; nicht dass er sie ins Gefängnis steckt, sondern dass er sie ihrer Freiheit beraubt; nicht dass er ihnen Bußgelder auferlegt, sondern dass er sie ‚ausraubt.‘“²³

- 35 Die politische Philosophie, die hier jeweils einen fundamentalen Unterschied konstruiert, fungiere lediglich als „Mystifikationsmaschine“.²⁴

2. Tradition des Anarchismus

- 36 *Geoffroy de Lagasnerie* bezieht mit diesen staatskeptischen Äußerungen eine radikale, aber keineswegs eine singuläre Position. Sie schließt an die Tradition des Anarchismus²⁵ an, der als politische Theorie einen Höhepunkt im 19. und dem beginnenden 20. Jahrhundert hatte. Zu nennen sind hier insbesondere *Pierre-Joseph Proudhon* (1809–1865), *Michail Alexandrowitsch Bakunin* (1814–1876), *Pjotr Alexejewitsch Kropotkin* (1842–1921). Die Grundidee: Die Beziehungen der Menschen sind *nicht vertikal* (von oben nach unten) zu regeln, sondern *horizontal* zu ordnen. Nicht durch staatliche Gesetze, sondern durch *Verträge*, also nicht im Verhältnis Staat-Bürger, sondern im Verhältnis Bürger-Bürger. Historische Vorbilder scheint es zu geben. Nach *Max Weber* (1864–1920) ist eine „regulierte Anarchie“ in bestimmten Stammesgesell-

22 Rn. 9.

23 *De Lagasnerie*, Verurteilen, S. 82 f.

24 *De Lagasnerie*, Verurteilen, S. 67.

25 Anarchie (aus dem Griechischen) meint wörtlich „Herrschaftslosigkeit“.

schaften nachweisbar. *Weber* verwendet hier den Begriff der *akephalen* Gesellschaften.²⁶ Elemente einer Rechts- und Staatskritik, die der formal regulierten Ordnung ein durch Solidarität verbundenes Zusammenleben der Mitglieder der Gesellschaft entgegensetzen, finden sich in der christlichen Sozialethik, aber auch in aktuellen Arbeiten aus dem Umkreis der „Kritischen Theorie“.²⁷ Als „Leitbild des freiheitlichen Rechtsstaats“ hatte Ende des 20. Jahrhunderts der Rechtsphilosoph und Strafrechtler *Ulrich Klug* die „geordnete Anarchie“ proklamiert.²⁸ Historisch und ideengeschichtlich steht der Anarchismus eher in einer „linken“, teilweise dem Marxismus assoziierten Tradition.

3. „Anarcho-Kapitalismus“

Heute dominiert demgegenüber das Phänomen eines „rechten“, radikalliberalen Anarchismus, der die Forderung nach Abschaffung des Staates mit dessen angeblich freiheitsfeindlichen Eingriffen in Wirtschaft und Gesellschaft begründet. Hier heißt es nicht: „Todesstrafe ist Mord“, sondern – wörtlich – „Steuern sind Diebstahl und Räuberei.“²⁹ Protagonisten dieser Richtung sind Vertreter einer „Österreichischen Schule der Ökonomie“ sowie die sogenannten „Libertären“ in den USA. Als repräsentativ für diese Richtung kann eine Arbeit von *Hans-Hermann Hoppe* stehen. Zentrale Thesen dieser radikalen Schrift, die in allen wichtigen Punkten zum Widerspruch (und damit zum Nachdenken) herausfordert, sind:

Die Demokratie führe zu einer Negativauswahl der politischen Führung, zur Kumpanei von Politikern und „schwerreichen Familien“ (S. 51); beim „demokratischen Wettbewerb“ handle es sich um einen „Wettbewerb der Gauner“ (S. 23). In der Demokratie sieht *Hoppe* vor allem die Gefahr der „Umverteilung“ durch Steuergesetze etc. Die Demokratie sei „eine Form des Kommunismus“ (S. 29). *Hoppe* wendet sich damit gegen den Sozialstaat. Bei dem Sozialstaat handle es sich um „Stehlen und Hehlen“ (S. 59).

Ein Recht des Staates (dessen Legitimität generell bestritten wird) zur Erhebung von Steuern wird strikt verneint. Es ist bei *Hoppe* gerade ein zentrales Argument gegen den Staat, dass dieser mit den Steuern einen Raub an den Bürgern begehe. „Steuern sind Diebstahl und Räuberei“ (S. 33). Außerdem erhebt er den Vorwurf, der Staat entscheide durch seine Institutionen selbst auch über Konflikte, die er mit seinen Bürgern habe. Der Hinweis auf die Gewaltenteilung wird beiseite gewischt (S. 31), ebenso der auf den Wechsel der Inhaber der Regierungsgewalt in der Demokratie.

Als Alternative zum Staat wird eine „Privatrechtsgesellschaft“ angeboten, in der alles vertraglich geregelt ist und kein „öffentliches Recht“ existiert (S. 52, 81). Auch das Sicherheitswesen soll privatisiert werden (Sicherheitsfirmen). Jeder erhalte so viel Sicherheit, wie es seiner Zahlungsbereitschaft entspreche (S. 84). Der Besitz von Waffen sei „sakrosankt“ (S. 82). – Was mit dem Strafrecht geschehen soll, bleibt offen, ebenso, wer die Ermittlungsbefugnisse der Sicherheitsfirmen bei der Aufklärung von Straftaten festlegen soll, ebenso, wer überhaupt definieren soll, was Straftaten sind. – Auch die Justiz soll, in Form von Schiedsgerichten, privatisiert werden.

²⁶ „Kephalos“ (gr.): Kopf. „Akephal“ dementsprechend: ohne (im übertragenen Sinne) „Haupt“.

²⁷ Dazu unten § 9 Rn. 28 ff.

²⁸ *Klug*, Skeptische Rechtsphilosophie, S. 88 ff.

²⁹ *Hoppe*, Wettbewerb, S. 33. Die Seitenangaben im nachfolgenden Text beziehen sich auf dieses Werk.

§ 1 § 1 Warum ist der Staat keine Räuberbande?

- 41 Mit seiner dezidierten Ablehnung des „etatistischen“ Denkens bezieht *Hoppe* klar und explizit eine anarchistische Position, und zwar als „libertärer Anarcho-Kapitalist“ (S. 12, 56). Dieser Selbstbezeichnung entspricht die Fetischisierung des Eigentums und des Marktes.³⁰

IV. Zusammenfassung und Kritik

- 42 Auf die Frage „Warum ist der Staat keine Räuberbande?“ gibt es zwei, wenn man die in der Fragestellung enthaltene Voraussetzung (der Staat ist *keine* Räuberbande) ausblendet, drei Antworten.
- 43 Die erste Antwort (*Augustinus*) unterscheidet zwischen beiden Organisationen anhand des Kriteriums der Gerechtigkeit. Nach der zweiten (*Kelsen*) liegt die Differenz nicht in materialen Kriterien (Gerechtigkeit), sondern resultiert aus unterschiedlichen Deutungsmustern: Eine Zwangsordnung wird genau dann als Rechtsordnung und damit als Staat gedeutet, wenn sie auf einem bestimmten Territorium kollektive Sicherheit garantieren kann. Ob diese Staaten eine nach den Maßstäben des Völkerrechts verbrecherische Tätigkeit entfalten („Seeräuber-Staaten“), ist unerheblich. Die dritte Position, der radikale Anarchismus, bestreitet einen grundsätzlichen Unterschied zwischen Staaten und Räuberbanden. Die Vollstreckung eines Todesurteils sei nichts anderes als Mord, die Erhebung von Steuern nichts anderes als Räuberei.

1. Augustinus

- 44 Das Kriterium der Gerechtigkeit des Staates bei *Augustinus* kann in einem definitorischen Sinne (ungerechten „Staaten“ wird die Staatsqualität abgesprochen), aber auch im Sinne einer Delegitimierung ungerechter Staaten verstanden werden.

a) Gerechtigkeit als Definitions-Kriterium des Staates

- 45 Versteht man es im *definitorischen* Sinn, dann verfehlt es die Praxis der Anerkennung von Herrschaftssystemen als Staaten in drastischer Weise. Richtig ist allerdings, wie insbesondere *Robert Alexy* herausgearbeitet hat, dass Staaten beanspruchen, eine gerechte Ordnung zu etablieren.³¹ Daraus lässt sich jedoch nicht die Konsequenz ableiten, ungerechten Herrschaftssystemen die Staatsqualität abzuspochen. Ob einzelne Rechtsnormen oder Normenkomplexe rechtlich ungültig sein können, wenn sie in gravierender Weise gegen Standards der Gerechtigkeit verstoßen, wird später zu erörtern sein.³²

b) Gerechtigkeit als Legitimationskriterium

- 46 Auch in der zweiten, *legitimatorisch* orientierten Lesart ist die Sentenz von *Augustinus* problematisch. Denn die Standards der Gerechtigkeit sind, wie exemplarisch *Kelsen* aufgezeigt hat, in hohem Maße heterogen. Denkbar wäre immerhin, sich auf die Beachtung der in der maßgeblichen UN-Resolution deklarierten Menschenrechte sowie die Respektierung der im Völkerstrafrecht statuierten Verbote als verbindliche Standards gerechten Staatshandelns festzulegen. Aber dieses Verfahren würde die Anzahl

30 Unter dem Gesichtspunkt einer „Marktgerechtigkeit“ zur Position des Anarcho-Kapitalismus unten § 10 Rn. 69 ff.

31 *Alexy*, *Doppelnatur*, S. 398 ff.

32 Unten § 4 Rn. 51 ff.

von Staaten, die nicht *zugleich* als „Räuberbanden“ anzusehen wären, drastisch reduzieren. Folterungen, die systematische Ermordung hochrangiger Politiker oder Militärs aus „Feindstaaten“ oder „terroristischen Vereinigungen“ werden aus zahlreichen Staaten, auch aus westlichen Demokratien, berichtet.

Es ist bezeichnend, dass sich, beispielsweise, China, Israel, Russland und die USA geweigert haben, sich bzw. ihre Staatsangehörigen der Gerichtsbarkeit des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH) in Den Haag zu unterwerfen. Die Vereinigten Staaten haben darüber hinaus ein Gesetz verabschiedet, das es ermöglichen soll, mit Waffengewalt am Ort des Gerichtshofs zu intervenieren.³³ Während der ersten Präsidentschaft Trumps haben die USA Angehörige des IStGH mit Sanktionen belegt, weil das Gericht es unternommen hatte, US-Kriegsverbrechen in Afghanistan zu untersuchen.

47

2. Kelsen

Die Analyse *Kelsens*, dass es bei der Unterscheidung von Staaten und Räuberbanden, von Finanzbeamten und kriminellen Erpressern nicht um strukturell differente Sachverhalte, sondern um unterschiedliche Deutungen parallel gelagerter Sachverhalte geht, erscheint überzeugend. Plausibel ist auch das Kriterium, an dem sich diese Deutungen orientieren: Es kommt maßgeblich darauf an, ob sich die fragliche Zwangsordnung so durchgesetzt hat, dass sie nicht von einer konkurrierenden, möglicherweise einflussreicheren Zwangsordnung in Frage gestellt werden kann. Ist das der Fall, so werden die Handlungen, die dieser Organisation zugerechnet werden, als Rechtsakte, Maßnahmen, die der Durchsetzung dieser Rechtsakte dienen, als rechtmäßig betrachtet.

48

Mit der Deutung der Zwangsordnung als Staat und der korrespondierenden Interpretation der dieser Ordnung entsprechenden Handlungen als Rechtsakte eng verbunden ist die Differenzierung zwischen *rechtmäßigen* und *unrechtmäßigen* Handlungen. Es kommt nicht darauf an, ob eine Handlung nützlich oder schädlich ist, auch nicht darauf, in welchem Maße sie nützlich oder schädlich ist. „Nützlichkeit“ und „Schädlichkeit“ sind abstufbare Kategorien, „rechtmäßig“ und „rechtswidrig“ sind es nicht. Es handelt sich um ein Entweder-Oder, ein binäres (zweiwertiges) Schema. Ebenso wenig wie auf den Gesichtspunkt der Nützlichkeit/Schädlichkeit der Handlung kommt es für die rechtliche Bewertung darauf an, ob eine Handlung moralisch oder unmoralisch ist. Wenn ein Multimillionär oder -milliardär einen Bürger dadurch in den finanziellen Ruin treibt, dass er eine Forderung im vierstelligen Euro-Bereich gegen ihn vollstrecken lässt, so ist das in hohem Maße unmoralisch. Es ist aber rechtmäßig.

49

Ebenso ist es nach deutschem Strafrecht rechtmäßig, wenn der Eigentümer den Diebstahl einer Sache dadurch abwehrt, dass er einen tödlichen Schuss auf den Täter abgibt, wenn die Tat nicht auf andere Weise zu verhindern ist. Selbstverständlich kann eine Rechtsordnung die Bewertung einer Handlung als „rechtmäßig“ an moralische oder andere soziale Standards binden, etwa einem Rechtsgeschäft die Geltung verweigern, wenn es gegen die guten Sitten verstößt.³⁴ Ob und inwieweit sie das tut, liegt aber in ihrer Entscheidung.

50

Die Analyse *Kelsens* enthält eine scharfsinnige und realitätsgerechte Rekonstruktion der Deutungsmuster, anhand derer darüber entschieden wird, ob eine Zwangsordnung

51

33 „American Service Members' Protection Act“ (2002). Dazu etwa A. v. Arnould, *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2023, S. 188.

34 § 138 Abs. 1 BGB.

als Staat und damit als Rechtsordnung anerkannt wird. Ob sich diese Rekonstruktion letztlich zu einem stringenten rechtstheoretischen Modell fügt, wie *Kelsen* es anstrebt, hängt davon ab, ob sich die Konstruktion der Grundnorm, auf die er rekurriert, überzeugend begründen lässt.³⁵

3. „Linker“ Anarchismus

- 52 Der „linke“ Anarchismus, der die Staatsgewalt vollständig durch Selbststeuerungsprozesse der Gesellschaft bzw. durch die „Bindemittel“ von Solidarität und Liebe ersetzen will, dürfte daran scheitern, dass er auf kontrafaktischen anthropologischen Annahmen basiert. Aufgrund der historischen Erfahrungen spricht jedenfalls nichts dafür, dass eine stabile gesellschaftliche Ordnung über wechselseitiges Wohlwollen der Bürger/-innen allein herzustellen ist. Der Münchner Rechtsphilosoph und Strafrechtler *Arthur Kaufmann* (1923–2001) hat das in ironischer, bewusst paradoxer Überspitzung so ausgedrückt: „Anarchie ist nur realisierbar, wenn an der Spitze ein starker Anarch steht.“³⁶
- 53 Jedenfalls: In modernen, hochkomplexen Gesellschaften ist staatliche Steuerung in vielen Bereichen unverzichtbar. Eine „Anarchie“ der Finanzmärkte kann zu gesamtgesellschaftlichen Katastrophen führen – hier auf Selbststeuerungsmechanismen zu vertrauen, wäre, wie sich gerade in den letzten Jahrzehnten gezeigt hat, naiv. Nicht zu bestreiten ist, dass wirtschaftliche Dynamik durch staatliche Überregulierung torpediert werden kann; in Europa sind Exzesse im Bereich der EU-Bürokratie paradigmatisch. Aber: Hier geht es um das „Wie“, nicht um das „Ob“ staatlicher Steuerungsprozesse.
- 54 Ein zweiter Punkt: Indem der Anarchismus *jede* Herrschaft für illegitim erklärt, kann er normativ nicht mehr zwischen verschiedenen Herrschaftsformen differenzieren. Damit werden die Unterschiede zwischen einem totalitären System einerseits, einem Verfassungsstaat mit Grundrechten und Gewaltenteilung andererseits eingeblendet. Wenn man diese Unterscheidung aufrechterhalten will, muss man die Kategorie der Legitimität differenzierend handhaben.
- 55 Soweit anarchistische Positionen, jenseits einer radikalen Staatskritik,³⁷ Rechtszwang durch informelle soziale Mechanismen der Konfliktlösung ersetzen wollen, die auf Sozialität, Solidarität, Vertrauen Verständigungsbereitschaft basieren, können und müssen sie für bestimmte Bereiche des gesellschaftlichen Zusammenlebens diskutiert werden. So wäre etwa zu fragen, ob die Bürokratisierung der Sterbehilfe, die in einigen Gesetzesentwürfen der letzten Jahre³⁸ zum Exzess getrieben ist, der oft verzweifelten Situation der Sterbewilligen wirklich gerecht wird. Möglicherweise wäre es besser, wenn die Entscheidung hier im Rahmen des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient getroffen würde. Generell stellt sich die Frage, wie weit die Verrechtlichung des gesellschaftlichen Lebens getrieben werden kann, ohne dass sich der Staat eines Übergriffs in die „Lebenswelt“ und in die Privatsphäre seiner Bürger/-innen schuldig macht.³⁹

35 Dazu unten § 7 Rn. 13 ff.

36 Äußerung im Gespräch mit seinerzeitigen Mitarbeitern.

37 Zu *Ulrich Klugs* Vorstellung von einer „geordneten Anarchie“ als „Leitbild des freiheitlichen Rechtsstaats“ oben Rn. 36.

38 Übersicht bei *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* (Hrsg.), *Nomos-Kommentar zum StGB*. 6. Aufl. 2023, Vor § 211, Rn. 147 ff.

39 Dazu § 9 Rn. 30 ff.

4. „Anarcho-Kapitalismus“

Die Position des „libertären Anarcho-Kapitalismus“, die im Unterschied zum traditionellen „linken“ Anarchismus in der aktuellen Diskussion eine erhebliche Rolle spielt,⁴⁰ ließe sich zunächst von einem moralischen Standpunkt aus kritisieren. Denn sie ist ein Plädoyer für einen entfesselten Egoismus, der die Sicherungen des Sozialstaats aushebelt und die Weichen in Richtung eines „Raubtierkapitalismus“ stellt. Rechtstheoretisch und -soziologisch gesehen dürfte diese Position unhaltbar sein.

56

Der Verzicht auf eine staatliche Gewalt, die als neutrale und unabhängige Macht bei individuellen und kollektiven gesellschaftlichen Konflikten interveniert, führt jedenfalls in dem von *Hoppe* gepriesenen kapitalistischen System zwangsläufig zu einem Kampf aller gegen alle, den zu verhindern – wie seit *Hobbes* (1588 – 1679) kaum noch bestritten wird – gerade die Aufgabe der Staatsmacht ist. Wenn *Hoppe* das öffentliche Recht, das das Verhältnis zwischen Staat und Bürger regelt, abschaffen und an die Stelle des Staates eine „Privatrechtsgesellschaft“ setzen will, in der alles vertraglich geregelt wird, so öffnet er der Willkür des jeweils wirtschaftlich Stärkeren, der dem Schwächeren den Vertrag diktieren kann, Tür und Tor.

57

So geht das Argument, mit der Privatisierung des Sicherheitswesens, der generellen Ersetzung der Polizei durch „Sicherheitsfirmen“, erhalte jeder so viel Sicherheit, wie es seiner *Zahlungsbereitschaft* entspreche, offensichtlich fehl. Denn selbstverständlich ist es zunächst eine Frage der *Zahlungsfähigkeit*, in welchem Ausmaß der Einzelne durch die Beauftragung von Sicherheitsfirmen für seine Sicherheit sorgen kann. Was *Hoppes* Kritik an der Demokratie betrifft, so stört nicht nur sein rüdes Vokabular („Wettbewerb der Gauner“). Gewichtiger ist, dass eine plausible Alternative nicht aufgezeigt wird. Das von ihm bevorzugte undemokratische „monarchische“ Regime jedenfalls erscheint aus heutiger Sicht wenig attraktiv.⁴¹

58

40 Detaillierte Rekonstruktion der aktuellen anarcho-kapitalistischen Bewegung, zu der sich auch der derzeitige (2025) argentinische Präsident *Javier Milei* bekennt, bei *Slobodian*, Kapitalismus.

41 Zu unterscheiden ist zwischen der Monarchie als Staatsform, die mit einer demokratischen Regierungsform vereinbar ist (vgl. die Beispiele von England, Schweden, Spanien und Dänemark) und einer autoritär-monarchischen *Regierungsform*, wie sie *Hoppe* offenbar vorschwebt.

§ 2 Ursprung der Staatsgewalt: „Gott“ oder „das Volk“?

I. „Staatsgewalt“

1. Normative und physisch-reale Dimension

- 1 Der Befund, dass sich rechtmäßige Akte des Staates und seiner Organe äußerlich („phänomenologisch“) häufig nicht von kriminellen Handlungen unterscheiden,¹ spiegelt sich sprachlich in der Rede von der *staatlichen Gewalt*. „Gewalt“ beschränkt sich in diesem Kontext natürlich nicht auf den Einsatz körperlicher, generell: physikalisch vermittelter Kraft, sondern bezeichnet auch – und vor allem – ein *Herrschaftsverhältnis*, kraft dessen der Gewaltausübende befugt ist, demjenigen, der dieser Gewalt unterworfen ist, Verhaltensanweisungen zu geben. In diesem Sinne spricht das Grundgesetz von der *Staatsgewalt* sowie von der *vollziehenden Gewalt*.²
- 2 Dabei meint der Begriff der „vollziehenden Gewalt“ nicht nur die Vollstreckung staatlicher Rechtsakte, die jedenfalls im Bereich des Polizei- und des Strafrechts häufig mit dem Einsatz körperlicher Gewalt verbunden ist. Wie der Kontext ergibt („Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung“), bezieht er sich auf Handlungen der Exekutive insgesamt. „Gewalt“ im Sinne der Begriffe „Staatsgewalt“ und „vollziehende Gewalt“ ist folglich auch *vergeistigte Gewalt*, die ein normativ strukturiertes Verhältnis zwischen dem Gewalthaber und den Personen bezeichnet, die dieser Gewalt ausgesetzt sind.
- 3 Zugleich aber handelt es sich um ein *reales Gewaltverhältnis*, weil der Staat die Verpflichtungen, die er den Bürgerinnen und Bürgern rechtlich auferlegt, gegebenenfalls mit Zwangsmaßnahmen durchsetzt.³ Die Einschränkung der Freiheit, die aus rechtlichen Ge- und Verboten resultiert, ist deshalb in einem doppelten Sinne Gewaltausübung: zum einen, im Sinne des „vergeistigten“ Gewaltbegriffs, als *normative Bindung* der Rechtsunterworfenen, zum andern als Drohung mit dem Einsatz physischer Gewalt für den Fall, dass diese Ge- und Verbote nicht beachtet werden. Daran ändert der Umstand nichts, dass das Recht keineswegs auf eine Gesamtheit von Ge- und Verboten reduziert werden kann, weil es nicht nur Befehle formuliert, sondern auch Räume schafft, in denen dem Einzelnen rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet werden (Abschluss von Verträgen, Errichtung eines Testaments, Gründung einer Handelsgesellschaft etc.).⁴
- 4 Denn zum einen hat das Recht jedenfalls in weiten Bereichen tatsächlich den Charakter von Anweisungen (Imperativen) gegenüber den Rechtsunterworfenen. Zum andern aber stehen auch hinter den Gestaltungsmöglichkeiten, die das Recht eröffnet, latent Zwangsmaßnahmen: Die Erfüllung eines Vertrags kann ggf. durch ein Gerichtsurteil und im Wege von Vollstreckungsmaßnahmen erzwungen werden, die Gründung einer Handelsgesellschaft ist mit der Übernahme von Verpflichtungen verbunden, deren Nichteinhaltung ihrerseits mit Sanktionen bedroht ist, etc.

¹ Vgl. das Beispiel oben § 1 Rn. 3.

² Art. 20 Abs. 2 GG.

³ Fundamentale Auseinandersetzung mit der Gewalt des Rechts und des Staates bei *Benjamin*, Kritik. Dazu *Honneth*, Zur Kritik der Gewalt, in: B. Lindner (Hrsg.), *Benjamin-Handbuch* 2011, S. 193–210.

⁴ Zur Kritik der sog. Imperativentheorie vgl. unten § 8 Rn. 27 ff.