

§ 17 Rechtsstaat und Widerstand

ANDREAS KLEY*

Inhalt	Rz.
I. Ein Spannungsfeld	1
II. Entstehung des Widerstandsrechts	4
A. Von der Antike bis zur amerikanischen Unabhängigkeitserklärung	4
B. Französische Revolutionsverfassungen	6
C. Rezeption des französischen Widerstandsrechts in der Schweiz	12
D. Europäische Entwicklung im 20. Jahrhundert	15
III. Begriff und Abgrenzungen des Widerstandsrechts	17
IV. Surrogate des Widerstandsrechts	23
V. Ein Grundrecht des schweizerischen Verfassungsrechts?	27

Zusammenfassung

Das Widerstandsrecht fällt nur in Betracht, wenn sich die Staatsgewalt schwerste und systematische Menschenrechtsverletzungen zu Schulden kommen lässt, die sich anderswie nicht beheben lassen. Es gilt extrakonstitutionell aus der Idee der Menschenrechte. Im funktionierenden Rechtsstaat existiert kein Widerstandsrecht, da dieses durch die förmlichen Rechtsmittel und die sonstigen Strukturen der Machtteilung institutionell verwirklicht ist. Gegen einzelne tatsächliche oder angebliche Fehlentscheide des Staates besteht kein Widerstandsrecht.

I. Ein Spannungsfeld

Jakob Dubs (1822–1879), der im Kanton Zürich und im Bund alle wichtigen Ämter innehatte, schrieb in seinem «Öffentlichen Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft»¹, dass das Staatsvolk «nicht die Menschenrechte antasten, unmenschliche Gebote erlassen, unmenschliche Strafen androhen oder zufügen» dürfe. Trete dieser Fall aber trotzdem ein, so setze der Staat auf den Fuss der Gewalt, wo das Recht aufhöre. Mit diesem Moment wache für die Bürger das «natürliche Recht der Selbsthülfe wieder auf, das Recht des Widerstandes beginnt, die Revolution wird zu einem berechtigten, ja unter Umständen selbst sittlich gebotenen Akte zum Schutze der Menschenwürde». Dieses Recht sei ein unveräusserliches Grundrecht des Bürgers, «weil ohne dieses alle andern Rechte werthlos sind. Dabei versteht es sich von selbst, dass vorher die legalen Mittel der Abwehr erschöpft sein sollen».

Bundesrätin Kopp, eine Nachfolgerin von Dubs, vertrat 1986 im schweizerischen Parlament in einer Debatte um das Widerstandsrecht² eine gegenteilige Auffassung: «Unser Staat

* Für wertvolle Mitarbeit bedanke ich mich bei meinem Assistenten Herrn lic. iur. RETO FELLER.

¹ Dargestellt für das Volk, Erster Theil, 2. Aufl., Zürich 1878, S. 175 f.

² Vgl. die Interpellation «Widerstandsrecht» von Nationalrat Sager, Amtl. Bull. NR 1985 1851 f. und Debatte: Amtl. Bull. NR 1986 656. Siehe dazu DIETER DELWING, Zum Widerstandsrecht, SJZ 82 (1986), S. 289–293.

ist das Resultat einer Entwicklung im 19. Jahrhundert. Ich glaube, dass dieser liberale Rechtsstaat genügend Mitwirkungsmöglichkeiten geschaffen hat, und diese gilt es zu nützen. Sich auf ein Notwehrrecht zu berufen und damit Recht zu brechen, kann in einem liberalen Rechtsstaat nicht akzeptiert werden. Widerstandsrecht in einem Unrechtsstaat ja, aber Widerstandsrecht in einem liberalen Rechtsstaat nein»³.

- 3 Die Spannweite dieser beiden Aussagen von zwei Bundesräten im Abstand von über 100 Jahren überrascht. In dieser Zeit scheint eine wichtige historische Dimension des Widerstandsrechts verloren gegangen zu sein: Je weiter sich die Gegenwart von den revolutionären Umbrüchen aus der Zeit der Staats-(neu-)gründung entfernt, desto selbstverständlicher erscheint die errichtete Ordnung. Das Widerstandsrecht kann daher nicht ohne Rückgriff auf dessen historische Grundlagen verstanden werden (II.). Dann ist das Widerstandsrecht von andern Formen der Opposition gegen die Staatsgewalt abzugrenzen (III.). Das Widerstandsrecht wird in der geltenden Rechtsordnung in gewisser Weise formalisiert, d.h. in Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen institutionell eingebunden (IV.). Es fragt sich daher, was ausserhalb dieser formalisierten Widerstandsrechte sonst noch von einem natürlichen Widerstandsrecht bleibt (V.).

II. Entstehung des Widerstandsrechts

A. Von der Antike bis zur amerikanischen Unabhängigkeitserklärung

- 4 Schon in der Antike wurde eine sittliche Pflicht zum Widerstand gegen die Tyrannis vertreten⁴. Im Alten China hatte bereits Konfuzius eine Art «Widerstandsrecht» gegen jenen Herrscher formuliert, der vom rechten Weg abweicht⁵. Im Mittelalter folgte die Ausbildung des weltlichen und kirchlichen Widerstandsrechts zu einem Rechtsinstitut. Das germanische Verhältnis zwischen Untertan und Herrscher war geprägt durch den Begriff der wechselseitigen Treue, nicht des einseitigen Gehorsams. Beide waren gleichermaßen dem Recht verpflichtet, das sich aus dem Schnittpunkt ihrer beider Treuepflichten ergab. Wenn der König das Recht brach, verlor er ohne weiteres den Anspruch auf den Gehorsam des Untertanen. Von ähnlichen Ideen dominiert war das mittelalterliche Lehenswesen⁶. Der Herrscher war der vorgefundenen (Natur-)Rechtsordnung verpflichtet; es war ihm untersagt, durch einseitige Willkür die subjektiven Rechte des Einzelnen zu verkürzen. Die Verletzung dieser Pflichten führte zum Verlust des Herrschaftsanspruchs⁷. Dabei wurde eine Instanz vorausgesetzt,

³ Antwort von Bundesrätin Kopp, Amtl. Bull. NR 1986 662.

⁴ Siehe die ausführliche historische Darlegung des Widerstandsrechts bei: KLAUS STERN, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, München 1980, S. 1488 ff.

⁵ Text: KONFUZIUS, Gespräche (Lun-yu), aus dem Chinesischen übersetzt und herausgegeben von RALF MORITZ, Stuttgart 1982, Reclam UB Nr. 9656, XIV, 22, S. 92.

⁶ Vgl. FRITZ KERN, Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter, Münster/Köln 1954, S. 152, 241. Siehe auch die interessante geschichtliche Darstellung bei JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI, Allgemeines Staatsrecht, geschichtlich begründet, München 1852, S. 703. Vgl. auch die Angaben bei DANIEL THÜRER, Widerstandsrecht und Rechtsstaat, in: Studia philosophica, vol. 44/1985, S. 142–169 (142 Fn. 2 m.w.H.).

⁷ Deutlich in der Vorrede der Berater des Dänischen Königs Waldemar II (1202–1241) im Jütischen Recht von 1241, übersetzt von KLAUS VON SEE, Köln/Weimar 1960, S. 23 f. Vgl. auch KERN (Anm. 6), S. 128 f.

welche die schwere Verletzung des Naturrechts feststellt. Diese Rolle übernahm die römische Synode, die über das Widerstandsrecht zu entscheiden hatte. In diesem Sinn billigte Thomas von Aquin den Widerstand gegen den Tyrannen nur, wenn die Kirche als höhere Autorität dies verlangte⁸. Das Widerstandsrecht wurde sodann auch durch Verletzung des Lehensvertrags begründet. Gemäss der Magna Charta (1215) wurde beispielsweise der Verstoß gegen die in der Charta zugestandenen ständischen Freiheiten einem Ausschuss von 4 bzw. 25 Baronen zur Beurteilung überwiesen. Das Unrecht war dadurch wiedergutzumachen, dass dem König Güter weggenommen wurden, wobei die königliche Familie unversehrt zu bleiben hatte⁹. Später wurde das Widerstandsrecht etwa bei John Locke eine Konsequenz einer Verletzung des Gesellschaftsvertrages, der den Widerstand gegen die Staatsgewalt als letztes Mittel zulässt, «wo man von der Möglichkeit abgeschnitten ist, das Gesetz anzurufen»¹⁰. Der Widerstand ging mit der Auflösung des Gesellschaftsvertrages einher. Jean-Jacques Rousseau forderte kein Widerstandsrecht. Er setzte indessen voraus, dass das Volk nichts Schlechtes beschliesst: «Das Volk will in seinem Innersten immer das Gute, aber vermag dieses Gute nicht immer zu sehen»¹¹. Die Volkssouveränität erlaubt es, dass das Volk die Regierung «ernennen und absetzen kann, wann es ihm beliebt. [...] Diese Veränderungen sind immer gefährlich, und man sollte nie an eine einmal eingesetzte Regierung rühren, solange sie nicht mit dem Gemeinwohl unvereinbar geworden ist»¹². Darin ist das Recht der Absetzung einer tyrannischen Regierung miteingeschlossen; allerdings fehlt die Postulierung eines individuellen Widerstandsrechts.

Der Konstitutionalismus in Amerika ging ebenfalls von der Volkssouveränität aus, wogegen man – entgegen Äusserungen in der Literatur – nicht sagen kann, dass die ersten amerikanischen Verfassungen ein «Recht» auf Widerstand begründeten¹³. In den ersten Einzelstaatenverfassungen ist der Grundsatz der jederzeitigen Absetzbarkeit der Regierung und der jederzeitigen Revision der Verfassung verankert worden¹⁴. Nach der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung darf, ja muss das Volk eine Regierung abwerfen und für seine künftige Sicherheit neue Gewähr verschaffen, wenn eine unumschränkte Herrschaft eine lange Reihe von Misshandlungen und gewaltsamen Eingriffen zulässt¹⁵. Thomas Paine (1737–1809) hat diese Freiheit einer Generation, sich eine Ordnung zu geben, ebenfalls verfochten: Niemand und nichts könne den Menschen bis ans «Ende der Zeit» dekretieren, wie sie regiert werden, und

⁸ Vgl. Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 4.11.1985, VPB 1986 Nr. 5, S. 51; Stern (Anm. 4), S. 1489.

⁹ Vgl. Ziff. 61 der Magna Charta Libertatum, in: PETER CORNELIUS MAYER-TASCH, Die Verfassungen Europas, Stuttgart 1966, S. 166 ff. (169); vgl. auch STERN (Anm. 4), S. 1490.

¹⁰ Vgl. JOHN LOCKE, Zweite Abhandlung über die Regierung, Stuttgart 1966, S. 154, 157 (Nr. 204, 207 in Kapitel XVIII).

¹¹ JEAN-JACQUES ROUSSEAU, Vom Gesellschaftsvertrag, II. Buch, 6. Kapitel übersetzt von HANS BROCKARD, Stuttgart 1996, S. 42.

¹² ROUSSEAU, Gesellschaftsvertrag (Anm. 11), III. Buch, 18. Kapitel, S. 109.

¹³ Vgl. WILLI PAUL ADAMS, Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit, Darmstadt/Neuwied 1973, S. 130; falsch die Behauptung von HERBERT VON BORCH, Obrigkeit und Widerstand, Tübingen 1954, S. 195 f., die amerikanischen Verfassungen würden als erste ein Recht auf Widerstand enthalten.

¹⁴ Vgl. z.B. Art. VII des Massachusetts Grundrechtekatalogs von 1780, in: HERBERT SCHAMBECK u.a. (Hrsg.), Dokumente zur Geschichte der Vereinigten Staaten von Amerika, S. 133 ff. (136); weitere Beispiele bei MARCEL MORABITO, La Résistance à l'oppression en 1793, in: JEAN BART u.a. (Hrsg.), La Constitution du 24 juin 1793, Dijon 1997, S. 179–193 (179 Fn. 3).

¹⁵ Vgl. die Unabhängigkeitserklärung vom 4.7.1776, in: SCHAMBECK (Anm. 14), S. 114 f.

wer sie regieren soll. Jedes Zeitalter müsse eben die Freiheit haben, «in allen Fällen für sich selbst zu handeln. [...] Die Eitelkeit und Anmassung, noch jenseits des Grabes regieren zu wollen, ist die lächerlichste und unverschämteste aller Tyrannen. Der Mensch besitzt kein Eigentum in dem Menschen; ebensowenig besitzt eine Generation in künftigen Geschlechtern Eigentum»¹⁶. Dieses Recht des Volkes, die Regierungsgewalt zu errichten, zu verändern und zu widerrufen war nicht als neuer verfassungspolitischer Grundsatz der Zukunft, sondern als «Rechtfertigung des nur noch militärisch zu Ende zu führenden Kampfes gegen die Kolonialmacht»¹⁷ ausgesprochen worden. Die neuen Verfassungen der nordamerikanischen Kolonien sollten künftig Widerstand und Revolution hinfällig machen, da die Verfassung selbst friedliche Mittel der Veränderung zulies.

B. Französische Revolutionsverfassungen

- 6 Die französische Menschenrechtserklärung von 1789 erwähnte in Art. 2¹⁸ das Widerstandsrecht, das im nachfolgenden Rechtekatalog nicht konkretisiert wurde. Das Widerstandsrecht sollte nachträglich die revolutionären Akte des Volkes gegen das Königtum naturrechtlich legitimieren¹⁹. Es wurde nicht auf die bereits errichtete neue Ordnung bezogen.
- 7 Condorcet hatte in seinem Entwurf für eine französische Rechteerklärung vom 15./16. Februar 1793 eine interessante Konkretisierung des Widerstandsrechts vorgelegt²⁰:
- Art. 31: Die in der Gesellschaft vereinigten Menschen müssen über eine rechtliche Möglichkeit verfügen, der Unterdrückung Widerstand entgegenzusetzen zu können («moyen légal de résister à l'oppression»).
- Art. 32: Unterdrückung liegt vor, wenn ein Gesetz die natürlichen, bürgerlichen und politischen Rechte, die es garantieren muss, verletzt. – Unterdrückung liegt vor, wenn die Beamten das Gesetz bei seiner Anwendung auf die konkreten Tatsachen verletzen. – Unterdrückung liegt vor, wenn willkürliche Akte die Rechte der Bürger in gesetzwidriger Weise verletzen. In jedem freiheitlichen Staat muss die Art und Weise des Widerstandes gegen die unterschiedlichen Akte der Unterdrückung in der Verfassung geregelt sein.
- 8 Dieses Widerstandsrecht gestattet nun gerade nicht Gewaltakte gegen den Staat, wenn seine Organe die in Art. 32 definierten Unterdrückungsakte setzen. Vielmehr ist bereits eine Kanalisierung des urwüchsigen Widerstandsrechts in Institutionen feststellbar. Das Widerstandsrecht darf nur in dem von der Verfassung vorgezeichneten Weg ausgeübt werden; es wird gewissermassen zu einem Rechtsinstitut. Das zeigt sich namentlich im VIII. Titel «De la censure du peuple sur les actes de la représentation nationale et du droit de pétition», welcher dieses Widerstandsrecht gewissermassen organisiert²¹. Dies geschieht mit dem Petitionsrecht (Art. 31), der Anklage gegen Beamte, die sich des Machtmissbrauchs und der Gesetzes-

¹⁶ THOMAS PAINE, Die Rechte des Menschen, Frankfurt a. M. 1973, S. 49, vgl. auch S. 248. Entsprechende Ideen formulierte auch Thomas Jefferson in einem Brief an James Madison vom 6.9.1789, Text: THOMAS JEFFERSON, Political Writings edited by Joyce Appleby and Terence Ball, Cambridge 1999, S. 593 ff.

¹⁷ ADAMS (Anm. 13), S. 130.

¹⁸ Text: MAYER-TASCH (Anm. 9), S. 126 ff.

¹⁹ Vgl. ALFRED KÖLZ, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Bern 1992, S. 71 f.

²⁰ Vgl. den Originaltext bei ALFRED KÖLZ, Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte. Vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992, S. 33 ff. (35).

²¹ Vgl. MORABITO (Anm. 14), S. 182 f. Text: KÖLZ, Quellenbuch (Anm. 20), S. 57.

verletzung schuldig machen (Art. 33) sowie dem interessantesten Element, der Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen (Art. 27). Schliesslich sollte die Revolution durch eine alle 20 Jahre erfolgende Vorabstimmung über die Frage der Totalrevision der Verfassung institutionalisiert werden²². Damit macht sich deutlich eine Umformung des revolutionären zum institutionell-konstitutionellen Widerstandsrecht bemerkbar, das vom Staat zu schaffen ist, um die in Art. 32 beschriebenen Unterdrückungsakte zu beheben. Der Entwurf von Condorcet zeichnet damit eine Entwicklung vor, welche die Rechtsstaatlichkeit in Europa vor allem im nachfolgenden Jahrhundert nehmen wird.

Die Art. 33–35 der beschlossenen französischen Menschenrechtserklärung von 1793 regeln das Widerstandsrecht folgerichtig ganz am Schluss. Robespierre vertrat vehement die Auffassung: «Assujettir à des formes légales la résistance à l'oppression est le dernier raffinement de la tyrannie»²³. Schliesslich resultierte folgender Text aus den Vorarbeiten von Condorcet²⁴:

Art. 33. Der Widerstand gegen Unterdrückung ist die Folge der übrigen Menschenrechte.

Art. 34. Unterdrückung der Gesamtheit der Gesellschaft ist es, wenn auch nur eines ihrer Glieder unterdrückt wird; Unterdrückung jedes einzelnen Gliedes ist es, wenn die Gesamtheit der Gesellschaft unterdrückt wird.

Art. 35. Wenn die Regierung die Rechte des Volkes verletzt, ist für das Volk und jeden Teil des Volkes der Aufstand das heiligste seiner Rechte und die unerlässlichste seiner Pflichten.

Diese Bestimmungen normieren das *natürliche Widerstandsrecht*, ganz im Gegensatz zum Condorcet-Entwurf, der dieses institutionell einbindet. Damit kehrt die Revolution auf ihrem politischen Höhepunkt wieder an den Ursprung zurück. Bemerkenswert ist Art. 33: In der Tat folgt das Widerstandsrecht unmittelbar den Menschenrechten und ist deren immanentes Durchsetzungsmittel. Freilich belässt auch die französische Verfassung von 1793 trotz ihres natürlichen Widerstandsrechts wichtige Behelfe einer institutionell gesicherten Widerstandsmöglichkeit, nämlich den Grundsatz der jederzeitigen Revidierbarkeit der Verfassung (Art. 28, 115), die Zulässigkeit der Notwehr im Einzelfall (Art. 13), die Verantwortung der Beamten (Art. 12, 24, 30) und das Petitionsrecht (Art. 32).

Bereits in der französischen Direktorialverfassung von 1795 fehlte das Widerstandsrecht, die Revolution hatte nach ihrer Hochphase (1792–1794) schon eine konservativere Stossrichtung erhalten. Demzufolge erschien ein Widerstand gegen die geltende Ordnung sogar gefährlich. Ist der Widerstand gegen eine Tyrannei allgemein, so ist eine Rechtfertigung dafür mittels Widerstandsrecht unnötig, währenddem ein bloss partieller Widerstand stets unterliegt und eine rechtliche Verantwortlichkeit nach sich zieht²⁵. Daraus ist das bekannte

²² Vgl. Titre IX: Des Conventions nationales, Art. 4, Text: KÖLZ, Quellenbuch (Anm. 20), S. 58. Diese Bestimmung sollte in der Regeneration in vielen Schweizer Kantonen auftauchen, so in Genf bis 1993. Neu eingeführt hat Appenzell A.Rh. die periodische Vorabstimmung mit einer Frist von 20 Jahren, vgl. Art. 114 Abs. 1 und 2 KV AR (1995).

²³ Zitiert bei MORABITO (Anm. 14), S. 184.

²⁴ Texte: Vgl. JACQUES GODECHOT (Hrsg.), Les Constitutions de la France depuis 1789, Paris 1993, S. 83. Deutsche Übersetzung: WALTER GRAB, Die französische Revolution: Eine Dokumentation: 68 Quellentexte und eine Zeittafel, München 1973, S. 150 ff. (153).

²⁵ Vgl. MORABITO (Anm. 14), S. 192.

Diktum entstanden, dass ein erfolgreicher Widerstand staatsrechtliche und ein misslungener Widerstand strafrechtliche Konsequenzen hat²⁶.

C. Rezeption des französischen Widerstandsrechts in der Schweiz

- 12 In der Helvetik spielte ein eigentliches oder sinngemäßes Widerstandsrecht wegen des diesbezüglich negativen französischen Vorbilds der Direktorialverfassung von 1795 keine Rolle. Erst in der Regeneration sollten die französischen Ideen der Erklärungen von 1789 und 1793 wiederbelebt werden. Der Condorcet-Entwurf von 1793 und die Verfassung von 1793 sind für die Schweiz wichtig, weil sie von den schweizerischen Radikalen ab 1830 in den Kantonen und später im Bund rezipiert worden sind²⁷. Es war Ludwig Snell, der sich auf diese beiden Dokumente stützte und in seinem «Entwurf einer Verfassung» von 1831 ein Widerstandsrecht vorschlug. Danach «vereinigen alle Bürger ihre Gesamtkraft zur Aufstellung einer öffentlichen Gewalt, Staatsgewalt genannt»²⁸. Die Pflicht, für die Erhaltung der Verfassung zu wachen, obliegt dem Grossen Rat. «Ausserdem verpflichten sich alle freien Männer, welche Kraft ihres souverainen Gesamtwillens die Verfassung beschlossen haben, sie auch mit allen ihren Kräften zu beschützen und sie mit den Waffen in der Hand zu vertheidigen, sei es, dass sie von innern oder äussern Feinden angegriffen wird»²⁹. Daraus folgte in § 6 lit. d von Snells Verfassungsentwurf das Verbot stehender Truppen, das zunächst über kantonale Verfassungsartikel³⁰ schliesslich als Art. 13 in die Bundesverfassung von 1848/1874 aufgenommen wurde und heute noch immer als das «Milizprinzip»³¹ des Art. 58 Abs. 1 BV erscheint. Die Bewaffnung des Volks und das Verbot eines stehenden Heeres war bereits von Montesquieu, Rousseau, Kant, Jefferson³² und in den französischen

²⁶ Vgl. z.B. STERN (Anm. 4), S. 1500.

²⁷ KÖLZ, Verfassungsgeschichte (Anm. 19), S. 81. Es sind auch Rezeptionen anderer Länder festzustellen. Besonders interessant ist, dass nach J. HODLER, Allgemeine Grundsätze des natürlichen Staatsrechts, Bern 1863, S. 321 und BLUNTSCHLI (Anm. 6), S. 709, 321 die Verfassung für Sizilien von 1812 ebenfalls ein Widerstandsrecht anerkannte, allerdings als Notwehrrecht formuliert (§ 201). Siehe zur Sizilianischen Verfassung von 1812: KARL HEINRICH LUDWIG PÖLITZ, Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789 bis auf die neueste Zeit, 2. Band, Leipzig 1833, S. 437 ff.

²⁸ Anonym (Autor war aber LUDWIG SNELL), Entwurf einer Verfassung nach dem reinen und ächten Repräsentativsystem, das keine Vorrechte noch Exemptionen kennt, sondern auf der Demokratie beruht, Zürich 1831, S. 4 (§ 3 Ingress).

²⁹ Vgl. SNELL (Anm. 28), S. 14 (§ 6 lit. b); vgl. auch KÖLZ, Verfassungsgeschichte (Anm. 19), S. 248, 254.

³⁰ Vgl. z.B. § 87 Abs. 2 der Berner Verfassung von 1846, vgl. KÖLZ, Quellenbuch (Anm. 20), S. 427.

³¹ Siehe die vielen weiteren ideengeschichtlichen Hinweise zum «Milizprinzip» bei: ALOIS RIKLIN, Milizdemokratie, in: FS für Kurt Eichenberger, Basel 1982, S. 41 ff. (43 f.); vgl. auch JAN METZGER, Die Milizarmee im klassischen Republikanismus, Diss. St. Gallen, Bern 1999.

³² Vgl. MONTESQUIEU, Vom Geist der Gesetze, Buch XI., 6. Kapitel (England), in der gekürzten Ausgabe von Kurt Weigand, Stuttgart 1965, S. 228; JEAN-JACQUES ROUSSEAU, Betrachtungen über die Regierung Polens und über deren vorgeschlagene Reform, Kapitel XII (Militärwesen), in: JEAN-JACQUES ROUSSEAU, Sozialphilosophische und Politische Schriften, 2. Aufl., Düsseldorf/Zürich 1996, S. 563 ff. (626 ff.); IMMANUEL KANT, Zum Ewigen Frieden, hatte im Ersten Abschnitt Ziff. 3 ein Verbot stehender Heere aus dem Motiv einer internationalen Friedensordnung vorgeschlagen, vgl. Kant, Werke in sechs Bänden, herausgegeben von Wilhelm Weischedel, Band VI, Frankfurt a.M. 1964; Brief von Thomas Jefferson an James Madison vom 31.7.1788, in: JACK N. RAKOVE, Declaring Rights. A Brief History with Documents, Boston 1998, S. 157 oder Brief an David Humphreys vom 11.3.1789, in: APPLEBY/BALL (Anm. 16), S. 111 ff. (113).

Verfassungsentwürfen bzw. -texten vorgesehen³³, so etwa in Art. 109 der Verfassung von 1793: «Alle Franzosen sind Soldaten. Alle werden im Gebrauch der Waffen geübt.» Snell liess sich womöglich durch diese Bestimmung zu seiner Auffassung anregen, dass das Milizprinzip die beste Sicherung gegen Machtusurpation sei. Ein eigentliches Widerstandsrecht wurde in den schweizerischen Verfassungen zwar nicht normiert, indessen ist in der bis heute andauernden «Volksbewaffnung» ein latentes Mittel des Verfassungsschutzes zu sehen. Hinter dem Milizprinzip steht letztlich, dunkel verhüllt ausserhalb der Verfassung, das Widerstandsrecht³⁴:

«Die Liebe für Ordnung und Recht, welche in der Regel bei der grossen Mehrheit des Volkes vorhanden ist, bietet dagegen eine sichere Bürgerschaft.

Die Verfassung soll also durch die vereinigte Kraft der Gesamtheit der Bürger aufrechterhalten werden, deshalb soll auch jeder Bürger wehrpflichtig sein. Damit ist die Aufstellung eines sogenannten stehenden Heeres nicht vereinbar. Eine freie Verfassung sollte die Aufstellung stehender Heere für die Friedenszeiten verbieten, denn das stehende Heer ist in der Regel das blinde Werkzeug zu Unterdrückung der Freiheit. Das stehende Militär hat sich an den unbedingten Gehorsam gewöhnt und dadurch allmählig den freien Bürgersinn eingebüsst. [...]

Wir schliessen diesen Abschnitt mit der Schlussbemerkung, dass wenn die unfreien Völker frei werden wollen, wenn die freien Völker frei bleiben wollen, so müssen sie auf Beseitigung der stehenden Heere dringen und allgemeine Volksbewaffnung verlangen.»

Das Widerstandsrecht der französischen Erklärungen von 1789 und 1793 ist damit indirekt rezipiert worden. Bis zur Gegenwart ist in der schweizerischen Armee das Milizprinzip und die Volksbewaffnung mit der Ausrüstung, die zu Hause aufbewahrt wird, wenn nicht ein Mittel, so heute noch ein historisches Symbol des Widerstandsrechts. 13

In der radikalen Berner Verfassung von 1846 findet sich – wohl in Nachahmung von Art. 13 des Condorcet-Entwurfs³⁵ – eine weitere Spur des Widerstandsrechts, indem § 75 Abs. 3 gegen jedes formwidrige Verletzen des Hausrechts durch Beamte Widerstand erlaubte³⁶. Art. 76 Abs. 3 der Verfassung vom 4.6.1893 führt diese Bestimmung fort³⁷. Die geltende Berner Verfassung von 1993 hat diesen Rest radikalen und französischrevolutionären Den- 14

³³ Vgl. Titre XI «De la force publique» des Condorcet-Entwurfs, Text: KÖLZ, Quellenbuch (Anm. 20), S. 65 f. und Art. 107–114 der Verfassung von 1793.

³⁴ Siehe die deutlichen Ausführungen von HODLER (Anm. 27), S. 321 ff., der sich auch auf Snell und Rotteck (1815) beruft. Dieser hatte im Sinne einer politischen Forderung eine allgemeine Landesverteidigung gefordert, vgl. CARL VON ROTTECK, Über Landstände und Volksvertretungen: Texte zur Verfassungsdiskussion im Vormärz, 1. Aufl., Freiburg/Berlin 1997, S. 50, 245.

³⁵ Vgl. KÖLZ, Quellenbuch (Anm. 20), S. 34: «Diejenigen Bürger, gegen die man solche Akte [Verhaftungen, Vorladungen vor Gericht, A. Kley] durchführen will, haben das Recht, Gewalt mit Gewalt abzuwehren [...].»

³⁶ Vgl. KÖLZ, Quellenbuch (Anm. 20), S. 424; EDUARD HIS, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, Band II, Basel 1929, S. 451.

³⁷ Nach CYRIL HEGNAUER, Zur Strafbarkeit der Widersetzlichkeit gegen Amtshandlungen, SJZ 52 (1956), S. 101–106 (103) garantiert diese Bestimmung das allgemeine Widerstandsrecht, das auch ungeschrieben gelte.

kens überwunden. Ansonsten findet sich m.W. in keiner Kantonsverfassung des letzten Jahrhunderts ein positiviertes Widerstandsrecht³⁸.

D. Europäische Entwicklung im 20. Jahrhundert

- 15 Bereits in der französischen Revolution ist die Idee des Widerstandsrechts in ihrer ganzen Spannweite entfaltet worden. Zum einen wollte man ein natürliches Recht auf Widerstand, d.h. ein Recht auf Gewaltanwendung gegen den Staat normieren. Andererseits fürchtete man sich vor dem Gefährdungspotential dieses Widerstandsrechts, womit dieses institutionell eingebunden werden sollte. Danach war der Staat so zu organisieren, dass ein schwerwiegender Machtmissbrauch gar nicht entstehen kann. Damit wurde das Widerstandsrecht im positiven Verfassungsrecht durch Instrumente ersetzt, die den Widerstandsfall von vornherein verhinderten, wie etwa die Gewähr der Freiheitsrechte, die jederzeitige Revidierbarkeit der Verfassung und die Kontrolle der staatlichen Gewalten durch Wahlen und den Recall³⁹. Das Widerstandsrecht ist somit von Surrogaten, nämlich positiven Verfassungsinstrumenten der Machtkontrolle und Rechtsmitteln abgelöst worden⁴⁰. Die positivistische Entwicklung in den deutschsprachigen Ländern des 19. Jahrhunderts hat den Gedanken des natürlichen Widerstandsrechts zunehmend geschwächt. Da es in den Verfassungen als Grundrecht fehlte, schloss man konsequenterweise auf dessen Nichtexistenz. So schrieb Giacometti: «Im Rechtsstaate erscheint begrifflich auch nur ein positivrechtlich fundiertes Widerstandsrecht möglich»⁴¹.
- 16 Das Versagen der institutionellen Sicherungen gegen Machtmissbrauch in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts verschaffte dem natürlichen Widerstandsrecht erneut eine erhebliche Relevanz. Die von Staats wegen angeordneten Greuel des Zweiten Weltkriegs zeigen drastisch, dass eine «Türe» bestehen muss, mit der die positive Rechtsordnung verlassen und von aussen bekämpft werden kann. In diesem Sinne haben Staaten, die mit Erfahrungen der Tyrannei konfrontiert waren, in ihren Verfassungen ein natürliches Widerstandsrecht normiert. Zunächst hatten die deutschen Landesverfassungen von Hessen (1946), Bremen (1947) und Berlin (1950) ein Widerstandsrecht gegen verfassungswidrig ausgeübte öffentliche Gewalt aufgeführt. Art. 147 der hessischen Verfassung enthält die Verpflichtung, zunächst die Strafverfolgung der schuldigen Verfassungsbrecher zu erzwingen. Das Widerstandsrecht und – als dessen Steigerung – die Widerstandspflicht sind insofern subsidiär. Art. 19 der bremischen und Art. 23 Abs. 3 der Berliner Landesverfassung räumen das Widerstandsrecht vorbehaltlos ein. Allfällige Schranken müssen aus den Grundprinzipien und dem Gesamtzusammenhang der Verfassung gewonnen werden. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hatte 1956 die Existenz eines ungeschriebenen Widerstandsrechts verneint, da in Deutschland die Abwehr von Verfassungsverletzungen sichergestellt sei⁴². Schliesslich hat der deut-

³⁸ Ich stelle diese Behauptung auf, ohne dass ich alle Kantonsverfassungen des 19. Jahrhunderts durchgesehen habe. Siehe aber die Verfassungssammlung von HEIMANN, Die Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft und die Staatsverfassungen der Kantone, Nidau 1864.

³⁹ So HODLER (Anm. 27), S. 321.

⁴⁰ Vgl. KURT WOLZENDORFF, Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstand des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt, Breslau 1916, S. 511 ff.

⁴¹ ZACCARIA GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 427 Fn. 105. Vgl. auch YVO HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. I: Organisation, Zürich 1980, S. 40.

⁴² Vgl. BVerfGE 5, 85 (376 f.).

sche Grundgesetzgeber 1968 in Art. 20 Abs. 4 das mit einer Subsidiaritätsklausel versehene Widerstandsrecht normiert: «Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist»⁴³. Diesem Vorbild sind Griechenland, Portugal, Estland, Litauen, die Slowakei und Ungarn aufgrund erlittener Diktaturerfahrungen gefolgt⁴⁴. Die geltende französische Verfassung verweist in ihrer Präambel auf die Menschenrechtserklärung von 1789 und damit auf das in Art. 2 verankerte Widerstandsrecht.

III. Begriff und Abgrenzungen des Widerstandsrechts

Das *Widerstandsrecht* gestattet es jedem, gegen eine *systematisch* und flächendeckend verfassungswidrig ausgeübte Staatsgewalt vorzugehen, wenn eine andere Abhilfe nicht möglich ist. Ausmass und Qualität der Verfassungswidrigkeit müssen äusserst gravierend sein, indem etwa die Grund- und Menschenrechte als solche rechtlich oder de facto auf Dauer beseitigt werden. In diesem Fall ist das Widerstandsrecht das allerletzte Mittel, um diese liberalen und bürgerlichen Rechte und die sie schützende Ordnung wiederherzustellen. Das Widerstandsrecht hat einen wiederherstellenden (konservativen) Charakter⁴⁵ und kann daher nicht im Sinne eines Rechts auf allgemeine Revolution zur Errichtung einer andern Ordnung angerufen werden.

Das Widerstandsrecht kommt nie gegen einzelne Rechts- und Grundrechtsverletzungen zum Zug. Dagegen stehen vielmehr die üblichen Rechtsmittel zur Verfügung. Wird eine (behauptete) Rechtsverletzung in einem Einzelfall auch von der obersten nationalen Instanz nicht behoben, so können allenfalls noch die internationalen Organe des Menschenrechtsschutzes befasst werden. Im übrigen ist eine angebliche oder tatsächliche Rechtsverletzung im Einzelfall hinzunehmen. Das ergibt sich zwingend aus der Tatsache, dass jeder Instanzenzugenden muss und dadurch Rechtsfrieden schafft. Ein absolut fehlerfreier Rechtsschutz ist niemals zu erreichen. Es ist daher möglich, dass der formelle Rechtsstaat (Gesetzmassigkeit, Rechtsschutzverfahren) in Einzelfällen den materiellen Rechtsstaat (Grundrechte) nicht umzusetzen vermag.

In der politischen Diskussion wird das Widerstandsrecht nicht selten für politische Zwecke missbraucht⁴⁶. Eine leichtfertige Anrufung des Widerstandsrechts schadet und lässt es als ein absurdes Recht erscheinen, das nach Belieben von der Rechtsordnung dispensiert. Deshalb ist die nachfolgende begriffliche Klärung nötig.

⁴³ Vgl. dazu mit zahlreichen Literaturangaben: STERN (Anm. 4), S. 1487 ff.

⁴⁴ Art. 120 Abs. 4 der Griechischen, Art. 21 der Portugiesischen Verfassung. Sodann betreffend Osteuropa: § 54 Abs. 2 der Estnischen (S. 421), § 3 Abs. 2 der Litauischen (S. 532), Art. 32 der Slowakischen (S. 864), § 2 Abs. 3 der Ungarischen Verfassung (S. 1032). Die Seitenzahlen beziehen sich auf HERWIG ROGGMANN (Hrsg.), Die Verfassungen Mittel- und Osteuropas. Einführung und Verfassungstexte mit Übersichten und Schaubildern, Berlin 1999.

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 5, 76 (377).

⁴⁶ Beispiel: Debatte um die Asylinitiative der Schweizer Demokraten, vgl. die im Votum von Hans Steffen wiedergegebene Expertenmeinung, das Widerstandsrecht könne im Falle der Annahme einer völkerrechtswidrigen Initiative geltend gemacht werden, vgl. Amtl. Bull. NR 1996 311. Weitere Beispiele dafür bei THÜRER (Anm. 6), S. 156.

- 20 Das Widerstandsrecht ist vom «*zivilen Ungehorsam*» (civil disobedience) zu unterscheiden. Es war namentlich Mahatma Gandhi, der in Indien nach dem Zweiten Weltkrieg mit zivilem Ungehorsam die indische Unabhängigkeit von Grossbritannien erzwang. Der zivile Ungehorsam wird von Bürgerrechtsbewegungen zur Erreichung eines altruistischen oder eines vom Gemeinwohl dominierten Zwecks eingesetzt. Dabei nehmen die Protagonisten die durch die aktive Gesetzesverletzung bewirkte Unrechtsfolge auf sich und erreichen dadurch öffentliche Aufmerksamkeit⁴⁷. Freilich braucht nicht dasjenige Gesetz verletzt zu werden, gegen das sich der Protest richtet. Beim zivilen Ungehorsam scheidet Gewalt gegen Menschen grundsätzlich aus⁴⁸. Im Unterschied zum Widerstandsrecht ist der zivile Ungehorsam kein Recht; sondern er stellt eine rechtswidrige Handlung dar, die grundsätzlich verboten ist und die es im Rechtsstaat nicht geben kann⁴⁹.
- 21 Das Widerstandsrecht hat schliesslich nichts mit dem *Kirchenasyl* gemein. Darunter wird das Recht verstanden, einem Verfolgten an einem heiligen Ort Zuflucht zu gewähren und ihn dadurch den Verfolgern zu entziehen. Dieses Recht wurde seit dem Mittelalter immer mehr angefochten; heute hat es sich überlebt. Es kann nur noch insofern bestehen, als das staatliche Recht ein Kirchenasyl anerkennt, was heute in der Schweiz nicht mehr der Fall ist⁵⁰. De facto besteht eine gewisse Schutzwirkung der Kirchen als heilige Stätten. Denn es würde von den Kirchenangehörigen wohl als Sakrileg empfunden, wenn die Polizei gewaltsam in eine Kirche eindringe, um z.B. einen abgewiesenen Asylbewerber zu verhaften.
- 22 Weitere Formen des Widerstands sind etwa der Dienst nach Vorschrift, der von den Staatsangestellten mitunter praktiziert wird, um einen Protest kundzutun oder etwa der passive Widerstand⁵¹. Selbstredend haben auch diese Oppositionsformen mit dem Widerstandsrecht nichts gemein, da sie nur punktuelle Ungerechtigkeiten bekämpfen wollen.

IV. Surrogate des Widerstandsrechts

- 23 Bevor das allfällige Widerstandsrecht überhaupt aktuell werden kann, sind sämtliche Behelfe und Rechtsmittel zu benutzen, um die behaupteten Verfassungsverletzungen noch innerhalb der geltenden Verfassungsordnung zu beseitigen. Damit kommt der von Condorcet in seinem Verfassungsentwurf geäusserte Gedanke zum Zug, wonach das Widerstandsrecht in

⁴⁷ Vgl. JEAN-FRANÇOIS AUBERTI, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Bd. I, Basel 1990, S. 462.

⁴⁸ Siehe die klassische Definition bei JOHN RAWLS, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a.M. 1979, S. 399 ff.; bereits HENRY DAVID THOREAU (1817–1862) hatte im Werk «On the Duty of Civil Disobedience» von 1849 den zivilen Ungehorsam formuliert, vgl. auch Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 4.11.1985, VPB 1986 Nr. 5, S. 52 f.; ULRICH KARPEN, Ziviler Ungehorsam im demokratischen Rechtsstaat, JZ 39 (1984), S. 249–262. Vgl. auch die differenzierten Darlegungen über «bürgerlichen Ungehorsam» bei WOLFGANG HUBER, Gerechtigkeit und Recht. Grundlinien christlicher Rechtsethik, Gütersloh 1996, S. 407 ff. Die Berner Dissertation von NICOLAUS FLEISCH, 1989, trägt mit «Ziviler Ungehorsam oder gibt es ein Recht auf Widerstand im schweizerischen Rechtsstaat?» einen irreführenden Titel.

⁴⁹ So etwa RENÉ RHINOW, Widerstand im Rechtsstaat?, Bern 1984, S. 41.

⁵⁰ Vgl. Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 4.11.1985, VPB 1986 Nr. 5, S. 47 ff.

⁵¹ Hier waren selbstverständlich schon früh Protestformen des Ungehorsams auszumachen, vgl. zum passiven Widerstand etwa HODLER (Anm. 27), S. 319 f.

verfassungsgesetzlichen Formen wahrzunehmen ist. Heute können zahlreiche Instrumente, Verfahren und Rechte als solche Surrogate des Widerstandsrechts angesprochen werden.

Beim Rechtsmittel der staatsrechtlichen Beschwerde sprach Hans Huber anschaulich von einem «formalisierten Widerstandsrecht»⁵². In der Tat kondensiert bei der staatsrechtlichen Beschwerde die tief im Volksempfinden verankerte Überzeugung, dass der Einzelne gegenüber dem Kanton letztlich in Lausanne sein (verfassungsmässiges) Recht wiedererlangen könne⁵³. Hauptsächlich die staatsrechtliche Beschwerde, aber auch die andern Rechtsmittel, übernehmen daher die wichtige Funktion, Rechtsverletzungen in einem vom Betroffenen auszulösenden Verfahren beheben zu lassen.

Die Europäische Menschenrechtskonvention normiert mit Art. 13 ein Recht einer Beschwerde bei einer nationalen Instanz. Dieses Recht ist zu den Rechten der Konvention und ihrer Zusatzprotokolle akzessorisch. Auch hier wird deutlich, dass alle EMRK-Rechte damit um ein Beschwerderecht erweitert werden, wenn ihre Verletzung in vertretbarer Weise behauptet wird. Die EMRK-Rechte enthalten damit «formalisierte Widerstandsrechte», und werden insofern effektiv. Man kann diesen Gedanken nun weiterentwickeln und die Behauptung aufstellen, dass dann, wenn die Menschenrechte insgesamt bedroht sind und beseitigt werden, sich dieses Beschwerderecht in das natürliche Widerstandsrecht als letzte Effektivitätsgarantie verwandelt⁵⁴.

Ausserhalb der eigentlichen Rechtsmittel, die einen Anspruch auf Erledigung beinhalten, stehen verschiedene andere Behelfe zur Verfügung, um auf Menschenrechtsverletzungen aufmerksam zu machen, so das Petitionsrecht des Art. 33 BV, die politischen Rechte der Art. 34, 39 und 136 ff. BV, namentlich das Initiativrecht auf Teil- oder Totalrevision der Verfassung. Gerade diese Mittel können unter Umständen geeignet sein, strukturelle Menschenrechtsverletzungen zu beheben oder zumindest einen politischen Prozess auszulösen, der diese Verletzungen thematisiert und das Problem einer Lösung zuführt. «Alle von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfe müssen so wenig Aussicht auf wirksame Abhilfe bieten, dass die Ausübung des Widerstandes das letzte verbleibende Mittel zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Rechtes ist»⁵⁵. Schliesslich wird der Einzelne in der Privatrechts- und Strafrechtsgebung ermächtigt, mit Selbsthilfemassnahmen vom Recht abzuweichen⁵⁶.

⁵² Die Grundrechte in der Schweiz, in: KARL AUGUST BETTERMANN u.a. (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. I/1, Berlin 1966, S. 175 ff. (220) oder HANS HUBER, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, ZSR 1936 I a ff. (169a); übernommen von GIACOMETTI (Anm. 41), S. 426 f. oder PETER SALADIN, Das Verfassungsprinzip der Fairness, in: Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 41 ff. (85). – Im Willkürverbot des Art. 9 BV, das elementare und allgemeine Gerechtigkeitsvorstellungen schützt, kann man eine Teilnormierung des Widerstandsrechts sehen, vgl. GEORG MÜLLER in Kommentar BV, Art. 4 aBV, Rz. 48.

⁵³ HUBER, Grundrechte (Anm. 52), S. 190.

⁵⁴ Hier ist der Gedanke äusserst interessant, dass viele materielle Grundrechte in sich Verfahrens- und Rechtsschutzansprüche enthalten (vgl. ANDREAS KLEY, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995, S. 56 ff. mit Nachweisen). Damit liegt die analoge Überlegung nahe, dass die Grundrechte insgesamt ein letztes Recht auf Widerstand gegen ihre Abschaffung enthalten, das sich im Falle ihrer Beseitigung aktualisiert.

⁵⁵ BVerfGE 5, 377; vgl. bereits BLUNTSCHLI (Anm. 6), S. 704 f.

⁵⁶ Vgl. die strafrechtliche Notwehr gemäss Art. 33 StGB, der strafrechtliche Notstand gemäss Art. 34 StGB oder die privaten Eingriffe in fremdes Grundeigentum zur Abwehr von Gefahren und Schaden gemäss Art. 701 ZGB.

V. Ein Grundrecht des schweizerischen Verfassungsrechts?

- 27 Das Widerstandsrecht ist in keiner einzigen schweizerischen Verfassung ausdrücklich normiert⁵⁷. Der Verfassungsgeber hatte es unterlassen, eine Notstandsverfassung zu normieren. Damit ist er der regelmässig einsetzenden Diskussion über den Sinn einer Regelung des Unregelbaren entgangen. Nun freilich kann daraus nicht der Kurzschluss des Positivismus gezogen werden, somit sei das Widerstandsrecht nicht vorhanden.
- 28 Das Widerstandsrecht ist das letzte Recht, das zum Schutze der Menschenrechte angerufen werden kann. Es ist daher in der Gewähr der Menschenrechte als ein vorstaatliches Recht mitgehalten⁵⁸. Das Widerstandsrecht ist in letzter Konsequenz eine natürliche Folge der übrigen Menschenrechte, wie dies Art. 33 der französischen Verfassung vom 24.6.1793 formulierte. Dieses in den Menschenrechten enthaltene Widerstandsrecht ist auf die von Art. 36 Abs. 4 BV geschützten Kerngehalte bzw. auf die von den internationalen Menschenrechtsabkommen als notstandsfest bezeichneten Ansprüche (*jus cogens*) ausgerichtet⁵⁹. Werden diese absolut unentziehbaren Rechte missachtet, so anerkennt auch das Völkerrecht ein Recht auf Widerstand⁶⁰.
- 29 Welchen Charakter hat dieses vorstaatliche Widerstandsrecht? – Der schweizerische Verfassungsgeber lässt ungeschriebene und überstaatliche Grundrechte grundsätzlich zu⁶¹. Er hatte die Annahme einer «Grundrechtserweiterungsklausel», wie sie etwa in Art. 5 aBV⁶² noch enthalten war, abgelehnt. Der Bundesrat hatte indessen für die Nachfahren zu Protokoll gegeben, der Grundrechtsschutz sei in der neuen Bundesverfassung zwar formal lückenhaft, aber «sachlich lückenlos, weil von der Wertordnung her, die hinter dieser freiheitlichen, demokratischen, rechtsstaatlichen Ordnung liegt, potentiell alle Gefährdungen der

⁵⁷ In der gesamten Debatte über die neue Bundesverfassung ist einzig bei der Diskussion über die *invocatio dei* zu Beginn der Präambel, im Votum von Hans Widmer die These aufgestellt worden, die *invocatio dei* führe zu einer klaren Scheidung von Legalität und Legitimität. Die Berufung auf die letztere erlaube ein Widerstandsrecht, vgl. Amtl. Bull. NR 1998 125 (Sonderdruck).

⁵⁸ Vgl. Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 4.11.1985, VPB 1986 Nr. 5, S. 51. Das hatte 1956 auch das deutsche Bundesverfassungsgericht entschieden, BVerfGE 5, 85 (376).

⁵⁹ Art. 15 Abs. 2 EMRK bezeichnet als notstandsfest: Art. 2 (Recht auf Leben, ausser bei Todesfällen, die auf rechtmässige Kriegshandlungen zurückzuführen sind), Art. 3 (Folterverbot), Art. 4 Abs. 1 (Sklaverei- verbot), Art. 7 (Keine Strafe ohne Gesetz), Art. 4 von Zusatzprotokoll Nr. 7 (Verbot der doppelten Bestrafung); Art. 4 Abs. 2 des Weltpaktes für bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966, SR 0.103.2 erklärt für notstandsfest: Art. 6 (Recht auf Leben), Art. 7 (Folterverbot), Art. 8 Abs. 1 und 2 (Sklaverei, Leibeigenschaft), Art. 11 (Verbot des Schuldverhafts), Art. 15 (Keine Strafe ohne Gesetz), Art. 16 (Anerkennung der Rechtsfähigkeit) und Art. 18 (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit).

⁶⁰ Vgl. Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 4.11.1985, VPB 1986 Nr. 5, S. 51; ERNST VON HIPPEL, Die positivistische Staatslehre im Nürnberger Prozess und nach dem Grundgesetz, in: Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt, Berlin 1966, S. 35 ff.; ALDO LOMBARDI, Bürgerkrieg und Völkerrecht, Berlin 1976, S. 52 ff.

⁶¹ ANDREAS KLEY, Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesverfassung, ZBJV 135 (1999), S. 301–347 (305 ff.).

⁶² «Der Bund gewährleistet [...] die Freiheit, die Rechte des Volkes [...]. Ursprünglich hatte diese Formulierung den Zweck, nicht nur die in den Verfassungen gewährleisteten Rechte, sondern «die auf die natürliche Gerechtigkeit gegründeten Rechte, die Menschenrechte des Volkes, vorzubehalten», vgl. WALTHER BURCKHARDT, Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 1. Aufl., Bern 1905, S. 104.

Freiheiten geschützt sein sollen»⁶³. Damit erfasst die neue Bundesverfassung den allerunwahrscheinlichsten Notfall, den des vorstaatlichen Widerstandsrechts. Beim Widerstandsrecht handelt es sich nicht um ein ungeschriebenes Grundrecht der Bundesverfassung, sondern es ist ein in den Menschenrechten latent anwesendes Rechtsdurchsetzungsrecht, das auflebt, wenn der Rechtsstaat und die Menschenrechte insgesamt beseitigt werden. Es ist in diesem Sinne ausserhalb der positiv geltenden Verfassungsordnung, also extrakonstitutionell⁶⁴. Die Positivierung eines geschriebenen Widerstandsrechts ist ein Paradox⁶⁵.

Ein positiviertes Widerstandsrecht ist bildlich gesprochen eine Tür, mit der die geltende Verfassungs- und Rechtsordnung im äussersten Notfall verlassen werden kann. Die Einsetzung einer solchen Tür in dieses Verfassungsgebäude regt zum Missverständnis an, das sei ein Ausgang. In Tat und Wahrheit ist diese Tür unsichtbar und nur eine gedankliche Konstruktion, um das Udenkbare, den völligen Zusammenbruch des Rechtsstaates, abzuwehren.

Der Literatur des letzten Jahrhunderts war dieser Sachverhalt noch näher und damit besser bewusst als der gegenwärtigen⁶⁶. Die Perfektionierung der Institutionen des Rechtsstaates macht nur scheinbar diese allen Menschenrechten innewohnende Durchsetzungsmacht unnötig. Bluntschli hatte den aussergewöhnlichen Charakter des Widerstandsrechts gültig auf den Punkt gebracht⁶⁷:

«Nur die wahre und ernste Noth vermag es zu rechtfertigen, dass dem Bruch des Rechtes von Seite der Obrigkeit, welche das Recht zu schützen berufen ist, gewaltsamer Widerstand von Seite der Regierten entgegengesetzt, und so auch von unten, um die Volksfreiheit und das Volksrecht zu retten, das Grundgesetz eines jeden Staates, die Unterordnung der Regierten unter die Obrigkeit für den Augenblick hinwieder nicht gehalten werden. Wo aber so der Gewalt die Gewalt entgegentritt, da ist die Wirksamkeit des Staatsrechtes gelähmt; und wie das Nothrecht der Regierung in äusserster Gefahr des Staates, so ist auch dieses Nothrecht der Regierten ein Zeichen der Unvollkommenheit aller menschlichen Rechtsordnung. Das Staatsrecht kann diese äussersten Fälle nicht wegläugnen, aber ebensowenig näher normieren. Es kann dieselben möglichst zu beschränken und die natürlichen Gefahren zu vermindern suchen. Aber wenn so die Noth das Gebot durchbricht, und die Naturkräfte walten, dann ist das Staatsrecht an die Gränze seiner Herrschaft gelangt, und das höhere Sittengesetz allein übt noch eine geistige Macht, die über der rohen Gewalt thront, und sie ermässigt und richtet.»

⁶³ Amtl. Bull. NR 1998 655.

⁶⁴ So HANGARTNER (Anm. 41), S. 38.

⁶⁵ AUBERT (Anm. 47), S. 462 spricht von einer theoretischen Natur des Art. 20 Abs. 4 GG; Stern (Anm. 4), S. 1488 von einer «Aporie»; vgl. auch BLUNTSCHLI (Anm. 6), S. 708 f.

⁶⁶ Nach der Errichtung des Bundesstaates 1848 haben sich folgende Autoren von Gesamtdarstellungen über das schweizerische Staatsrecht für das Widerstandsrecht ausgesprochen: DUBS (Anm. 1), S. 175 f.; BLUNTSCHLI (Anm. 6), S. 703 ff.; HODLER (Anm. 27), S. 320 ff. In diesem Jahrhundert haben sich dazu geäußert GIACOMETTI (Anm. 41), S. 427; HANGARTNER (Anm. 41), S. 38 ff.; AUBERT (Anm. 47), S. 462.

⁶⁷ BLUNTSCHLI (Anm. 6), S. 709.

Literaturhinweise

BLUNTSCHLI JOHANN CASPAR, Allgemeines Staatsrecht, geschichtlich begründet, München 1852

KÖLZ ALFRED, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Bern 1992

– DERS., Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte. Vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992

STERN KLAUS, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, München 1980

THÜRER DANIEL, Widerstandsrecht und Rechtsstaat, in: Studia philosophica, vol. 44/1985, S. 142–169

Verfassungsrecht der Schweiz Droit constitutionnel suisse

Herausgegeben von / Edité par

Daniel Thürer

Jean-François Aubert

Jörg Paul Müller

Unter Mitarbeit von / En collaboration avec
Oliver Diggelmann