

Zeitschrift: Kriminologie / Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie SAK = Criminologie / Groupe Suisse de Criminologie GSC = Criminologia / Gruppo Svizzero di Criminologia GSC

Herausgeber: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie

Band: 40 (2023)

Artikel: Das Pence-Trump-Problem : Mechanismen der Normbildung am Beispiel der Verfassungskriminalität

Autor: Mahlmann, Matthias

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1051597>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 02.02.2025

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

Das Pence-Trump-Problem – Mechanismen der Normbildung am Beispiel der Verfassungskriminalität

Matthias Mahlmann*

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	245
Résumé	245
1. Verfassungskriminalität als Problemspiegel	246
2. Das Pence-Trump-Problem	248
3. Problemdimensionen	250
3.1 In der Falle des naiven Regelplatonismus?	250
3.2 Soziales Handeln und rechtssoziologische Gesellschaftstheorie ...	251
3.3 Sicherstellung der Normbindung	252
3.4 Gründe der Normbindung	252
4. Trump ins Gefängnis?	256

Zusammenfassung

Die Bindung an Recht ist eine notwendige Voraussetzung von Rechtsstaat und Demokratie. Wie aber kann die Bindung an Recht erklärt und bekräftigt werden? Am Beispiel von Verfassungskriminalität werden einige wichtige methodische, rechtstheoretische und kriminologische Probleme der Idee der Bindung durch Recht aufgeworfen und versucht zu klären, wie man die Bindungskraft von Recht im Dienste von Rechtsstaat und Demokratie erhöhen könnte.

Résumé

Le respect du droit est une condition nécessaire à l'Etat de droit et à la démocratie. Mais comment expliquer et renforcer notre attachement à la norme? Au travers de l'exemple de la criminalité constitutionnelle, nous soulevons quelques problèmes méthodologiques, théoriques et criminologiques importants du concept d'attachement au droit et essayons de clarifier la manière dont nous pourrions augmenter la force de l'attachement aux normes au service de l'état de droit et de la démocratie.

* Matthias Mahlmann, Prof. für Philosophie und Theorie des Rechts, Rechtssoziologie und Internationales Öffentliches Recht, Universität Zürich.

1. Verfassungskriminalität als Problemspiegel

Der Existenzgrund von Recht besteht darin, Menschen in ihrem Verhalten so zu beeinflussen, dass sie sich entsprechend den rechtlich vorgeschriebenen Inhalten in ihrem Handeln orientieren. Ein zentrales Element eines Rechtssystems ist deshalb die Bindung von Menschen an die Normen, die dieses System bilden und sie adressieren.

Die folgenden Bemerkungen beschäftigen sich mit der Frage der Normbindung aus der Perspektive eines Konflikts, der von fundamentaler Bedeutung für die Demokratie in den USA und – aufgrund der Bedeutung der USA für die Weltgesellschaft – für die Zukunft der Demokratie im globalen Kontext ist. Die Entscheidung von Vizepräsident Mike Pence, sich bei der Zertifizierung der Wahl von Joe Biden zum US-Präsidenten am 6. Januar 2021 an die Regeln der Verfassung zu halten, hat den geplanten Coup von Donald Trump durch Einreichung alternativen Wahlleutelisten verschiedener Staaten verhindert.¹ Sein Verhalten und die Alternativen, die verheerende Folgen gehabt hätten, werfen ein Schlaglicht auf wichtige Probleme des theoretischen, soziologischen und kriminologischen Verständnisses von Recht.

Weithin wird es als verfassungsrechtlicher Imperativ angesehen, dass die Regelungen des 12. Amendments der US-amerikanischen Verfassung und des Electoral Count Act von 1887 von Vizepräsident Pence angewandt wurden.² Die Selbstverständlichkeit dieser Annahme sollte nicht über ihren Voraussetzungsreichtum hinwegtäuschen. Es ist nötig zu klären, welche methodischen und theoretischen Implikationen der Imperativ, dass Normen befolgt werden sollen, und die Annahme haben, dass Normbrüche gerechtfertigter Weise – in welcher Form auch immer – sanktioniert werden. Dazu gehört zunächst eine Auseinandersetzung mit theoretisch aufgeladenen Konzeptionen der unaufhebbaren Unbestimmtheit des Rechts, die einen von vornherein festgelegten und deshalb erkennbaren und anwendbaren Gehalt des Rechts für rechtshermeneutisch naiven Regelplatonismus halten.³ Nach Klärung dieser

1 Zu Pence' Reaktionen vgl. z.B. Kyle Cheney, How Pence used 43 Words to Shut Down Trump Allies' Election Subversion on Jan. 6, Politico vom 11. März 2022.

2 Zu verfassungsrechtlichen Kommentaren zu verschiedenen Plänen des Trump-Teams, die Wahlergebnisse zu umgehen, z.B. Neil H. Buchanan/Michael C. Dorf/Laurence H. Tribe, No, Republicans Cannot Throw the Presidential Election into the House so that Trump Wins, Verdict vom 30. September 2020; Laurence H. Tribe/Neil H. Buchanan/Michael C. Dorf, How to Prevent the Legal Strategy That Nearly Undid the Last Election From Ending Democracy – Congress Needs to Act and the Executive Branch Needs to Step Up, Boston Globe vom 27. September 2021. Zu Reformbemühungen, Carl Hulse, McConnell Endorses Electoral Count Overhaul – Lifting Chances of Enactment, The New York Times vom 27. September 2022.

3 In der analytischen Philosophie wesentlich inspiriert von Wittgensteins Regelanalyse, vgl. Ludwig Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, PU 202, in: ders. Tractatus logico-philosophicus, Werkausgabe Bd. 1, Frankfurt/M 1984, S. 225 ff.; Saul Kripke, Wittgenstein on Rules and

Frage ergeben sich weitere Probleme, die im Mittelpunkt der folgenden Überlegungen stehen sollen: Welche Gründe führen dazu, dass ein Funktionsträger Normen befolgt? Externe, d.h. solche, die von aussen die Handlungsmotivation eines Akteurs beeinflussen, beispielsweise Sanktionen, Sanktionsdrohungen oder Belohnungschancen? Interne, d.h. solche, die eine intrinsische Motivation erzeugen, sich an Normen gebunden zu fühlen, insbesondere aufgrund von normativen Überzeugungen und Werthaltungen? Welche konkreten psychologischen Mechanismen stehen hinter der technischen und ein wenig trocken-abstrakten Begrifflichkeit von «internen Gründen», die aus der Rechtslehre geläufig ist?⁴ Wie kann Normbefolgung sichergestellt werden? Wie gelingt es auf der normhierarchischen hohen, aus mancher Sicht höchsten Stufe der Verfassungsnormen? Welche Effekte hätte es gehabt, wenn Mike Pence anders gehandelt hätte? Wäre eine neue Norm entstanden – z.B. wenn das Handeln hingenommen worden wäre, weil sich Regeln, so einflussreiche Stimmen, mit der Praxis ändern können, die diese Regeln letztendlich in ihrem Inhalt bestimmt, «*as we go along*», wie Wittgenstein sagt?⁵

Fragen der Normbefolgung und Normbildung, der Sicherstellung normkonformen Verhaltens sowie des Umgangs mit deviantem Verhalten, von Sanktionen und ihrem Sinn und ihren Alternativen werden häufig am Beispiel von Alltagskriminalität diskutiert. Diese Alltagskriminalität ist aber natürlich nur ein Teil dessen, was sinnvoll als Kriminalität bezeichnet werden kann. Fragen der Wirtschafts- und Umweltkriminalität bilden klassische Beispiele hierfür. In den Beiträgen zu diesem Band werden deswegen auch verschiedene Formen von sozialem Handeln diskutiert, die es womöglich verdienen, auch strafrechtlich sanktioniert zu werden. Das Beispiel der *Verfassungskriminalität* soll die Problematik von Mechanismen der Normbefolgung, Normbildung und der Sicherstellung normkonformen Verhaltens aus womöglich interessanten

Private Language, Cambridge, MA 1984. Zum Begriff Andreas Kemmerling, Regel und Geltung im Lichte der Analyse Wittgensteins, *Rechtstheorie* 6/1975, S. 104 ff.; Eike v. Savigny, Wittgensteins «Philosophische Untersuchungen»: Ein Kommentar für Leser, 3. Auflage, Frankfurt/M 2019, PU 219 Nr. 3. Zur Auseinandersetzung mit Varianten des Regelskeptizismus, auch des amerikanischen Rechtsrealismus, H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, S. 132 ff. Zu gängigen Schlussfolgerungen zur Unbestimmtheit des Inhalts von Rechtsregeln aus verschiedenen dekonstruktiven Perspektiven vgl. z.B. Jacques Derrida, *Force of Law: The 'Mystical Foundation of Authority'*, in: Drucilla Cornell/Michel Rosenfeld/David G. Carlson (Hrsg.), *Deconstruction and the Possibility of Justice*, New York 1992, S. 3 ff.; Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, MA 1997; Ralph Christensen, *Reine Rechtsdekonstruktion*, *Kritische Justiz* 46/2013, S. 206 ff. Zu Perspektiven der autopiетischen Systemtheorie Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/M 1995, S. 338 ff. Zur Kritik eines angenommenen Formalismus der Rechtsauslegung im Völkerrecht, Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Reissue With a New Epilogue, Cambridge 2005; Anne Orford, *International Law and the Politics of History*, Cambridge 2021.

4 Vgl. z.B. Hart, *The Concept of Law*, S. 89 ff.

5 Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, PU 83.

weiteren Perspektiven beleuchten. Es lenkt den Blick auf Verhalten, das die Gestaltung der politischen Grundordnung betrifft, nicht nur die Verletzung von speziellen Privatrechtsgütern, und damit auf die Wirkungsbedingungen rechtlicher Regelungen bei der normativen Kalibrierung der Grundstrukturen der Gesellschaft. Die Frage, welche Bindungskraft hochrangiges Recht eigentlich hat, führt zudem in die zentralen politischen Auseinandersetzungen unserer Zeit hinein. Das gilt für Verfassungsrecht, aber auch für Völkerrecht, das offensichtlich in Kernbereichen vor der bitteren Realität seiner eigenen Wirkungslosigkeit steht. Dass der Krieg der Russischen Föderation gegen die Ukraine offensichtlich völkerrechtswidrig ist, hat ihn beispielsweise nicht verhindert. Die Zukunft der nationalen und internationalen Rechtsordnung hängt wesentlich davon ab, die Bindungskraft von Recht zu erhalten und vielfach überhaupt erst herzustellen. Es ist deshalb auch politisch unverzichtbar genau über die Eigenart und Voraussetzungen der Bindungskraft von Recht nachzudenken und zu bestimmen, wie man sie erhöht.

2. Das Pence-Trump-Problem

Was genau ist das Pence-Trump-Problem?

Am 6. Januar 2021 stand Vizepräsident Mike Pence vor folgendem Problem: Nach dem 12. Amendment der US-Amerikanischen Verfassung und des Electoral Count Act war er gehalten, die Wahl von Joe Biden zum Präsidenten der USA zu zertifizieren. Es bestand und besteht, wie bereits betont,⁶ verfassungsrechtlich völlig Einigkeit, dass er dabei keine Einschätzungsprärogative und keinen Ermessensspielraum besass, der ihm die Kompetenz verliehen hätte, die Zusammensetzung des Electoral College anders zu gestalten, als durch die Wahlleutelisten, wie sie die Bundesstaaten zertifiziert und übermittelt hatten. Entsprechende Forderungen aus dem Umkreis der Trump-Administration wurden auch von den befassten Verfassungsjuristen der Trump-Administration für völlig abwegig gehalten.⁷ Nichtsdestotrotz hat Trump von Pence gefordert, nicht entsprechend der rechtmässigen Wahlergebnisse vorzugehen, sondern ihn durch ein in der Zusammensetzung entgegen der Wahlergebnisse manipuliertes Electoral College zum Präsidenten wählen zu lassen und mithin einen staatsstreichartigen Verfassungsbruch zu begehen.⁸

Wie weit Trump dabei gegangen ist, haben die Anhörungen zum Sturm auf das Kapitol am 6. Januar 2021 durch das Repräsentantenhaus deutlich vor Augen

6 Vgl. Fn 2.

7 Michael S. Schmidt, Jan. 6 Hearings Day 4: Panel Ties Trump to False Electors Plan, *The New York Times* vom 21. Juni 2022.

8 Zu Pence' Reaktionen vgl. z.B. Kyle Cheney, How Pence Used 43 Words to Shut Down Trump Allies' Election Subversion on Jan. 6, *Politico* vom 11. März 2022.

geführt. Noch zu einem Zeitpunkt als die Besetzung in vollem Gange war, während der Mike Pence' Leben wohl in ernsthafter Gefahr war und selbst Angehörige der Sicherheitskräfte, die ihn zu schützen hatten, um ihr Leben fürchteten, hat Trump einen berühmt-berüchtigten Tweet veröffentlicht, der Mike Pence' Vorgehen kritisierte. Das erschien auch Angehörigen seiner Administration als so ungeheuerlich, dass sie daraufhin zurücktraten.⁹

Das Trump-Pence-Problem besteht also im Kern darin, zu bestimmen, was eigentlich in einer konkreten Normanwendungssituation einen Normanwender selbst unter erheblichem Druck dazu bewegt, einem reflexiv gesicherten Norminhalt treu zu bleiben und nicht nach anderen, aus Taktik, Strategie oder Opportunismus gelegeneren Lösungen zu suchen. Das ist ein Kernproblem jeder Rechtsordnung. Ein normbestimmtes Handeln des Rechtsstabes, aber auch von Normadressaten, ist die Grundidee des Rechtsstaates, aber auch der Demokratie: Diese lebt ja davon, dass demokratische Entscheidungen im Medium des Rechts umgesetzt werden. Dieses normbestimmte Handeln als soziale Faktum ist gleichzeitig ein zentraler Nachweis der Überzeugung der in der Rechtsordnung assoziierten Personen, dass die Rechtsordnung legitim ist. Freies normentsprechendes Handeln ist das *plébiscite de tous les jours* des Rechtsstaates.

Umgekehrt besteht eine unabdingbare Voraussetzung der Transformation demokratischer Rechtsstaaten in autoritäre Systeme darin, die Bindungskraft von Recht zu lockern und im besten Fall aufzuheben, strategisch begrenzt natürlich auf die Fälle, in denen es den politischen Zielen der autoritären Bewegung dient.¹⁰ Das Ende von Rechtsstaat und Demokratie wird durch ein taktisches Verhältnis zu Rechtsnormen und die Bereitschaft, sie ihres Gehaltes und ihrer Bindungskraft zu berauben, eingeläutet. Dies kann man anhand der Aushöhlung von Rechtsstaatlichkeit nicht nur in den USA, sondern auch in Ungarn oder Polen im Detail studieren.¹¹ In konsolidierten autoritären Systemen ist Auflösung der Bindungskraft von Recht eine politische Selbstverständlichkeit, wie etwa im Moment jeder Prozess gegen russische Kritiker des Krieges in der Ukraine ebenso illustriert wie die Instrumentalisierung der Justiz zur politischen Repression von Saudi-Arabien bis Myanmar. Der Rechtsnihilismus in Systemen wie dem Nationalsozialismus und Stalinismus erinnert

9 Vgl. Luke Broadwater/Maggie Haberman, Jan. 6 Panel Presents Evidence of Trump's Refusal to Stop the Riot, *The New York Times* vom 21. Juli 2022. Zu Pence' ersten eigenen Kommentaren zu den Ereignissen vgl. Maggie Haberman, Pence Says Trump Was 'Reckless' in Assailing Him on Jan. 6, *The New York Times* vom 14.11.2022.

10 Vgl. zum Fall Polen beispielsweise Adam Bodnar, *Polish Road toward an Illiberal State: Methods and Resistance*, *Indiana Law* 96/2021, S. 1059 ff.

11 Vgl. z.B. die Analyse von András Sajó, *Ruling by Cheating*, Cambridge 2021.

uns daran, welche barbarischen Folgen die Beseitigung der Bindungswirkung von Recht haben kann.¹²

3. Problemdimensionen

Das damit identifizierte Problem hat verschiedene Dimensionen – rechtsmethodische, rechtstheoretische, rechtssoziologische, kriminologische und philosophische.

3.1 In der Falle des naiven Regelplatonismus?

Rechtsmethodisch und -theoretisch stellt sich die Frage, ob die Vorstellung, Rechtsnormen könnten Bindungskraft entfalten, nicht hermeneutisch wegen der Unbestimmtheit und Offenheit des Bedeutungsgehaltes von Normen in den naiven Regelplatonismus führt. Dies wird von verschiedenen Strömungen der Methodenkritik von den Critical Legal Studies über die Postmoderne bis zu manchen rechtsrhetorischen Ansätzen der analytischen Philosophie behauptet.¹³

Damit ist ein norm- und sprachtheoretisch weites Feld eröffnet, das hier nicht ausgemessen werden kann. Zweifellos ist die Ermittlung der Bedeutung einer sprachlichen Äußerung keine leichte Aufgabe, weil sprachliche Ausdrücke häufig vage und vieldeutig sind, in der Umgangssprache ebenso wie im spezifischen Bereich des Rechts. Aus diesem Grund wurden für bestimmte Zwecke Kunstsprachen geschaffen, die einen klareren Bedeutungsgehalt haben, etwa in der Logik und sogar die Idee formuliert, die umgangssprachliche Ausdrücke in einer solchen Kunstsprache eindeutig zu fassen – ein Projekt u.a. des frühen Wittgenstein, das vom späten Wittgenstein zu Grabe getragen wurde.¹⁴ Die Frage, die für die Rechtsauslegung zur Debatte steht, lautet deshalb nicht, ob Rechtsnormen einen eindeutigen Gehalt haben, sondern nur, ob sie einen *hinlänglich genau* bestimmbaren Gehalt haben können, um menschliches Handeln tatsächlich in ausreichendem Masse zu lenken.

Dass dies unmöglich sei, dass mit einer Rechtsnorm jeder beliebige Bedeutungsgehalt vereinbar sei, hat aber die Sprachtheorie gerade nicht gelehrt. Verschiedenen Faktoren wie Sprecherintentionen, Gebrauchspraxis oder die

12 Insbesondere ersetzen die opportunistisch und wechselnd gefassten Kriterien ideologisch definierter Gegnerschaft die rechtstaatliche Bindung an spezifisch bestimmte und damit begrenzte Eingriffsermächtigungen. Dass «objektive Gegnerschaft» ein konstitutives Element der Rechtskonzeption des totalen Staates bildet, hat bereits Hannah Arendt, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, München 2005, S. 879 festgehalten.

13 Vgl. o. Fn 3.

14 Vgl. Ludwig Wittgenstein, *Tractus logico-Philosophicus* einerseits und *Philosophische Untersuchungen* andererseits, beide in: Wittgenstein, *Tractatus logico-Philosophicus*, S. 7 ff. bzw. 225 ff.

universalen Strukturen, in deren Rahmen sich menschliche Sprachen entfalten, engen die möglichen Bedeutungshalte von sprachlichen Äußerungen ein, in Spezialformen der Sprachverwendung wie im Recht zudem noch die Kriterien der rechtlichen Auslegungsmethodik.¹⁵

Deswegen bezweifelt auch niemand ernsthaft, dass Mike Pence die in Frage stehenden Verfassungsnormen durchaus richtig verstanden hat und Trump sie brechen wollte. Keine postmoderne Bedeutungskepsis kann Trump hier zur Hilfe eilen.

3.2 Soziales Handeln und rechtssoziologische Gesellschaftstheorie

Rechtssoziologisch bildet das Pence-Trump-Problem eine interessante Fallstudie, um zu fragen, was eigentlich das Grundelement rechtssoziologischer Forschungen sein sollte. Es macht deutlich, dass man um die Kategorie sinnhaften sozialen Handelns von Individuen in Webers Terminologie¹⁶ oder einem theoretischen Äquivalent nicht herumkommt. Mit der autopoietischen Systemtheorie etwa anzunehmen, dass Kommunikationen das Grundelement der soziologischen Analyse und Menschen nur die Umwelt von autopoietischen Kommunikationssystemen seien, erfasst die Problematik ersichtlich nicht.¹⁷ Man kann menschliches soziales Verhalten und seine Gründe, hier konkret von Mike Pence, nicht aus den rechtssoziologischen Analysen als Epiphänomen herauskürzen. Auch die funktionalistischen Analysen der Systemtheorie führen nicht weiter: Es ging nicht um Komplexitätsreduktion oder Differenzierungssteigerung¹⁸ beim Kampf ums Kapitol, physisch und verfassungsrechtlich, sondern um bestimmte demokratische und rechtsstaatliche Grundprinzipien, die geachtet werden oder eben nicht. Es geht um politische Überzeugungen von Entscheidungsträgern (inklusive der Bürgerinnen und Bürger, die entscheiden, sie entscheiden zu lassen) und Ideologien und ihre Kritik – alles klassische Themen einer aufgeklärten Gesellschaftstheorie – die eine funktionalistische Rhetorik nicht aus dem analytischen Blickfeld rücken sollte.¹⁹

15 Vgl. im Überblick etwa Matthias Mahlmann, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 7. Auflage, Baden-Baden 2023, S. 399 ff.; zu einer Grice'schen Analyse rechtlicher Bedeutungsanalyse Nicholas Allott/Benjamin Shaer, *Inference and intention in legal interpretation*, in: Janet Giltrow/Dieter Stein (Hrsg.), *The Pragmatic Turn: Inference and Interpretation in Legal Discourse*, Berlin 2017, S. 83 ff. Zu einer, durch klarere normative Zweckbindung im Vergleich zu Ronald Dworkin, *Law's Empire*, London 1986, weiterentwickelten Interpretationstheorie, orientiert am Leitbild menschlicher Würde, ders., *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, MA 2011, S. 123 ff.

16 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft – Soziologie*, Max Weber Gesamtausgabe, Bd. I/23, Tübingen 2013, S. 172 ff.

17 Niklas Luhmann, *Soziale Systeme*, Frankfurt/M 1984, S. 346.

18 Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt/M 1998, S. 395 ff.

19 Vgl. zu gesellschaftstheoretischen Perspektiven jenseits von funktionalistischen Reduktionismen, Matthias Mahlmann, *Widerständige Gerechtigkeit*, Baden-Baden 2015, S. 78 ff.

3.3 Sicherstellung der Normbindung

Kriminologisch wirft das Problem ebenfalls verschiedene wichtige Fragen auf, praktisch-rechtspolitisch wohl am relevantesten die Frage nach den Gründen, eine bestimmte Verfassungsnorm und ihr reflexiv gesichertes Verständnis zu achten oder umgekehrt bereit zu sein, sie zu brechen.²⁰ Interessant in letzterer Hinsicht ist auch, inwieweit das Bewusstsein des Normbruchs beim Normbrecher besteht und ob es womöglich nötig ist, sich über den Normbruch hinwegzutäuschen, um entsprechend zu handeln. Das hat durchaus konkrete strafrechtliche Konsequenzen, wie die Diskussion in der amerikanischen Rechtswissenschaft darum zeigt, welche subjektiven Tatbestandselemente eigentlich bei den im Rahmen des Sturms auf das Kapitol womöglich verwirklichten Tatbeständen angenommen werden können.²¹ Diese Problematiken führen zur weiteren Frage, wie normkonformes Handeln sichergestellt werden könne. Können beispielsweise Sanktionen hier wirksam werden und wenn ja welcher Art sollten sie sein? Welche anderen Wege gibt es, sicherzustellen, dass normkonform gehandelt wird?²² Wie schafft man insbesondere eine intrinsische Motivation, entsprechend bestimmter Rechtsregeln zu handeln und sie nicht zu brechen? Was sind genau «interne Gründe» für derartiges Handeln?

Diese Frage ist auch aus kriminologischer Sicht nicht ohne rechtssoziologische, rechtstheoretische und rechtsphilosophische Perspektiven zu beantworten, denn selbstverständlich ist auch die Kriminologie kein rechtssoziologisch, rechtstheoretisch oder rechtsphilosophisch neutrales Gebiet.

3.4 Gründe der Normbindung

Die knappen Andeutungen zu methodisch-sprachtheoretischen und rechtssoziologischen Problemen haben schon den Weg freigemacht, zu einer weiteren wichtigen Voraussetzung, die gestellten Fragen zu beantworten, vorzudringen. Es wurde angedeutet, dass man in hinlänglich engem Rahmen von einem spezifischen Bedeutungsgehalt von Normen ausgehen kann, sich also die Frage von normkonformen Verhalten tatsächlich stellt.²³ Wir haben auch klargestellt, dass rechtssoziologisch alles dafürspricht, soziales Verhalten von Menschen

20 Die Ansätze zur Erklärung nicht normkonformen Verhaltens, sind vielfältig – von biologistischen Verbrechenslehren, über ökonomische Determinanten und machtsichernde Ausgrenzungs- und Disziplinierungsmechanismen bis zu pathologischen und anomischen Sozialstrukturen, die deviantes Verhalten verursachen, vgl. im Überblick z.B. Martin Killias/André Kuhn/Marcelo F. Aebi, *Précis de Criminologie*, 4. Auflage, Bern 2019, S. 89 ff.; Ulrich Eisenberg/Ralf Kölbel, *Kriminologie*, 7. Auflage, Tübingen 2017, S. 55 ff.

21 Vgl. z.B. Laurence H. Tribe/Dennis Afergut, *The Evidence is Clear: it's Time to Prosecute Donald Trump*, *The Guardian* vom 16.3.2022.

22 Vgl. z.B. zur Diskussion Killias/Kuhn/Aebi, *Précis de Criminologie*, S. 313 ff.

23 Vgl. o. 3.1.

und seine Gründe als zentrale Kategorie der Gesellschaftstheorie und Rechtssoziologie anzusehen.²⁴

Der Schritt, der auf dieser Grundlage getan werden kann, besteht darin zu klären, worin eine intrinsische Motivation von Akteuren, die Normen anwenden, und damit sozial handeln, eigentlich liegen kann, sie zu befolgen.

Das Recht eines Staates und überstaatlicher Ordnungen ist nicht darauf gerichtet, eine Gesellschaft von moralischen Engeln und Heiligen zu schaffen. Ein Grund für Normbefolgung ist deshalb völlig legitimerweise taktisches und strategisches Handeln.²⁵ Einen Vizepräsidenten in der Situation Mike Pence' könnte etwa in seinem Normgehorsam der Gedanke motivieren, dass der sichtbare Respekt vor Verfassungsnormen seine Chancen erhöhen könnte, selbst in der Zukunft ein erfolgreicher Präsidentschaftskandidat zu werden.

Auch konsequentialistische Argumente können eine Rolle spielen. Beispielsweise könnte die Erwägung leitend sein, dass eine Nichtzertifizierung zu bürgerkriegsähnlichen Zuständen führen könnte, die auf jeden Fall das grössere Übel bildeten als die Zertifizierung der im Übrigen ja rechtmässigen Wahl.

Weitere Beispiele aus dem weiten Bereich möglicher menschlicher Motivation können genannt werden, z.B. Gleichgültigkeit, fehlender Mut zum Verfassungsputsch, den man eigentlich wünscht, die religiöse Aufladung verfassungsrechtlicher Pflichten etc.

Die Erwartung, die aus verfassungs- und demokratietheoretischer Sicht mit dem verfassungsgemässen Handeln des Vizepräsidenten aber notwendig verbunden ist, lautet, dass diese Regeln *aus intrinsischem Respekt vor den Regeln des Verfassungsrechts* befolgt werden. Verschiedene Quellen können diesen Respekt speisen: Die erste ist die Anerkennung der Verbindlichkeit des Verfassungsrechts als positivem, geltendem Recht, unabhängig davon, was man von der konkreten Regelung hält. Dahinter steht kein blinder Glaube an die Autorität des Rechts gedankenfauler, unterwürfiger Rechtsuntertanen, sondern Respekt vor positivem Recht, den die Legitimität der Verfahren seiner Erzeugung begründet – hier der ursprünglichen Schaffung und rechtskonformen Weiterentwicklung des amerikanischen Verfassungsrechts. Dieser Respekt vor positivem Recht verlangt die Bereitschaft zur Distanzierung von den eigenen unmittelbaren Partikularinteressen – die Erhaltung der durch das Recht geschaffenen staatlichen (oder überstaatlichen) Gesamtstruktur muss wichtiger als die Durchsetzung der eigenen Interessen erscheinen. Diese Motivation

24 Vgl. o. 3.2.

25 Auch I. Kants Rechtsbegriff richtet sich auf äusserlich normgemäßes Verhalten, vgl. Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Akademie Ausgabe Bd. IV, Berlin 1911, S. 218; diese These diskurstheoretisch fassend Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt/M 1992, S. 49.

ist nicht nur aus altruistischen Gründen gerechtfertigt: Sie ist auch durch die in der Ideengeschichte immer wieder neu erreichte Einsicht begründbar, dass eine demokratische, rechtlich gebundene politische Organisation der Gesellschaft langfristig die sicherste Wette bildet, eigene fundamentale Interessen verfolgen zu können. Auch ein Volk von Teufeln, wie Kant vielzitiert und plastisch formuliert, erkennt das, wenn diese Teufel nur Verstand haben²⁶ – eine, wie wir nicht erst seit Trump allerdings wissen, keineswegs selbstverständliche Eigenschaft von Wesen der politischen Unterwelt.

Die Gründe für diesen Respekt sind aber auch unmittelbar normativ. Sie lassen sich letztendlich aus den Rechten gewinnen, die durch die Gleichheit, Freiheit und Würde der anderen Menschen begründet werden.²⁷ Diese normativen Prinzipien fordern, eine demokratische Verfassungsordnung durch Respekt vor den in ihnen erzeugten Normen zu erhalten, weil nur in diesem politischen Organisationszusammenhang, Gleichheit, Freiheit und Würde von Menschen politisch Leben eingehaucht werden kann. Mangels prozeduraler Legitimation kann deshalb ein Rechtsbruch auch keine neue Norm schaffen.

Damit ist die Grundlage für eine weitere Einsicht gewonnen. Diese normativen Leitgesichtspunkte bilden materiale Massstäbe, um auch die Legitimität der Inhalte des geschaffenen Rechts selbst zu beurteilen. Recht sollte ja nicht nur aus Respekt vor der Legitimität seiner Erzeugungsweisen, sondern auch aufgrund der normativen Überzeugungskraft seiner Inhalte befolgt werden. Ein Vize-Präsident der USA etwa sollte sich zwar an die verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vorgaben zur Zertifizierung von Wahlleutelisten gebunden fühlen, weil diese rechtlichen Vorgaben demokratisch legitimiert sind, aber idealerweise auch, weil die Inhalte des demokratisch legitimierten Rechts selbst material legitim erscheinen. Aufgrund der Unvollkommenheit von Recht wird man dabei häufig mit durchaus kritikwürdigen Regelungen zufrieden sein müssen. Das Wahlleutesystem der USA ist beispielsweise ein Relikt einer anderen Verfassungsepoche mit vielen undemokratischen Folgen etwa aufgrund der fehlenden Ergebnisgleichheit von Wählerinnenstimmen verschiedener Bundesstaaten. An seine Stelle aber eine Zusammensetzung des Gremiums zu setzen, die den geltenden Regeln nicht entspricht und das

26 Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden*, Akademie Ausgabe Bd. VIII, Berlin/Leipzig 1923, S. 366: «Das Problem der Staatserrichtung ist, so hart wie es auch klingt, selbst für ein Volk von Teufeln (wenn sie nur Verstand haben) auflösbar und lautet so: «Eine Menge von vernünftigen Wesen, die insgesamt allgemeine Gesetze für ihrer Erhaltung verlangen, deren jedes aber ingeheim sich davon auszunehmen geneigt ist, so zu ordnen und ihre Verfassung einzurichten, daß, obgleich sie in ihren Privatgesinnungen einander entgegen streben, diese einander doch so aufhalten, daß in ihrem öffentlichen Verhalten der Erfolg eben derselbe ist, als ob sie keine solche böse Gesinnungen hätten.»»

27 Vgl. zum Versuch einer historisch und moralpsychologisch fundierten Rechtfertigungstheorie von Menschenrechten Matthias Mahlmann, *Mind and Rights: The History, Ethics, Law and Psychology of Human Rights*, Cambridge 2023.

Wahlergebnis vollständig verfälscht, spricht grundlegenden demokratischen Prinzipien schlichtweg Hohn.

Michel Foucault hat in der Gesellschaft seiner Zeit einen ubiquitären Herrschaftszusammenhang ausgemacht, dessen Erscheinungsform normativ sei:

«Nous sommes dans la société du professeur-juge, du médecin-juge, de l'éducateur-juge, du <travailleur-social> -juge; tous font régner l'universalité du normatif; et chacun au point où il se trouve y soumet le corps, les gestes, les comportements, les conduites, les aptitudes, les performances. Le réseau carcéral, sous ses formes compactes ou disséminées, avec ses systèmes d'insertion, de distribution, de surveillance, d'observation, a été le grand support, dans la société moderne, du pouvoir normalisateur.»²⁸

Ein material und prozedural normativ gerechtfertigtes Recht bildet das Gegenmodell zu einem Recht, das nur der willige Knecht einer solchen *«pouvoir normalisateur»* ist, da es die Menschen weder äusserlich einer illegitimen Macht unterwirft noch sie in ihren Gedanken und Gefühlen insgeheim nach dem Bilde seiner Herrschaftsbedürfnisse zu formen versucht, sondern Menschen als Gleiche in den weiten Möglichkeitsraum ihrer gemeinsam mit Anderen entfalteten Subjektivität befreit.

Die intrinsische, letztlich aufgrund der Anziehungskraft der normativen Legitimationsprinzipien des Rechts gebildete Motivation, Recht anzuwenden, ist – so eine entscheidende These dieser Bemerkungen – zentral für das Verständnis der Funktionsbedingungen von demokratischen Verfassungsstaaten. Wenn nicht ein Mindestmass dieser intrinsischen Motivation in der Rechtskultur einer politischen Gemeinschaft, die sich als demokratischer Staat dauerhaft konstituieren will, existiert und fortlaufend erneuert, wird diese Gemeinschaft als demokratischer Verfassungsstaat untergehen.²⁹

28 Michel Foucault, *Surveiller et punir*, Paris 1975, S. 356.

29 Man kann den Gehalt dieser These noch zusätzlich profilieren, indem man sie einer der einflussreichsten rechtstheoretischen Analysen der Bindungskraft von Recht gegenüberstellt. Hart, *The Concept of Law*, 84 f. führt aus: *«Rules are conceived and spoken of as imposing obligations when the general demand for conformity is insistent and the social pressure brought to bear upon those who deviate or threaten to deviate is great. (...) Two other characteristics of obligation go naturally together with this primary one. The rules supported by this serious pressure are thought important because they are believed to be necessary to the maintenance of social life or some highly prized feature of it. Secondly, it is generally recognized that the conduct required by these rules may, while benefiting others, conflict with what the person who owes the duty may wish to do.»* Hart analysiert mithin die verpflichtende Rechtsbindung durch die folgenden drei Elemente: Sozialer Druck, die Überzeugung der Wichtigkeit des Inhalts der Regeln und die Differenz von Verpflichtungen und Interessen. Unsere Analyse betrifft die beiden ersten Punkte. Ein Problem der Hart'schen Analyse ist dabei zunächst, dass der interne Aspekt der Regelbefolgung zutreffend betont wird, die Mechanismen, die eine Regelbefolgung Subjekten ermöglichen, insbesondere die kognitiven, nicht spezifiziert werden. Für den hier verfolgten Zusammenhang ist besonders hervorzuheben, dass Krisensituationen die Frage aufwerfen, was eine Rechtsbindung motiviert, wenn sozialer Druck ausgeübt wird, rechtlichen Normen gerade nicht zu folgen – in Mike Pence' Fall bis hin

Diese Einsicht hat verschiedene Konsequenzen, auch solche für die Antwort auf die Frage, wie man mit Regierungskriminalität eigentlich umgehen sollte und konkret, ob Sanktionen hier weiterhelfen und wenn ja, welcher Art sie sein könnten.

4. Trump ins Gefängnis?

Die alten Fragen nach dem Sinn von Sanktionen, ihren Formen und Alternativen ist mithin auch für Verfassungskriminalität zu stellen, wenn auch in veränderter Form. Viele davon werden gerade im Völkerstrafrecht nachdenklich gestellt. Können die in den USA etwa konkret diskutierten Straftatbestände von Verfassungskriminalität abschrecken, spezial- oder generalpräventiv wirken oder der expressiven Normbegründungsfunktion von Strafrecht dienen? Welche Rolle haben die Spezialtatbestände, die erörtert werden, welche das Impeachment-Verfahren mit seinen weitreichenden politischen Folgen? Würde eine alternative Kriminologie zur Abschaffung des Impeachment-Verfahrens raten, zur Entkriminalisierung der Handlungen Trumps und seiner Unterstützer oder gerade dafür, sie einem dichteren Netz von strafrechtlichen Normen zu unterwerfen? Welche Tatbestände erfassen strafwürdige Verfassungskriminalität? Welche Strafen sollen in solchen Fällen drohen? Ist eine Norm wie Art. 275 StGB, die Angriffe auf die verfassungsmässige Ordnung unter Strafe stellt, aus dieser Sicht gerechtfertigt?

Mir scheint, dass sich durchaus gute Argumente, die einer kritischen Strafzwecktheorie standhalten, dafür finden lassen, auch Verfassungskriminalität nicht nur politisch zu bestrafen, nicht zuletzt um die Verantwortung der Handelnden für schwere Verletzungen wesentlicher Rechtsgüter eines demokratischen Verfassungsstaates nicht unter den Teppich zu kehren, die Bedeutung der Normen vielmehr zu bekräftigen und ihre Verletzungen schuldangemessen zu ahnden. Es gibt auch eine Vielfalt von Instrumenten zum Schutz von Verfassungen, nicht nur der sog. «wehrhaften Demokratie», die hier eine Rolle spielen können.³⁰ Was aber rechtspolitisch sehr viel wichtiger bleiben wird, ist eine Rechtskultur zu erhalten und dort neu zu schaffen, wo diese Kultur bereits erodiert ist, die Verfassungskriminalität gar nicht erst aufkommen oder jedenfalls nicht zur ernsthaften Bedrohung werden lässt. Das wirksamste Mit-

zum Sturm auf das Kapitol. Der sachliche Kern des Problems der intrinsischen Normbindung wird durch Harts zweites Kriterium, die Überzeugung von der Wichtigkeit der Norm, angedeutet. Man muss aber weitere Schritte gehen, um ihn zu ergreifen. Es geht nicht nur um Wichtigkeit, sondern um materiale Legitimation der rechtlichen Gehalte – in den zwei analysierten Dimensionen legitimer Strukturen der Rechtserzeugung und der materialen Inhalte des in diesen Strukturen erzeugten Rechts.

30 Vgl. Matthias Mahlmann, Schutz der Verfassung, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. 1, S. 211 ff.

tel der Bekämpfung von Kriminalität ist ihre Prävention, auch im Fall der Verfassungskriminalität.

Wie erhält man eine demokratische Verfassungskultur, nicht als vages Ornament der Sonntagreden der politischen Praxis, sondern letztendlich so tief verankert im politischen Bewusstsein der Menschen, dass sie sich in konkretem Handeln, auch wenn es schwer wird, niederschlägt? Das ist vermutlich eine entscheidende politische Frage der Gegenwart. Die Bedrohungen sind real, nicht nur durch konsolidierte autoritäre Staaten, ihre geostrategische Politik und ihre Bemühungen, die bestehenden Demokratien zu destabilisieren. Die Bedrohungen sind gerade deshalb so gross, weil in Demokratien von unten her, als Graswurzelbewegung, die Überzeugung von der Legitimität demokratischer Verfassungsstaaten schwindet.³¹ Auch sollte nicht vergessen werden, dass das Phänomen des Verfalls von Demokratien seit langem beobachtet und reflektiert wurde – von Plato³² und Aristoteles³³ bis zu Tocqueville.³⁴

Die Antwort auf diese Frage muss sicher vielschichtig sein. Eine Gegenwartsanalyse muss etwa die Entstehungs- und Erhaltungsbedingungen einer Professionsethik von Rechtsanwendern umfassen – das Problem der Gründe für Regelanwendung stellt sich ja nicht nur für Vizepräsidenten der USA, sondern auch für Verwaltungsangestellte, die Wahlen durchführen oder Richter, die die Gültigkeit von Wahlen überprüfen. Sie muss auch die Anforderungen an die vierte Gewalt der Medien einbeziehen, die dazu beitragen, Meinungen und Vorstellungen über Sachverhalte zu bilden – etwa darüber, wer eigentlich die Wahlen gewonnen hat und welche Regeln dabei eingehalten wurden und welche nicht.

In letzter Instanz hängt die Antwort auf die Frage, wie demokratische Verfassungsstaaten erhalten werden können, von allen Menschen ab, die in einer politischen Gemeinschaft assoziiert sind. Es kommt entscheidend darauf an, welche Vorstellungen die Menschen in einer Gemeinschaft vom Recht und seiner richtigen Anwendung haben und welches Vertrauen darauf besteht, dass es – soweit möglich – tatsächlich in einer Weise angewandt wird, die kritischer Reflexion standhält. Welche Folgen es hat, wenn diese Vorstellungen ideologischen Truggebilden verfallen, krude Verschwörungstheorien geglaubt werden, die das Vertrauen in die Wirksamkeit rechtsstaatlicher Verfahren zerstören, kann man am ältesten demokratischen Verfassungsstaat in erschütternder

31 Sajó, *Ruling by Cheating*, 1 kommentiert: «*Scholarly opinion in the United States and Western Europe too often believed that illiberal darkness reigns only in faraway forests: 'it can't happen here.' The history of fascism shows otherwise. Overly confident democracies have paid an immense price for their careless shortsightedness.*»

32 Platon, *Politeia*, 558c, 562 b, c; 565 a–d.

33 Aristoteles, *Politik*, 1301 a 19 ff.

34 Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique II – Quatrième parti* in: ders. *Œuvres*, Tome II, Paris 1992, 806 ff. insbesondere zum Problem der Missachtung von Individualrechten.

Weise seit Jahren studieren. Diese Feststellung ist gleichzeitig eine Absage an Elitetheorien der Demokratie. Schon Hannah Arendt hat davor gewarnt, die geballte Macht der scheinbar unpolitischen Vielen zu unterschätzen.³⁵ Dieser Befund ist darüber hinaus eine Einladung, sich an die Bedeutung von Ideen, normativen Zielvorstellungen und sogar Hoffnungsräumen für die Formung der sozialen Welt – zum Besseren oder auch in Regressionen zum Schlechteren – zu erinnern und damit an die Bedeutung der Reflexion autonomer, denkender Menschen, die diese Ideen immer wieder aufs Neue gebiert.³⁶

Die Menschen für die Demokratie zu gewinnen, wird nicht nur mit interessenorientierten und zweckrationalen Argumenten gelingen, wenn diese auch hilfreich sein können. Die Reflexionen zur alternativen Kriminologie am Beispiel der Verfassungskriminalität führen also zu der These, dass Sanktionen durchaus wichtig sein können, ihre Bekämpfung aber am besten gelingt, wenn man Bedingungen dafür schafft, dass die Motive, die ihr zugrunde liegen gar nicht erst oder jedenfalls nur beherrschbar entstehen – eine These, die vermutlich auch für andere Formen der Kriminalität gilt, weswegen etwa ein gerechter Sozialstaat einen wesentlichen Faktor erträglicher allgemeiner Kriminalitätsstrukturen in einer Gesellschaft bildet. Konkret wird Bekämpfung der Verfassungskriminalität ebenso wie ihrer politischen Vorformen ohne Erhaltung und Wiederbelebung demokratischer Überzeugungen nicht gelingen. Man muss für die Grundwerte demokratischer Verfassungsstaaten kämpfen, nicht ohne kritisch auf die Defizite bei ihrer Verwirklichung hinzuweisen, aber mit der Courage und der Leidenschaft, die die Ideen menschlicher Gleichheit, Freiheit und Würde verdienen.

35 Arendt, *Ursprünge und Elemente totalitärer Herrschaft*, 670: «Die tiefe Erschütterung des gesamten politischen Lebens, welche die totalitären Bewegungen auch dort auslösten, wo sie nicht zur Macht kommen, zeigt deutlich, daß eine demokratische Verfassung auf die schweigende Duldung aller politisch inaktiven Elemente in der Bevölkerung angewiesen ist und von dieser inartikulierten und unkontrollierten Massenstimmung ebenso abhängt wie von den artikulierten und organisierten öffentlichen Institutionen.»

36 Dabei kann auch und gerade die Rechtsphilosophie eine wichtige politische Aufgabe erfüllen, vgl. dazu z.B. Matthias Mahlmann, *Der politische Moment der Rechtsphilosophie*, *Rechtswissenschaft* 8/2017, S. 181 ff.