
FORUM

Prof. Dr. Kyrill-Alexander Schwarz*

Rechtsstaat und ziviler Ungehorsam

Der Autor befasst sich mit dem Spannungsfeld zwischen Rechtsstaat einerseits und zivilem Ungehorsam bzw. Widerstand andererseits. Er legt dar, dass es mehr als fragwürdig erscheint, zivilen Ungehorsam als „fortgeschrittene Form der Demonstration“ zu bezeichnen. Der Staat muss – das ist im Übrigen Ausdruck des staatlichen Gewaltmonopols – Entscheidungen durchsetzen, gegebenenfalls auch gegen den Willen einer Minderheit, der eben kein Verhinderungsrecht zukommt. Zur Akzeptanz gehört der Faktor Zeit: Je geringer der Abstand zwischen Entscheidung und Umsetzung, desto höher die Akzeptanz; wer zögert, vergeht sich an einer zentralen Voraussetzung eines demokratischen Rechtsstaats: Recht verlangt seine Durchsetzung, um glaubhaft zu bleiben und so die Voraussetzungen für ein Gemeinwesen zu gewährleisten.

I. Einleitung

[1] „Ziviler Ungehorsam“ allerorten; jeder ruft zum Widerstand auf; Entscheidungen werden nicht mehr akzeptiert – aus dem Wutbürger der Verhinderungsdemokratie wird der Widerstandskämpfer. Die Bilder der Proteste der Klimabewegung „Last Generation“ – wirkungsmächtige Straßenblockaden oder die Beschädigung historischer Kunstwerke von überragendem Wert – dürften noch in präsender Erinnerung sein, zeigten sie doch die machtvolle Entfaltung einer Protestbewegung, die letzten Endes keine Rücksicht auf gerichtliche Entscheidungen zu nehmen bereit ist, die auch Ausdruck einer Negation des Rechtsstaats zur Durchsetzung partikularer Interessen unter dem Mantel vorgeblich grundrechtlich geschützter Freiheit ist. Diese – vielleicht zugespitzte und provozierende – Aussage soll nicht etwa als Ablehnung eines der zentralsten Grundrechte im politischen Kontext, der durch Art. 8 GG geschützten Versammlungsfreiheit,¹ verstanden werden. Aber es ist bemerkenswert, wie schnell politische Partizipation als legitime Widerstandshandlung² interpretiert wird und damit politische Entscheidungen, die in einem förmlichen Verfahren (und zwar sowohl im parlamentarischen Raum als auch in sich regelmäßig anschließenden gerichtlichen Verfahren) ihre de-

mokratische Legitimation erfahren haben, durch eine Minderheit infrage gestellt werden. Die Beispiele sind bekannt, angefangen bei den Großdemonstrationen gegen die Startbahn West in Frankfurt, gegen die Wiederaufbereitungsanlage in Wackersdorf, gegen die Umsetzung des NATO-Doppelbeschlusses oder gegen Stuttgart 21.

[2] In Ansehung dieser Aufzählung könnte man schon die Frage aufwerfen, ob es sich bei den jetzt zu beobachtenden Aktionen nicht nur um eine neue Generation friedfertiger, aber störender Klimaproteste handelt, die sich nur alter traditioneller Widerstandsformen bedienen. Neu³ wäre dann

* Der Autor ist Inhaber einer Professur für Öffentliches Recht am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht an der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

1 Vgl. nur aus jüngerer Zeit die Aufwertung der Versammlungsfreiheit in der Rechtsprechung des BVerwG NVwZ 2022, 1197; dazu auch Fischer NVwZ 2022, 353.

2 Vgl. aus der jüngeren Diskussion nur v. Bernstorff Die planetarische Bürgerrechtsbewegung vor Gericht, VerBlog v. 13.12.2022; s. ferner auch noch Wiedmann Den Baum vor lauter Wald nicht sehen – oder umgekehrt?, VerBlog v. 13.12.2022 beide abrufbar unter <https://verfassungsblog.de>.

3 Insoweit innovativ AG Flensburg 7.11.2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22; BeckRS 2022, 34906 zum Klimaschutz als rechtfertigendem Notstand.

nur die Legitimation unter Hinweis auf die Bedeutung des Klimaschutzes und seine Stärkung durch die Klimaschutzentscheidung des BVerfG.⁴ Neu ist aber auch, wie schnell die Politik sich des Themas annimmt und Reaktionen des Gesetzgebers – insbesondere durch Erhöhung der Strafrahmen – einfordert.⁵

[3] Nun kann man diese Situationen aus einer Sicht mit dem Satz legitimieren wollen „Wo Recht zu Unrecht wird, wird Widerstand zur Pflicht, Gehorsam aber Verbrechen.“ Der Satz, fälschlicherweise Bertold Brecht zugeschrieben, in Wahrheit von Papst Leo XIII (1878–1903) stammend, ist eines der zentralen Zitate der 1983 in den Bundestag eingezogenen Grünen, deren damalige Fraktionsvorsitzende Petra Kelly genau diesen Satz in der Debatte über die NATO-Nachrüstung als Rechtfertigung des Widerstands gegen die Stationierung amerikanischer Marschflugkörper und Mittelstreckenraketen benutzte.⁶ Und man mag auch den preußischen General Friedrich August von der Marwitz⁷ aus Friedersdorf bemühen, auf dessen Grabstein der berühmte Leitspruch steht: „Wählte Ungnade, wo Gehorsam keine Ehre brachte.“ Ein Satz, den Theodor Heuss später mit Blick auf die Widerstandskämpfer des 20.7. 1944 in Erinnerung rief. Aber ebenso berechtigt darf man daran erinnern, dass das Grundgesetz in Art. 8 GG nur die Versammlung schützt, die „friedlich und ohne Waffen“ ist.⁸

[4] Eines jedenfalls wird damit schon deutlich: Die Verfassung schützt – völlig unstreitig und völlig zu Recht – Versammlungen und damit auch die kollektive Meinungskundgabe des Protests, und das ist ein wahrhaft demokratisches Unrecht,⁹ weswegen autoritäre Systeme gerade die Meinungs- und die Versammlungsfreiheit als erstes beschränken, weil sie keine öffentliche Kritik vertragen können.

[5] Aber man kann auch – und das soll näher an die Problematik heranführen – ein weiteres Zitat anführen:

[6] „Wir erachten es als unsere Pflicht, alles Gewaltfreie zu tun, was in unserer Macht steht, um dieses Unrecht zu beseitigen. (...) Sollten wir (...) keine Antwort erhalten, (...), sehen wir keine andere Möglichkeit, als gegen Ihren aktuellen Kurs Widerstand zu leisten. Wir werden in diesem Fall (...) erneut für eine maximale Störung der öffentlichen Ruhe sorgen.“¹⁰

[7] Was ist das für eine Forderung? Was lehrt sie uns alle über die Akzeptanz und die Befriedigungswirkung von Recht? Warum meint eine Minderheit, Entscheidungen einer Mehrheit, die in dem dafür von der Rechtsordnung vorgesehenen Verfahren getroffen wurden, infrage stellen zu dürfen? Die eingangs genannten Beispiele sind ein Paradebeispiel für die Kapitulation des Rechtsstaats vor der Macht der Straße, oder etwas schärfer formuliert für ein Versagen der Befriedigungsbedeutung des Rechtsstaats gegenüber einer inszenierungsmächtigen Minderheit, weniger ein Versagen der Politik oder Justiz, sondern ein eklatantes Versagen der Durchsetzungskraft und -macht des Rechtsstaats und seiner Entscheidungen. Es sei nur in Erinnerung gerufen:

[8] In allen zuvor genannten Fallgestaltungen gab es rechtskräftige Entscheidungen, die die Zulässigkeit der entsprechenden Vorhaben festgestellt haben. Und trotzdem erodiert der Rechtsstaat, wenn geltendes Recht aus Gründen falsch

verstandener politischer Opportunität nicht durchgesetzt wird. Ist dann Partizipation,¹¹ so sehr sie auch demokratietheoretisch gewollt ist, nicht als bloße Verhinderungsstrategie, die nicht nach sachlichen Argumenten fragt, sondern – moralisch überhöht – die Richtigkeit der eigenen Argumentation a priori für sich in Anspruch nimmt, zu verstehen?

[9] Schon diese vorstehenden Ausführungen dürften zeigen, dass es mehr als fragwürdig erscheint, zivilen Ungehorsam als „fortgeschrittene Form der Demonstration“¹² oder als „Element einer reifen politischen Kultur“¹³ zu bezeichnen. Vielmehr dürfte es sachgerecht sein, die gewollte (und nicht etwa nur als unvermeidbare Nebenfolge in Kauf genommene) Gesetzwidrigkeit der jeweiligen Aktion, verharmlosend in aller Regel auch noch als Regelverstoß bezeichnet, als das bestimmende Merkmal des zivilen Ungehorsams zu sehen. Davon zu unterscheiden ist dann neben dieser angeblich ethisch-moralisch zu rechtfertigenden Verhaltensweise die prinzipielle Aufkündigung des Rechtsgehorsams überhaupt. Entscheidend muss aber zum einen die Akzeptanz staatlicher Entscheidungen¹⁴ sein (und dazu gehört, dass abschließende Entscheidungen in ihrer Verbindlichkeit akzeptiert und nicht etwas immer wieder infrage gestellt werden); auch der Minderheitenschutz, der aus guten Gründen sowohl rechtsstaatlich als auch demokratisch geboten ist, begründet aber kein überproportionales Mitspracherecht; der Staat muss – das ist im Übrigen auch Ausdruck des staatlichen Gewaltmonopols – Entscheidungen durchsetzen, gegebenenfalls auch gegen den Willen einer Minderheit, der eben kein Verhinderungsrecht zukommt, und zuletzt und zum anderen: zur Akzeptanz gehört der Faktor Zeit: Je geringer der Abstand zwischen Entscheidung und Umsetzung, desto höher die Akzeptanz; wer zögert, vergeht sich an einer zentralen Voraussetzung eines demokratischen Rechtsstaats: Recht verlangt seine Durchsetzung, um glaubhaft zu bleiben und so die Voraussetzungen für ein Gemeinwesen zu gewährleisten.¹⁵

4 BVerfGE 157, 30 = NJW 2021, 1723.

5 Siehe dazu nur den Antrag der Fraktion der CDU/CSU „Straßenblockierer und Museumsrandalierer härter bestrafen – Menschen und Kulturgüter vor radikalem Protest schützen“, BT-Drs. 20/4310 v. 8.11. 2022.

6 Kelly Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht, 10. WP., Protokoll v. 15.6.1983, 768.

7 Ausf. dazu Schwarz AöR 128 (2003), 143.

8 Zum Friedlichkeitsvorbehalt bei Art. 8 GG s. ausf. auch Dürig/Herzog/Scholz/Depenheuer GG, 93. EL 2020, GG Art. 8 Rn. 63 ff. („kein Grundrecht auf Schädigung Dritter“); Stern/Sodan/Möstl StaatsR/Schaks, 2. Aufl. 2022, § 115 Rn. 41 ff.

9 Das BVerfG spricht von einem „grundlegenden und unentbehrlichen Funktionselement“, vgl. nur BVerfGE 69, 315 (344 ff.) = NJW 1985, 2395; BVerfGE 87, 399 (409) = NJW 1993, 581; BVerfGE 128, 226 (259) = NJW 2011, 1201.

10 So die Letzte Generation in ihrem Brief an die Bundesregierung, www.letztegeneration.de.

11 Ausführlich zu den damit verbundenen Problemen auch Schwarz Plebiszitäre Partizipation und das Grundgesetz. Ein Plädoyer für den Status quo in Lorenz/Hoffmann/Hitschfeld Partizipation für alle und alles?, 2020, S. 161 ff.

12 So der gleichnamige Beitrag von Leinen in Glotz Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983.

13 Vgl. nur Habermas Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik in Glotz S. 32.

14 Zur Akzeptanzsteigerung durch Recht s. nur jüngst BVerfG NVwZ 2022, 861.

15 S. zur rechtsstaatlichen Problematik struktureller Vollzugshindernisse nur BVerfGE 110, 94 (114) = NJW 2004, 1022.

II. Der Rechtsstaat des Grundgesetzes

[10] Der Rechtsstaat formuliert den Anspruch, politische und gesellschaftliche Macht in einem Gemeinwesen nach Maßgabe von Recht und Gerechtigkeit auszuüben, dies auch gegen die oftmals dem Zeitgeist folgende politische Opportunität der Macht. Rechtsstaatlichkeit begrenzt und prägt die Ziele staatlichen Handelns;¹⁶ sie gewährleistet aber auch rechtsstaatlich gebotene Entscheidungen und sorgt damit für Vertrauen in staatliche Institutionen. Recht erweist sich so – und das belegt auch die europäische Ideengeschichte des Rechtsstaats – als einem verbindlichen Faktor der Herrschaftsausübung. Recht ist darauf ausgelegt, die Freiheit des einzelnen zu gewährleisten und zu ermöglichen. Betrachtet man die spezifisch deutsche Entwicklung – jenseits von Kant und W. v. Humboldt –, so wird deutlich, dass der Rechtsstaat zunächst die zentrale Bedeutung hat, alle Hindernisse für die Entfaltung bürgerlicher Freiheit zu beseitigen, und zwar zentral und zuvörderst durch die das für alle gültige Gesetz. Galt zwar in der Folge der Diskussionen des 19. Jahrhunderts¹⁷ zunächst vorherrschend ein formaler Rechtsstaatsbegriff, so war es in Sonderheit die Verhöhnung aller rechtsstaatlicher Kategorien im Doppelstaat der NS-Diktatur (E. Fraenkel), die zur Ausbildung eines materiellen Rechtsstaats mit der inhaltlichen Herrschaft des Rechts zum Schutz individueller Freiheit führte.

[11] Nun mag man unter diesem Aspekt eine Diskussion über den kulturellen Rechtsstaatsbegriff führen, der der Durchsetzung individueller Freiheit zu dienen bestimmt ist. Indes blendet dieser Ansatz einen weiteren, nicht minder bedeutsamen Bereich der Rechtsstaatlichkeit aus: Der Rechtsstaat ist Herrschaft des Rechts und verlangt die Durchsetzung geltenden Rechts. Natürlich verlangt das Grundgesetz auch und gerade materielle Gerechtigkeit und den Versuch, diese umfassend zu erreichen; gleichzeitig verliert das Recht – gerade in Ansehung der vielfachen Staatsaufgaben – an Bindungskraft, weil die klassischen Mittel des Rechts von Befehl und Zwang nicht mehr greifen, sondern der Rechtsstaat mehr influenzierend und damit steuernd einzugreifen versucht.

[12] Aber entscheidend ist vor allem die Bindungswirkung des Rechts: Diese erfasst zunächst durch die Bindung an die Verfassung den Gesetzgeber, der die formellen, prozeduralen und materiellen Vorgaben des Grundgesetzes zu beachten hat; neben dieser Bindung des Gesetzgebers ist es dann die in Art. 20 III GG normierte Bindung der Verwaltung an „Recht und Gesetz“,¹⁸ die die Rechtsbindung staatlicher Gewalt – nunmehr in Sonderheit der Exekutive – einfordert. Nun sind das alles verfassungsrechtliche Gemeinplätze; entscheidend scheint aber die rechtsstaatliche Frage nach dem Rechtsgehorsam. Auch dieser ist ein Postulat des Rechtsstaats, zeigt doch die klassische Staatsrechtslehre, dass gerade die Unterwerfung unter die Herrschaft des Rechts – angefangen bei John Locke – ein zentraler Grund für die Ausbildung moderner Verfassungsstaatlichkeit ist. Der Verzicht auf die Ausübung von Gewalt und die – gesellschaftsvertragliche – und damit eine Rousseau vorwegnehmende Idee eines Gesellschaftsvertrags – Idee eines staatlichen Gewaltmonopols¹⁹ zur Einhegung individueller Machtausübung ist nichts anderes als die Verpflichtung zum Rechtsgehorsam, wenn das Recht in den dafür vorhergesehenen Kategorien herausgebildet wird.

[13] Ist Recht rechtsförmlich entstanden, so ist es zu befolgen; mag man dies hinterfragen, so stehen einem jeden Rechtsunterworfenen die entsprechenden verwaltungs- und verfassungsgerichtlichen Rechtsbehelfe zur Verfügung. Aber entscheidend für die Akzeptanz des Rechts ist dann auch, dass es nach Abschluss eines entsprechenden Verfahrens befolgt und nicht mehr unter Hinweis auf para- oder meta-rechtliche Parameter infrage gestellt wird. Dies bedeutet dann aber auch, dass ziviler Ungehorsam nicht zur eigenhändigen Durchsetzung bestimmter Ziele mit außergesetzlichen Mitteln instrumentalisiert werden kann, wenn mit gesetzlichen Mitteln der gewünschte Erfolg nicht erreicht werden kann. Ziviler Ungehorsam kann im Rechtsstaat nur dort akzeptiert werden, wo das Recht selbst versagt, wo – in den Worten des BVerfG – „offenkundiges Unrecht“²⁰ herrscht.

III. Das Widerstandsrecht und der zivile Ungehorsam

1. Das Widerstandsrecht

[14] Art. 20 IV GG normiert ein Recht, dessen Voraussetzungen und Rechtsfolgen in solchem Maße diffus sind, dass die Vorschrift nicht etwa nur ein verfassungsrechtliches Wagnis darstellt, sondern die Berufung auf die Bestimmung jedem einzelnen das Risiko des individuellen Scheiterns aufbürdet und sich damit letzten Endes als verfehlt erweist.²¹ Bleiben nämlich die in Art. 20 IV GG vorausgesetzten Bestrebungen erfolglos, so bedarf es keiner Berufung auf das Widerstandsrecht; sind die Bestrebungen dagegen erfolgreich, dürften nach der Beseitigung der verfassungsrechtlichen Ordnung die Abwehrmaßnahmen auch nicht mehr am positivierten Widerstandsrecht gemessen werden.

[15] Das Widerstandsrecht im Verfassungsstaat erweist sich zudem als *contradictio in rei*; Widerstand ist Rechtsbruch im Namen einer höheren Legitimität, um einem vermeintlich schlimmeren Rechtsbruch vorzubeugen – es ist die Verlagerung der dem Staat obliegenden Aufgabe des Schutzes vor Rechtsbruch auf den Einzelnen, der zur Wahrung einer überlegalen Legitimität aus der Rechtsordnung auszurechnen meint. Das in Art. 20 IV GG normierte Widerstandsrecht erweist sich bei Lichte besehen als Instrument der Nothilfe an der Grenze von Rechtsstaat und Unrechtsstaat;²² gefahrenabwehrrechtlich rekonstruiert gestattet im

16 Vgl. nur Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz VerfassungsR HdB/Huber 2021, § 5 Rn. 28; Stern/Sodan/Möstl StaatsR/Wolff § 15 Rn. 39.

17 Ausführlich Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz VerfassungsR HdB/Huber § 6 Rn. 7 ff.

18 Vgl. dazu nur Stern/Sodan/Möstl StaatsR/Wolff § 15 Rn. 97 ff.

19 Ausf. dazu an dieser Stelle nur M. Möstl Staatsgewalt in Bund und Ländern, unionale Hoheitsgewalt, die exekutivrechtliche Grundstruktur der Bundesrepublik und der EU in Stern/Sodan/Möstl/StaatsR/Möstl § 8 Rn. 5; vgl. ferner auch BVerfGE 144, 200 (210) = NJW 2017, 611.

20 BVerfGE 5, 85 (377 f.) = NJW 1956, 1393 = NJW 2017, 3063 Ls.

21 Vgl. mit Nuancierungen im Einzelnen, in der Sache aber übereinstimmend Merten/Papier/Grundrechte-HdB/Höfling, 2013, § 121 Rn. 31; Isensee Das legalisierte Widerstandsrecht, 1969, S. 21; Klein DÖV 1968, 865 (867); Stern/Sodan/Möstl/StaatsR/Schwarz Notstandsverfassungsrecht § 24 Rn. 36.

22 Dazu nur Scholz NJW 1983, 705 (707); Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB/Schwarz, 3. Aufl. 2014, § 282 Rn. 3.

Ausnahmefall der Staat den Einsatz der sonst ihm vorbehaltenen Zwangsmittel dem Bürger.²³

[16] In der Zusammenschau der vorstehenden Erwägungen wird deutlich, dass das Widerstandsrecht letzten Endes ein Beispiel für symbolische Verfassungsgesetzgebung ist. Die Bandbreite eines Widerstandsrechts zeigt sich bereits bei einem ersten Blick auf mögliche Widerstandslagen: So ist es einerseits der Aufstand des Gewissens gegen den Terror, der den Widerstand des 20.7.1944 geprägt hat,²⁴ aber auch gegen das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon wurde das Widerstandsrecht des Art. 20 IV GG in Stellung gebracht –²⁵ Niedergang eines Rechts oder ultima Ratio, um die Verfassungsstaatlichkeit Deutschlands zu wahren? Nach der Rechtsprechung des BVerfG handelt es sich beim Widerstandsrecht um ein „Notrecht zur Bewahrung und Wiederherstellung der Rechtsordnung“, das nur in einem konservierenden Sinne ausgeübt werden dürfe.²⁶ Damit zielt das Widerstandsrecht auf Bewahrung der Verfassungsordnung, nicht aber auf Veränderung und Verbesserung; Widerstand ist nicht Revolution.²⁷

[17] Das Widerstandsrecht des Grundgesetzes versucht allein Situationen zu erfassen, in denen der grundgesetzlichen Ordnung in toto – nicht aber einzelnen Elementen – die Gefahr ihrer Beseitigung droht. Somit gibt die Verfassung weder ein Mittel gegen einen einzelnen Verfassungsstoß oder sonstige Unrechtsakte; das Widerstandsrecht berechtigt nicht zur Verweigerung des Rechtsgehorsams aus Gewissensgründen²⁸ oder eine Art von allgemeinem zivilen Ungehorsam²⁹ – einem in Wahrheit in aller Regel schlichtem Rechtsbruch³⁰ – gegenüber vorgeblich unmoralischen oder gefährlichen Emanationen der Staatsgewalt oder – wie im Fall des Klimaschutzes – angeblich pflichtwidrigen Unterlassungen der öffentlichen Gewalt. Erst recht berechtigt Art. 20 IV GG nicht zum Widerstand gegen Großvorhaben, die zwar – dem Zeitgeist entsprechend – infrage gestellt werden, deren Rechtmäßigkeit aber in langwierigen Verwaltungsverfahren verbindlich festgestellt wurde.³¹

[18] Das Widerstandsrecht ist ein verfassungsrechtlicher „Grenzgänger“.³² Es steht – ohne Staatsstrukturprinzip oder Staatszielbestimmung zu sein – quer zur Grundrechtsdogmatik und ist zugleich eines jener subjektiven Rechte, deren Verletzung jedermann mit der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 I Nr. 4a GG rügen kann. Und dennoch erscheinen gerade beim Widerstandsrecht Zweifel an der Grundrechtsqualität durchaus angebracht.³³ Dies ergebe sich zum einen aus dem Umstand, dass die Grundrechte – in herkömmlicher Dogmatik – auf den Staat bezogene Abwehrrechte seien, während das Widerstandsrecht das Art. 20 IV GG auch nicht-staatliche Aktivitäten („Bestrebungen“) in den Blick nehme. Zum zweiten zielten Grundrechte auf den Schutz individueller Rechte, während das Widerstandsrecht der Wahrung der objektiven Verfassungsordnung des Grundgesetzes verpflichtet sei. Zudem setzten Grundrechte einen funktionierenden, sie effektiv gewährleistenden Staat voraus, während das Widerstandsrecht in Sonderheit die Situation des Zerfalls einer staatlichen Ordnung in den Blick zu nehmen versuche.

[19] Auch wenn nicht zu leugnen ist, dass Voraussetzung einer (erfolgreichen) Berufung auf das Widerstandsrecht eine Widerstandslage ist, in der die klassische Situation einer zweipoligen Beziehung von Grundrechtsträger einerseits

und staatlicher Gewalt andererseits nicht (mehr) besteht, so lässt sich gleichwohl der abwehrrechtliche Gehalt von Art. 20 IV GG nicht leugnen.³⁴ Dies folgt aus der Erwägung, dass gerade die positivrechtliche Normierung eines vorbehaltlos gewährleisteten Widerstandsrechts zum Ausdruck bringt, dass dieses Recht keinen gesetzlichen Einschränkungen oder behördlichen Beschränkungen unterworfen sein soll. Aus diesem Grund sind auch Verfassungsbeschwerden, die eine Verletzung von Art. 20 IV GG rügen, jedenfalls zulässig, auch wenn der Widerstandsfall als solcher nicht eingetreten ist.³⁵ Neben der vorstehenden abwehrrechtlichen Komponente enthält das Widerstandsrecht auch eine aktive politische Komponente, namentlich ein Mitwirkungsrecht gerichtet auf die Wiederherstellung bzw. die Verteidigung der verfassungsmäßigen Ordnung. Damit nähert es sich aber deutlich den auf Mitwirkung und Mitgestaltung abzielenden und diese ermöglichenden Grundrechte an, ohne indes – anders als in landesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen eines Widerstandsrechts – eine Pflicht zum Widerstand normieren zu wollen.³⁶ Das Widerstandsrecht aktiviert den Bürger innerhalb der Verfassung zum Schutz der Verfassung.³⁷

[20] Anders als das klassische Widerstandsrecht, das gerade darauf abzielt, eine bestehende und als Unrecht identifizierte Ordnung zu beseitigen, will Art. 20 IV GG im Ergebnis die bestehende Verfassung gegenüber allen Versuchen, diese „gerechte“ Ordnung zu beseitigen, verteidigen.³⁸ Mit dem jedem Deutschen im Widerstandsfall zustehenden „Recht zum Widerstand“ garantiert das GG damit ein grundrechtsgleiches Recht nicht näher definierter und nicht näher definierbarer Handlungen, das aber zugleich zweckgebunden ist. Die Handlung muss von der Intention getragen

23 So auch J. Isensee S. 33.

24 Dies belegen am eindrucklichsten die berühmten Worte von Henning von Tresckow (1901–1944): „Das Attentat muss erfolgen, coûte que coûte. ... Denn es kommt nicht mehr auf den praktischen Zweck an, sondern darauf, dass die deutsche Widerstandsbewegung vor der Welt und vor der Geschichte unter Einsatz des Lebens den entscheidenden Wurf gewagt hat. Alles andere ist daneben gleichgültig.“ – zitiert nach Fest Staatsstreich. Der lange Weg zum 20.7., 1994, 240.

25 S. BVerfGE 123, 267 (313) = NJW 2009, 2267 – Vortrag des Beschwerdeführers; BVerfGE 123, 267 (333) = NJW 2009, 2267 – keine hinreichend substantiierte Darlegung der Beschwerdebefugnis zum Widerstandsrecht).

26 BVerfGE 5, 85 (377 f.) = NJW 1956, 1393 = NJW 2017, 3063 Ls.

27 So übereinstimmend Merten/Papier/Grundrechte-HdB/Höfling § 121 Rn. 32; Stern/Sodan/Möstl/StaatsR/Schwarz Notstandsverfassungsrecht § 24 Rn. 37.

28 BVerfGE 67, 26 (37) = NJW 1984, 1805; BVerfG NJW 1993, 455 (456); BFHE 166, 315 = NJW 1992, 1407.

29 Dazu allg. Enders Der Staat 25 (1986), 351; Frankenberg JZ 1984, 266; J. Isensee DÖV 1983, 565; Karpen JZ 1984, 249; Kaufmann/Schwarz/Klein Das Parlament im Verfassungsstaat, 2006, S. 37 ff.

30 So Stern/Sodan/Möstl/StaatsR/Schwarz Notstandsverfassungsrecht § 24 Rn. 37.

31 Dazu nur Gärditz GewArch 2011, 273 (276 ff.).

32 Merten/Papier/Grundrechte-HdB/Höfling § 121 Rn. 11.

33 Ausführlich hierzu und zum Folgenden Stern/Sodan/Möstl/StaatsR/Schwarz Notstandsverfassungsrecht § 24 Rn. 38.

34 Vgl. nur übereinstimmend Merten/Papier/Grundrechte-HdB/Höfling § 121 Rn. 32; Stern/Sodan/Möstl/StaatsR/Schwarz Notstandsverfassungsrecht § 24 Rn. 39.

35 So auch Kloepfer VerfR II, 2010, § 77 Rn. 6.

36 Dazu nur Merten/Papier/Grundrechte-HdB/Höfling § 121 Rn. 14; Enzmann HdB Politische Gewalt/Isensee, 2013, S. 144 (157); Stern/Sodan/Möstl/StaatsR/Schwarz Notstandsverfassungsrecht § 24 Rn. 39.

37 Scholz NJW 1983, 705 (707).

38 Dies wird auch deutlich in den Vorstellungen des BVerfG zum konservierenden Widerstandsrecht, vgl. BVerfGE 5, 85 (376 f.) = NJW 1956, 1393.

sein, die drohende Beseitigung der verfassungsmäßigen Ordnung zu verhindern oder zumindest substanziell zu erschweren.³⁹

[21] Widerstand soll ultima ratio sein, das Widerstandsrecht ist äußerstes und letztes Notrecht.⁴⁰ Dementsprechend erkennt das Grundgesetz ein Widerstandsrecht auch erst in der Situation an, in der „andere Abhilfe nicht möglich ist“. Danach müssen „alle von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfe so wenig Aussicht auf wirksame Abhilfe bieten, dass die Ausübung des Widerstands das letzte Mittel zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Rechts ist.“⁴¹ Vor diesem Hintergrund müssen alle Mittel der Normallage zur Gefahrenabwehr versagen, was jedenfalls dann zu verneinen ist, wenn Verfahren der Kontrolle und des Rechtsschutzes noch bestehen.⁴² Andere Abhilfe können beispielsweise kompetenzkonforme Handlungen anderer Staatsorgane sein, die geeignet sind, das Unternehmen der Beseitigung der Ordnung zu vereiteln. Gerade weil aber im Widerstandsfall und dem Wegfall der verfassungsstaatlichen Normallage das Monopol der authentischen staatlichen Verfassungsinterpretation nicht mehr besteht, ist der sich auf das Widerstandsrecht berufende Bürger der souveräne Interpret von Art. 20 IV GG.⁴³ Allerdings trägt unbeschadet der tatbestandlichen Konkretisierung der irrig Widerstand Leistende zuletzt auch das Risiko der Fehleinschätzung.⁴⁴

[22] Im Ergebnis rechtfertigt das Widerstandsrecht andernfalls verbotenes Verhalten; die Bestimmung des Art. 20 IV GG dient der Legitimierung von Verhaltensweisen, die unter der Geltung der Herrschaft des Grundgesetzes als „... regulär illegal ...“⁴⁵ anzusehen sind. Ob damit indes auch – wenn auch graduell abgestuft – Eingriffe in Rechte unbeteiligter Dritter zu rechtfertigen sind oder ob hier nicht einem weit über das erforderliche Maß hinausgehenden und nur unter einem diffusen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt stehenden Recht auf Ungehorsam mit dem Recht zu Übergriffen in Rechte Dritter der Weg geebnet wird, ist umstritten.⁴⁶ Sachgerecht dürfte aber in Ansehung der eher restriktiven Voraussetzungen eines die Friedenspflicht des Einzelnen und damit das staatliche Gewaltmonopol öffnenden Widerstandsrechts sein, nicht aus dem Zweck der Verteidigung der freiheitlichen Grundordnung eine allgemeine Eingriffsbefugnis in Rechte Dritter ableiten zu wollen. Zudem dürfte die Anerkennung eines solchen Rechts auf Rechtsverletzung als Mittel der politischen Auseinandersetzung die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung in Frage stellen. Die über die im staatsrechtlichen Ausnahmezustand hinausgehende allgemeine Öffnung für individuellen Ungehorsam erweist sich damit als rechtskultureller Rückschritt. Der selektive Rechtsgehorsam eines zivilen Ungehorsams unter dem Mantel eines vorgeblich moralisch gebotenen Widerstandes ist ohne juristische Rechtfertigung.⁴⁷ Die Verfassung normiert mit dem Widerstandsrecht als Mittel der Herrschaftskontrolle im außerverfassungsrechtlichen Zustand ein konstitutionelles Paradoxon.⁴⁸ Solange und soweit die grundgesetzliche Ordnung funktioniert, bedarf es keines Widerstandsrechts; das Widerstandsrecht ist ein Recht, das nur in Zeiten der Unwirksamkeit bzw. einer Beseitigung der verfassungsmäßigen Ordnung auf eigenes Risiko in Anspruch genommen werden kann. Die normative Wirkung eines solchen Rechts ist gering; die Verfassung verfolgt in Verkenning der Rechtsgebundenheit des modernen Verfassungsstaates

einen moralischen Ansatz mit einer appellativen Bestimmung.⁴⁹

2. Der zivile Ungehorsam

[23] Seit der Normierung des Widerstandsrechts in Art. 20 IV GG lassen immer wieder Versuche nachweisen, das Widerstandsrecht von der Makro- auf die Mikroebene herabzuziehen und damit Widerstand gegen staatliche Entscheidungen zu rechtfertigen.⁵⁰ Dies schließt in Sonderheit an das Phänomen des gewaltfreien Widerstandes eines Mahatma Gandhi an, hat aber dessen Gewaltlosigkeit längst hinter sich gelassen.

[24] Ziviler Ungehorsam richtet sich gegen schwerwiegendes Unrecht. Er bedient sich dazu bewusst eines Ungehorsamsakts, verstößt also gezielt gegen eine geltende Rechtsnorm,⁵¹ darf dies aber nicht in der Absicht einer generellen Aufkündigung des Rechtsgehorsams unternehmen; wer zivilen Ungehorsam leistet, muss gleichzeitig loyal gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung sein. Legt man diese Definition an eine Vielzahl politischer Aktionen der jüngeren Zeit an, so dürfte es schwerfallen, von zivilem Ungehorsam zu sprechen, dürfte es doch an einem entsprechenden Unrechtsgehalt staatlicher Maßnahmen gerade fehlen. Wer demgegenüber behaupten möchte, unbeschadet der generellen Rechtmäßigkeit ließen sich doch etwaige Rechtsmängel oder Verfassungsverstöße – wie beispielsweise gegen das Staatsziel Klimaschutz – nie ausschließen, weshalb Protestaktionen zulässig sein müssten, verkennt, dass damit das zentrale Rechtfertigungsmerkmal des zivilen Ungehorsams in Beliebigkeit aufgelöst wird und damit auch seine begrenzenden Konturen verliert. Auch geht es in Wahrheit gerade nicht um die Beseitigung etwaiger Mängel, sondern es geht um die undemokratische, weil nicht im Parlament beschlos-

39 So übereinstimmend Merten/Papier/Grundrechte-HdB/Höfling § 121 Rn. 28; Stern/Sodan/Möstl/StaatsR/Schwarz Notstandsverfassungsrecht § 24 Rn. 39; v. Mangoldt/Klein/Starck/Sommermann GG, 7. Aufl. 2018, GG Art. 20 Rn. 340.

40 S. insoweit auch Merten/Papier/Grundrechte-HdB/Höfling § 121 Rn. 24; M. Kloepfer § 77 Rn. 10; Stern/Sodan/Möstl/StaatsR/Schwarz Notstandsverfassungsrecht § 24 Rn. 42; v. Mangoldt/Klein/Starck/Sommermann GG Art. 20 Rn. 351; Stern StaatsR II, 1980, 1519.

41 BVerfGE 123, 267 (333) unter Bezugnahme auf BVerfGE 5, 85 (377) = NJW 1956, 1393.

42 BVerfGE 89, 155 (180) = NJW 1993, 3047; BVerfGE 112, 363 (367) = NJW 2005, 2059.

43 Merten/Papier/Grundrechte-HdB/Höfling § 121 Rn. 26.

44 Übereinstimmend Merten/Papier/Grundrechte-HdB/Höfling § 121 Rn. 26; Enzmann HdB Politische Gewalt/Isensee S. 144 (157); Stern/Sodan/Möstl/StaatsR/Schwarz Notstandsverfassungsrecht § 24 Rn. 42.

45 Kröger, Widerstandsrecht und demokratische Verfassung, 1971, S. 15.

46 Ausf. zum Problem auch Stern/Sodan/Möstl/StaatsR/Schwarz Notstandsverfassungsrecht § 24 Rn. 44.

47 Vgl. insoweit übereinstimmend Merten/Papier/Grundrechte-HdB/Höfling § 121 Rn. 32; Enzmann HdB Politische Gewalt/Isensee S. 144 (147, 151); Schmahl AöR 55 (2007), 99 (119 f.); Stern/Sodan/Möstl/StaatsR/Schwarz Notstandsverfassungsrecht § 24 Rn. 44.

48 Dazu nur Randelzhofer/Süß/Wassermann Konsens und Konflikt. 35 Jahre Grundgesetz, 1986, S. 348 (359), wonach „...mit der Etablierung des Widerstandsrechts das im Rechtsstaat Unmögliche versucht wurde“.

49 Stern/Sodan/Möstl/StaatsR/Schwarz Notstandsverfassungsrecht § 24 Rn. 36.

50 Vgl. nur Dreier/Wittreck GG, 3. Aufl. 2015, GG Art. 20 (Widerstandsrecht) Rn. 25.

51 So übereinstimmend Enzmann HdB Politische Gewalt/Isensee S. 144 (147); S. Schmahl AöR 55 (2007), 99 (119 f.); Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB/Schwarz § 282 Rn. 5; Dreier/Wittreck GG Art. 20 (Widerstandsrecht) Rn. 25.

senen, Durchsetzung individueller Vorstellungen. Damit wird aber eines deutlich: Die Protagonisten des zivilen Ungehorsams behalten sich selbst die Entscheidung, wann offensichtliches Unrecht vorliegt, vor. Sie treten damit mit dem Anspruch auf, selbst entscheiden zu können, wann der demokratische Verfassungsstaat versagt, nämlich immer dann, wenn der Prozess der politischen Willensbildung in staatlichen Organen zu Ergebnissen führt, die keine Billigung durch die in diesem Prozess Unterlegenen findet. Das aber ist dann Selbstgerechtigkeit und moralische Überhöhung, die weder unter moralischen noch unter rechtlichen Gesichtspunkten diskutabel erscheint. Eine solchermaßen gewissen-sinduzierte völlige Subjektivierung des Widerstandsrechts stellt die generelle Pflicht zum Rechtsgehorsam und damit ein Kernelement moderner demokratischer Rechtsstaatlichkeit infrage. Gleichwohl gilt der Satz: Wer Gesetze unter Berufung auf eine höhere Legitimität brechen will, mag das tun, er muss aber auch die Konsequenzen seines eigenen Handelns tragen.⁵²

IV. Zusammenfassung und Ausblick

[25] Ziviler Ungehorsam hat nach alledem nichts mit dem in Art. 20 IV GG normierten Widerstandsrecht zu tun. Widerstand im letzteren Sinne ist die äußerste Form des Verfassungsschutzes. Das Widerstandsrecht ist das Recht des demokratisch und rechtsstaatlich verantwortlichen Bürgers zu Staats- und Verfassungsnothilfe. Wenn aber der Verfassungsstaat und seine Institutionen funktionieren und damit gegen staatliche Entscheidungen grundsätzlich auch Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen, ist für die Ausübung eines Widerstandsrechts kein Raum. Art. 20 IV GG hat eine Situation vor Augen, in der ein demokratischer Dialog nach den Regeln des Rechtsstaats gerade nicht mehr stattfindet. Das aber bedeutet, dass derjenige, der den Dialog abbricht und zum Widerstand aufruft, sich selbst gegen die rechtsstaatliche Demokratie stellt und sich damit gerade auch nicht auf das Widerstandsrecht als „Notrecht zur Bewahrung und Wiederherstellung der Rechtsordnung“ berufen kann.

[26] Die oft vernommene Behauptung, Akte zivilen Ungehorsams seien zu rechtfertigen, verkennt die zentrale

Bedeutung von Rechtsfrieden und Rechtsgehorsam im demokratischen Rechtsstaat. Der Rechtsfrieden ist – mit Jürgen Habermas⁵³ zu sprechen – eine der „höchsten und verletzbarsten kulturellen Eigenschaften“. Der Rechtsfriede gewährleistet unter den Bedingungen einer funktionierenden Rechtsstaatlichkeit und demokratischen Verfassungsordnung dem Einzelnen Freiheit und Gleichheit, Orientierungsgewissheit und Rechtssicherheit und die gleiche Chance zur Durchsetzung seiner Meinung in einem freiheitlichen Diskurs. Wenn der Staat zur Beachtung und Durchsetzung des Rechts verpflichtet ist, so entspricht dieser Pflicht auch ein Anspruch des Staates auf Rechts- und Gesetzesgehorsam seiner Bürger. Gesetzesgehorsam erweist sich so als Voraussetzung der demokratischen Gesetzlichkeit. Die Aufkündigung des Gesetzesgehorsams – sei es punktuell, sei es generell – trifft jeden Staat, aber vor allem und in Sonderheit die rechtsstaatliche Demokratie in seinem Kern. Sie stellt demokratisch legitimierte Entscheidungen infrage und verwandelt – im Einzelfall auch berechtigte – Kritik an staatlichen Entscheidungen in Ungehorsam gegenüber der Herrschaft des Rechts. Zweifel an der Rechtmäßigkeit staatlicher Entscheidungen sind durch die dafür ausschließlich zuständigen Gerichte zu beheben; dies ist keine Frage individueller oder kollektiver Beliebigkeit. Solange also die Behebung von Verletzungen der Legalität auf legalem und rechtsförmlichem Wege möglich ist, ist für eine Durchbrechung der Legalität unter Hinweis auf einen zivilen Ungehorsam kein Raum. Die gegenteilige Ansicht führt zu einer Diktatur der Werte, nicht des Rechts, und ist nichts anderes als die Inanspruchnahme eines Privilegs durch diejenigen, die es besser zu wissen vorgeben als die Mehrheit. Die Annahme, der Rechtsungehorsam könne im Alltag des demokratischen Verfassungsstaats ein Mittel der politischen Auseinandersetzung sein, ist ein Widerspruch in sich: Ziviler Ungehorsam ist die Negation des demokratischen Rechtsstaats und beraubt ihn seiner Existenzgrundlage. ■

52 Dreier/Wittreckk GG Art. 20 (Widerstandsrecht) Rn. 25.

53 Habermas Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat, in Habermas Die neue Unsicherheit, 1985, S. 79 (84).