

Josef Brink / Rainer Keller

Politische Freiheit und strafrechtlicher Gewaltbegriff

1. Die Ausweitung des Gewaltbegriffs

Am 14. 11. 1981 forderte der Sprecher der »Arbeitsgemeinschaft Volksbegehren – keine Startbahn West«, Alexander Schubart, alle Gegner einer Erweiterung des Frankfurter Flughafens zu einer Demonstration am Flughafen auf. Mit dieser Aktion sollte gegen die hessische Landesregierung protestiert werden, die sich geweigert hatte, bis zu einer gerichtlichen Entscheidung über die Zulässigkeit eines Volksbegehrens einen Baustop anzuordnen. Ausdrücklich hatte Schubart gewaltsame Aktionen abgelehnt. Durch »gewaltfreie«, »massenhafte« Versammlung von Demonstranten sollten die Zu- und Abgänge zum Flughafen blockiert werden.

Mit Urteil vom 19. 1. 1983 verurteilte der Staatsschutzsenat des Frankfurter Oberlandesgerichtes Alexander Schubart u. a. wegen versuchter gewaltsamer Nötigung der hessischen Landesregierung zu einer (zur Bewährung ausgesetzten) Freiheitsstrafe von 2 Jahren. Das Gericht stellte fest, daß bereits das »gewaltfreie« Blockieren des Flughafens Gewalt im Sinne des Strafgesetzbuches darstelle, durch die die hessische Landesregierung genötigt werden sollte.

Uns liegen die schriftlichen Urteilsgründe noch nicht vor*. Erkennbar aber ist, daß der strafrechtliche Gewaltbegriff, wie ihn das Oberlandesgericht konzipierte, und der Begriff der gewaltfreien Aktion, wie ihn Schubart für die Blockade des Flughafens benutzte, zur Deckung gebracht wurden. Wenn Schubart am 14. 11. 1981 betonte, die Demonstration müsse vollständig gewaltfrei verlaufen, so sah das Gericht gerade in der Aufforderung zur gewaltfreien Flughafen-Blockade eine billigende Inkaufnahme von Gewalt. Der Staatsschutzsenat wertete als strafverschärfend, daß Schubart während des ganzen Verfahrens dadurch seine Unbelehrbarkeit, Rechtsblindheit und Selbstüberschätzung gezeigt habe, daß er sich den Begriff der Gewalt selber zu definieren angemaßt habe. Schubart hatte in der Tat mit seinem Begriff der gewaltfreien Aktion das Monopol der staatlichen Gerichte, den Rechtsbegriff der Gewalt verbindlich auszulegen und anzuwenden, in Frage gestellt. Die von Schubart angestrebte »völlig gewaltfreie« Blockade ist nach der herrschenden Rechtsprechung Gewalt im Sinne des Strafgesetzbuches.¹ Bereits der Pazifist, der sich blockierend vor einen Panzer setzt, wendet auf der Grundlage dieses strafrechtlichen Gewaltbegriffes Gewalt an gegen den Panzerfahrer.²

Der strafrechtliche Gewaltbegriff ist in vielen verschiedenen Tatbeständen enthalten, z. B. in Hochverrat, Widerstand, Gefangenenneuterei, Vergewaltigung, Luftpirate-

* Nach Abschluß der Arbeit liegen sie nun vor. Sie enthalten keinen Anlaß, die folgenden Ausführungen zu ändern.

1 Vgl. BGHSt 23, 46 ff.; Gewalt i. S. des § 105 StGB und nicht nur nach § 240 StGB liegt allerdings nur vor, wenn die Landesregierung »intensiv« genötigt wurde. Das Frankfurter Oberlandesgericht hat diese Absicht A. Schubarts für gegeben angesehen.

2 Das folgt aus BGHSt 23, 46 ff.; zustimmend Schönke/Schröder/Eser, StGB-Komm., 19. Aufl., Rdnr. 10 vor § 234. Die Blockierung der Zufahrten von NATO-Waffenlagern durch Initiativen der Friedensbewegung ist von Staatsanwaltschaften Baden-Württembergs inzwischen unter Anklage gestellt worden.

rie, Raub, Erpressung, Nötigung; modifiziert auch in Haus- und Landfriedensbruch. Der Nötigungstatbestand ist in allen sozialen Bereichen anwendbar. Zum Verständnis der Probleme des Gewaltbegriffs sollen vorab kurz die wichtigsten strafrechtssystematischen Zusammenhänge dargestellt werden: Was im Gesetz als Gewalt bezeichnet wird, ist nie für sich schon strafbar, sondern nur im Zusammenhang mit der Ausübung von Zwang. Bestraft wird, »wer einen anderen mit Gewalt nötigt«. Die Rechtsprechung tendiert seit einiger Zeit dazu, Gewalt mit Zwangsausübung zu identifizieren. *Darin steckt die Ausweitung des Gewaltbegriffs.* Strafrechtsdogmatisch ist dies problematisch, weil zwei Tatbestandsmerkmale – Gewalt und Nötigung – in eins gesetzt werden, wodurch die Strafbarkeit erweitert wird: Gewalt ist Nötigung. Die Gewalt als Handlung verschwindet tendenziell in der Zwangswirkung. Theoretisch ist das begründet in einer Überbewertung des Rechtsguts »Freiheit«, welches durch Strafgewalt rundum gegen intensive Nötigungen (und nicht nur gegen bestimmte Handlungen) geschützt werden soll. Wegen der genaueren dogmatischen Kritik wird auf die Literatur verwiesen.³

Die folgende Untersuchung versucht zunächst, die Entwicklungsgeschichte des strafrechtlichen Gewaltbegriffs ausgehend von den mittelalterlichen Landfriedensordnungen über den Gewaltbegriff der deutschen liberalen Strafrechtslehre bis hin zur modernen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu rekonstruieren. Dabei erweist sich, daß der moderne strafrechtliche Gewaltbegriff eine Parallelität zu dem Begriff des *crimen vis* des gemeinen Rechts aufweist. Wie dieser ist der moderne strafrechtliche Gewaltbegriff nahezu allumfassend geworden.

Es wird dann versucht, die den rechtstaatlichen Gesetzesbegriff auflösenden Konsequenzen der modernen Nötigungs-Rechtsprechung zu zeigen. Der ihr zugrundeliegende Gewaltbegriff ist nicht nur im Hinblick auf das gesetzliche Bestimmtheitsgebot des Art. 103 GG problematisch; er bedroht auch die durch Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 GG, Art. 5 Abs. 1 und 3 sowie Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Freiheiten. Eine der Thesen der Untersuchung lautet, daß der strafrechtliche Gewaltbegriff zu einer Legitimationsfigur bloßer Ordnungspolitik in justizstaatlicher Form geworden ist, und daß er zur Verpolizeilichung grundrechtlich geschützter Lebensbereiche eingesetzt werden kann. In der Strafrechtsdogmatik wird freilich gerade dies begründet mit der These, das Strafrecht müsse das Rechtsgut »Freiheit« schützen.

2. Gewaltverbot und Befriedung im mittelalterlichen Strafrecht

Die historische Entwicklung einer spezifischen, vom Staat inkriminierten Gewaltdelinquenz steht im engen Zusammenhang mit der Bildung von Territorialstaaten. Zur Staatsbildung gehört bekanntlich das Monopol physischer Gewaltsamkeit: Daß die Menschen ihre Zwecke mit physischer Gewalt selber durchsetzen, wird unterdrückt, die gewaltsame Zweckverwirklichung wird dem Staat vorbehalten.⁴ Die Herausbil-

³ Calliess, Der Begriff der Gewalt im Systemzusammenhang der Straftatbestände, 1974; Gießring, Verkehrsblockierende Demonstration und Strafrecht. In: Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht (Hg.: Lüdertsen/Sack), 2. Teilbd., 1980, S. 513 ff.; Haßke, ZStW 84 (1972), S. 37 ff.; Keller, Strafrechtlicher Gewaltbegriff und Staatsgewalt, 1982. – Im Nötigungstatbestand ist neben der Gewalt als Nötigungsmittel die »Drohung mit einem empfindlichen Übel« mit Strafe bedroht. Da auch dieses Tatbestandsmerkmal sehr vieles erfaßt, könnte man meinen, eine Kritik der Ausweitung des Gewaltbegriffs sei praktisch nicht relevant. Dem ist aber nicht so. In wichtigen Tatbeständen ist nur die Gewalt strafbar (§§ 81, 105) bzw. die alternative Drohung eng gefaßt (§§ 249, 255).

⁴ Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 3. Aufl. 1972, S. 821 ff.; Elias, Über den Prozeß der Zivilisation, 1969, S. 320 f.; Benjamin, Kritik der Gewalt, 1965, S. 30 ff.; Narr, Physische Gewaltsamkeit, ihre Eigentümlichkeit und das Monopol des Staates, Leviathan 1980, Heft 4, S. 541 ff.

dung dieses Gewaltverhältnisses war zentraler Gegenstand der Landfriedensordnungen, die im deutschen Reich seit dem 11. Jahrhundert erlassen wurden.⁵ Sie folgten der wesentlich von der Kirche getragenen Gottesfriedensbewegung und erklärten zunächst nur bestimmte Räume (Kirchen, Klöster, Märkte usw.), Zeiten (Ostern, Advent usw.) oder Personen (Frauen, Priester, Kaufleute usw.) für befriedet. Später richteten sie sich gegen jede Form gewaltsamer Selbsthilfe, wobei der Begriff der Gewalttätigkeit noch keinen genau abgrenzbaren Inhalt erhielt.

Die Möglichkeit gewaltsamer Selbsthilfe war in der frühmittelalterlichen Agrargesellschaft Kriterium einer bestimmten Art von Freiheit der Menschen gewesen. Das Tragen von Waffen war Symbol dafür, daß der einzelne für die eigene Sicherheit und Anerkennung selbst einstand, sein eigener Herr war. Wenn die Landfriedensordnungen das Waffentragen verboten, so vollzog sich darin eine Degradierung der Menschen auf den rechtlichen Status von Knechten, die, der Hausgewalt des Herrn unterworfen, ihre Streitigkeiten nicht mehr selbst entscheiden durften. Das Knechtsstrafrecht ist deshalb eine der Wurzeln des modernen Strafrechts. Allerdings war die Freiheit der Selbsthilfe, die durch die Landfriedensordnungen beseitigt wurde, realhistorisch bereits keine Freiheit von Freien und Gleichen mehr. Vielen freien Bauern war es bereits unmöglich geworden, den eigenen Lebensunterhalt zu sichern und zugleich sich mit physischer Gewalt selbst zu schützen; die Einheit von Freiheit und physischer Gewalt war Privileg geworden. Sie konnte faktisch nur noch von Feudalherren realisiert werden. Die bäuerliche Bevölkerung war der sog. Feudalanarchie schutzlos ausgesetzt. Viele Bauern unterwarfen sich den Feudalherren, gaben ihre Freiheit auf, um von ihrem und dem Zugriff anderer verschont zu werden. »Schutz ist das Urphänomen von Herrschaft« (Horkheimer). Eben diesen Schutz zu monopolisieren und in territorial erweiterter Form zu garantieren, war die historische Leistung der Landfriedensordnungen, indem sie die Feudalanarchie unterdrückten. Die durch sie bewirkte Befriedung des Landes bedeutete zunächst nur, daß es einem überlegenen Gewalthaber gelungen war, die anderen Gewalthaber zu unterwerfen. Im Rahmen der befriedeten Territorien konnten sich dann aber neue Macht- und Sozialstrukturen entwickeln.

Erst die Befriedung größerer Räume ermöglichte einen ungestörten Fernhandel. Die Konzentration der Gewalt ermöglichte den Territorialfürsten zugleich eine konsequente, aggressive Außenpolitik, die zur Ausbildung von Staatsterritorien führte.⁶ Die dem einzelnen genommene Möglichkeit gewaltsamer Selbsthilfe wurde und ist bis heute Bedingung der äußeren und inneren Souveränität des Territorialstaates.

Die Trennung von individueller Freiheit und Gewalt, wie sie das Verbot gewaltsamer Selbsthilfe explizierte, war nur die auffälligste einer Menge von Regelungen der sozialen Lebenswelt, die u. a. das »heimliche Zusammenschlüpfen«, die »Rotterei«, unnütze Worte, aufrührerische Reden, Pfandnahme usw. inkriminierten. Gestützt auf eine Förderung des Inquisitionsprozesses und des Offizialprinzips fungierte die derart ausgeweitete Befriedung des Landes tendenziell als Unterdrückung aller offenen sozialen Spannungen, als Mittel der Disziplinierung der Menschen, Vergesellschaftung von oben. Zweckorientierung, Sparsamkeit, Triebsuspendierung, Sach-

⁵ Vgl. Holzhauser, Stichwort »Landfrieden und Landfriedensbruch« (Landfrieden II), in: Handwörterbuch der deutschen Rechtsgeschichte, Bd. II., 1978, Sp. 1465 ff.; Kaufmann, Stichwort »Landfriedensgesetzgebung« (Landfrieden I), in: Ebd., Sp. 1451 ff.; His, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, I. Teil, 1920, S. 6 f.; zur Gottesfriedensbewegung vgl. Achter, Stichwort »Gottesfrieden«, in: Handwörterbuch der deutschen Rechtsgeschichte, Bd. I, 1971, Sp. 1762 ff.; Luhmann, Rechtssoziologie, Bd. I, 1972, S. 196; His, a. a. O., S. 2 ff.; auch Weber, a. a. O., S. 519.

⁶ Zur Staatsbildung vgl. Elias, a. a. O., Bd. 2, S. 123 ff.; Holzhauser, a. a. O., Sp. 1474 ff.; Weber, a. a. O., S. 681 ff.

lichkeit wurden durch die in den Landfriedensordnungen enthaltenen detaillierten Reglementierungen der sozialen Lebenswelt gefördert, physische Spontaneität, Verschwendung, sinnlich unmittelbares sich Ausleben wurden zurückgedrängt. An deren Stelle traten symbolisch vermittelte Verkehrsformen: Sprache und geldvermittelter Tausch.

Seit dem Ende des 16. Jahrhunderts wurden viele Einzelregelungen der Landfriedensordnungen zusammengefaßt in dem aus der römischen Rechtstradition übernommenen Begriff des *crimen vis*. Auch dieser Tatbestand erfaßte als strafbar nicht nur die physisch gewaltsame Selbsthilfe, sondern eine unbestimmte Menge von abweichenden Verhaltensweisen, Ungehörigkeiten, Auffälligkeiten in den verschiedensten sozialen Bereichen. Strafgrund war generell die Störung der öffentlichen Sicherheit und des öffentlichen Friedens. Dieser weite Straftatbestand fungierte objektiv ebenfalls als Erziehung zu disziplinierten Verkehrsformen, nicht als Schutz subjektiver Rechte von Bürgern.⁷ Das Strafrecht war noch nicht abgetrennt von der enorm ausgeweiteten fürstlichen Polizeigewalt. Beide waren auf eine hoheitliche Gestaltung der Gesellschaft gerichtet, auf Erziehung der Einzelnen zu rationalem friedlichem Verhalten. Die Anwendung des kaum präzise bestimmbar Tatbestandes des *crimen vis* war dem in seiner Auslegungskompetenz unbeschränkten und naturrechtlich vorgebildeten Richter überlassen.

3. Der Gewaltbegriff der deutschen liberalen Strafrechtslehre

In der Gesellschaft, die aus den Jahrhunderten der am Kriminaldelikt des *crimen vis* orientierten Strafjustiz und der fortschreitenden Monopolisierung gesellschaftlicher Machtmittel hervorging, war die gewaltsame Selbsthilfe weithin exterritorialisert. Die Gesellschaft zeichnete sich, in der Beschreibung Norbert Elias', durch befriedete Räume aus, »gesellschaftliche Felder, die von Gewalttaten normalerweise frei sind«.⁸ Die frühe kapitalistische Gesellschaft, die sich jenseits staatlicher Zwecksetzung, über das Medium des Geldes marktmäßig vermittelt reproduzierte, machte Gewaltfreiheit als Rahmenbedingung formeller Gleichheit und Freiheit der Marktteilnehmer erforderlich. Im Hinblick auf die Verhaltensanforderungen, die der Vergesellschaftungsmechanismus des Marktes stellte, mußte sich die moderne Pönalisierung von Gewalt in vielfacher Hinsicht von der *crimen vis*-Justiz unterscheiden.

Der strafrechtliche Gewaltbegriff wurde zunächst auf die Fälle der groben Verletzung des Gewaltverbots eingegrenzt. Jene Vielzahl von Willensbeeinflussungen und Zwangsausübungen, die – gleichrangig mit der Freiheit der Subjekte von außerökonomischer Gewalt – die ökonomischen Bedingungen erfolgreichen Marktverhaltens und funktionierenden gesellschaftlichen Austausches bildeten, wurden geschieden von den Willensbeeinflussungen, die mit der Vorstellung eines äquivalenten Austausches gänzlich unvereinbar waren. Der alte, umfassende Gewaltbegriff des *crimen vis* wurde entmischt. Zugleich wandelte sich auch der kriminalpolitische Zweck des Gewaltverbotes. Gegenüber dem Ordnungszweck des *crimen vis* trat der an die

⁷ Durch das *crimen vis* werden polizeiliche Aufgaben mittels strafrechtlicher Sanktionen verfolgt. Vgl. dazu Glaser, Abhandlungen aus dem Österreichischen Strafrecht, Bd. I, 1853, S. 24 ff.; Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 22 ff.; Blank, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft, in: Kress/Senghaas (Hg.), Politikwissenschaft, 1969, S. 468 ff.; auch Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 12. Aufl., 1836, § 22, Anm. b.

⁸ Elias, a. a. O., Bd. 2, S. 32 ff.; vgl. zum Auszug körperlicher Strafen aus dem Strafvollzug Foucault, Überwachen und Strafen, 1977, S. 93 ff.

Ermöglichung privatrechtlicher Rechtsgeschäfte angelehnte Zweck des Schutzes individueller Interessen in den Vordergrund. Um der Rechtssicherheit willen wurde schließlich der Gewaltbegriff insgesamt einer unbegrenzten Auslegung entzogen. Nicht mehr am Zweck sozialen Handelns, wie es die naturrechtliche Rechtslehre implizierte,⁹ dürfte das Urteil des Richters ansetzen, sondern an seiner mit den Vergesellschaftungsformen der bürgerlichen Gesellschaft unvereinbaren Handlungsform. »Schrecklich immer – auch in gerechter Sache – ist Gewalt«¹⁰ – so sollte fortan, wie Binding zusammenfaßte, die Gewalt als Mittel jedweden Zweckes strafbar sein. Gewalt sollte kein rechtmäßiges Mittel mehr sein, um Rechtszwecke zu verfolgen.

Mit Binding¹¹ setzte sich in der strafrechtlichen Diskussion auch eine andere Funktionszuschreibung für den Gewalttatbestand durch. Nicht mehr, wie noch Feuerbach¹² betont hatte, der Herstellung öffentlicher Sicherheit und öffentlichen Friedens sollte das Gewaltverbot dienen. Der Strafzweck der Kriminalisierung von Gewalt wurde vielmehr auf den Schutz der Willensfreiheit des Einzelnen bezogen.¹³ Freiheitsschutz wurde zur Aufgabe des Strafrechts.

Die entscheidende Eingrenzung reduzierte den alten Gewaltbegriff auf körperliche Gewaltsamkeit. Nicht die bloße Nötigung, die Herstellung einer Notlage war der tatbestandliche Anknüpfungspunkt der Pönalisierung, sondern der körperliche, gewaltsame Eingriff. Zahlreiche Sondertatbestände des *crimen vis* wurden zu Sonderdelikten abgespalten und gesondert kodifiziert, der Grundtatbestand der Nötigung mit Gewalt auf das grundlegende Gewaltverhältnis der Körperlichkeit reduziert. Nach dem seinerzeit vorherrschenden Gewaltbegriff Franz von Liszt ist Gewalt »rohe körperliche Kraft«¹⁴, »Anwendung erheblicher Kraft zur Überwindung eines erheblichen (nicht etwa bloß beabsichtigten) Widerstandes«.¹⁵

Durch diese Eingrenzung des Gewaltbegriffes auf Kraftentfaltung waren alle Formen subtiler, strukturell in einem markadäquaten Verhalten angelegter Gewalt staatlicher Sanktion einerseits entzogen und andererseits für den, der die Macht hatte, sie zu handhaben, freigesetzt. Strukturelle Gewalt ohne körperliche Aggression blieb in den befriedeten sozialen Räumen zurück. Innerhalb der durch das Mittel körperlich-physischer Gewalt gebildeten Schädlichkeitsgrenzen war die Beliebigkeit des Wollens und Tuns, die Freiheit von außerökonomischem, ungesetzlichem Zwang gewährleistet. Mit einem Tatbestand, der allein die physische Kraftentfaltung pönalisierte, war der Gewaltbegriff rechtsstaatlich geworden. Er entsprach in dieser Fassung dem Konzept positivierten und tatbestandlich bestimmten Rechts.

⁹ Benjamin, Kritik der Gewalt, a. a. O., S. 31 f.; Zur Ethisierung und zum Wertbezug der naturrechtlichen Rechtskonzeption Otte, Die geschichtlichen Wirkungen des christlichen Naturrechts, in: Böckle/Böckenförde (Hg.), Naturrecht in der Kritik, 1973, S. 61 ff. (68 f.); zur Bedeutung der »implizierten Absicht« vgl. Noonan, Konventionen und Konstruktionen des Naturrechts, in: Böckle/Böckenförde (Hg.), a. a. O., S. 80 (83 ff.). Naturrechtliche Prinzipien setzten sich über die Rezeption der italienischen Rechtslehre durch. Vgl. Mittels/Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte, 15. Aufl. 1978, S. 255 ff.; Döring, Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500, 1955.

¹⁰ Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl., 1922, S. 493.

¹¹ Ders., Lehrbuch des allgemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl., 1902, S. 82 ff.; ders., Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 2, 2. Aufl., 1916, S. 23.

¹² Feuerbach, Lehrbuch, a. a. O., § 400.

¹³ Vgl. auch Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1908, S. 347 ff.; Binding, Lehrbuch, Bd. 1, a. a. O., S. 83.

¹⁴ Liszt, Lehrbuch, a. a. O., S. 348.

¹⁵ Ders., a. a. O., S. 347; Bindings Konzeption des Nötigungstatbestands war demgegenüber in zwieschlächtiger Weise modern. Binding betonte zum einen die Funktion des Schutzes der Willensfreiheit, kam aber nach Maßgabe dieser Funktionsbestimmung der Strafrechtspflege zu einer rein teleologischen Tatbestandsauslegung, die bereits die Differenz zwischen Gewalt als Mittel und Nötigung als Wirkung nivellierte. Vgl. Lehrbuch, Bd. 1, a. a. O., S. 82; dazu Keller, Strafrechtlicher Gewaltbegriff und Staatsgewalt, 1982, S. 135 f.

Die Pönalisierung setzte beim bloßen Mittel ›Gewalt‹ an, die Beurteilung gerechter und ungerechter, rechtmäßiger oder unrechtmäßiger Zwecke war der Gerichtsbarkeit entzogen.¹⁶

4. Der Gewaltbegriff in der Rechtsprechung des Reichsgerichts

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Gewalt-Nötigungstatbestand des Strafgesetzbuchs war – bis in die Zeit des Nationalsozialismus hinein – von dem oben skizzierten liberalen Gewaltbegriff bestimmt.¹⁷ Gewalt war danach Anwendung körperlicher Kraft zur Beseitigung eines tatsächlich geleisteten oder doch mit Bestimmtheit erwarteten, nur durch Körperkraft zu unterdrückenden Widerstands. Selbst noch dort, wo das Reichsgericht den Gewaltbegriff zu relativieren begann¹⁸ und so der Kritik der Literatur¹⁹ an dem engen Sanktionsbereich des Gewaltbegriffs entgegen kam, hielt es an dem Konzept der Gewalt als eines spektakulären, am Bild des offenen Kampfes orientierten Handlungsablaufs zwischen Täter und Opfer fest. Gewalt war ein eigenständiges, vom Nötigungserfolg (Willensbeeinträchtigung) unterschiedenes Handlungselement. Das Reichsgericht²⁰ betonte, daß »das Gesetz nicht allgemein die Freiheit der Willensentschließung oder Betätigung schützt, vielmehr nur die Beeinflussung durch Gewalt und ganz bestimmte Formen der seelischen Einwirkung unter Strafe stellt.«

Auch dort, wo sich das Gericht in späteren Entscheidungen von der Körperlichkeit der Handlung als Kriterium des Gewaltbegriffs abwendete und zunehmend auf die Körperlichkeit der Zwangseinwirkung abstellte, war es sich der Grenzen des Nötigungstatbestands bewußt. Das Nötigungsmittel der Gewalt blieb identifizierbar. Erst nachdem von den nationalsozialistischen Machthabern das rechtsstaatliche Analogieverbot aufgehoben worden war, bezog das Reichsgericht solche Handlungen, die kaum mehr Elemente intensiver Kraftentfaltung enthielten, in den Gewaltbegriff ein. Methodisch korrekt immerhin machte es diese Rechtsprechung als auf Analogie beruhend deutlich. Der im Jahre 1943 eingeführte § 240 Abs. 2 StGB²¹ – »Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Zufügung des angedrohten Übels zu dem angestrebten Zweck dem gesunden Volksempfinden widerspricht« – eröffnete der Justiz einen weiten Manövrierspielraum; zwischen rechtmäßiger und rechtswidriger Gewalt konnte nun »zeitgemäß« unterschieden werden. Der § 240 Abs. 2 StGB wurde nach 1945 ohne sachliche Änderung in die heute geltende Fassung gebracht: »Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist.«

¹⁶ Vgl. Elias, a. a. O., S. 320; auch Weber, a. a. O., S. 439. Als Selbsthilfe-Residuen bleiben das Notwehrrecht und das Recht zur Festnahme und Widerstands-Brechung nach § 229 BGB bestehen, soweit es um Erfolgsvereitelung gegenüber Personen geht. Sie unterliegen aber den Voraussetzungen und Bedingungen der §§ 227 Abs. 2, 230 BGB.

¹⁷ Vgl. RGSt 27, 405; 56, 88; 58, 99; 64, 115; 69, 330; 73, 344; 77, 81; RG JW 1938, 789, 2784.

¹⁸ Z. B. in den sog. Schreckschußfällen RGSt 60, 157 (158); 66, 353 (355 f.), in denen mit der körperlichen Wirkung des Schreckschusses argumentiert wird.

¹⁹ Binding, Lehrbuch, Bd. 1, a. a. O., S. 82. Danach ist Gewalt jede Einwirkung, »welche den Angegriffenen der Fähigkeit der Willensbildung beraubt.« (ebd.).

²⁰ RGSt 64, 113 (117); auch RGSt 56, 87 ff.

²¹ Dazu Rietzsch, in: Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Bes. Teil, 1936, S. 420 ff.; Klee, DStR 1943, 125 ff.

Dort, wo das Reichsgericht die Ausweitung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs als analoge Anwendung des Gesetzes noch deutlich gemacht hatte, wie auch dort, wo es selber Gewalt schon im wesentlichen in der Zwangswirkung gesehen hatte, knüpfte der Bundesgerichtshof mit seiner Rechtsprechung an. Dort jedoch, wo auch das späte Reichsgericht noch an der rechtsstaatlichen Bestimmtheit des Gewaltbegriffs als eines eigenständigen, nicht mit dem Nötigungserfolg identischen Begriffs festgehalten hatte, verfolgte der BGH eine neue, eigenständige Gewaltkonzeption.²²

Die politische Dimension dieses neuen Gewaltbegriffs wurde bald deutlich. Als in den 50er Jahren Funktionäre der KPD dazu aufriefen, die Bundesregierung durch einen Generalstreik »hinwegzufegen«, bewertete der BGH in einem Klima des kalten Krieges Generalstreik als Gewalt und verurteilte die Funktionäre wegen Vorbereitung zum gewaltsamen Hochverrat. Der BGH sah durchaus, daß bei der Einstufung eines Generalstreiks als Gewalt nicht mehr mit dem Kriterium des körperlichen Eingriffs in die Willenssphäre des anderen Subjekts operiert werden konnte. Aus der Überlegung, daß es andere und wirksamere Mittel als die körperliche Gewalt gebe, um eine Bundesregierung zu stürzen, folgte das Gericht, daß alle Mittel, die eine der körperlichen Kraftentfaltung ähnliche Wirkung haben, dem Gewaltbegriff subsumiert werden müßten. Für Gewalt könne »entscheidend nur die Zwangswirkung sein«.²³

Mit dieser Aufgabe eines von der Nötigungswirkung abgrenzbaren Gewaltbegriffs als eines eigenständigen Handlungselements konnten nun alltägliche Vorgänge, nämlich alle intensiven Zwangsausübungen, der Strafbarkeit unterworfen werden. Nicht mehr die Art der Zwangserzeugung war das Kriterium für Gewalt, sondern die Wirkung, die sich mit Zwangsausübung erzielen ließ. Der alte Gewaltbegriff war nahezu²⁴ aufgegeben. Immerhin hatte der BGH bis dahin zumindest daran festgehalten, daß die Zwangswirkung eine körpervermittelte Wirkung zu sein habe.

Wiederum in einer neuralgischen Situation weitete der BGH den Gewaltbegriff zusätzlich aus. Während der Protestbewegung der 60er Jahre war die Rechtsprechung mit Demonstrationen konfrontiert, die Straßen, Eingänge, Zufahrten, usw. blockierten. Der BGH verurteilte damals Studenten, die sich vor eine Straßenbahn gesetzt hatten, um gegen Fahrpreiserhöhungen zu protestieren, wegen gewaltsamer Nötigung. In dieser Leitentscheidung genügte es dem BGH für die Feststellung von Gewalt, daß die Studenten bei dem Straßenbahnführer »einen psychisch determinierten Prozeß in Lauf« gesetzt hatten, der diesen zu der Einsicht geführt hatte, daß er halten mußte. Dies sei intensiver Zwang und daher Gewalt.²⁵ In der Rechtsprechung auch der unteren Gerichte hat sich dieser Gewaltbegriff inzwischen allgemein durchgesetzt.

²² Vgl. BGHSt 1, 145 (146 f.), wo der BGH auch die heimliche Beibringung von Betäubungsmitteln als Gewalt ansah; anders RGSt 64, 113 (118); auch RGSt 56, 87 (88 ff.); 58, 98 f.

²³ BGHSt 8, 102 ff. Zur Kritik s. Abendroth, Die Anwendung der §§ 80 ff. StGB den Streik in der Bundesrepublik, in: ders., Arbeiterklasse, Staat und Verfassung, 1975, S. 100 ff. Ausführlich zu dieser Rechtsprechung: v. Brünneck, Politische Justiz gegen Kommunisten 1949–1968, 1978, S. 95 f.

²⁴ Der BGH hielt zunächst noch daran fest, daß die Handlung als »körperlicher Zwang« empfunden werden müsse, das Opfer z. B. »nervös und unsicher« (BGHSt 19, 263 ff.) gemacht werden, das Nervensystem als Körperelement angesprochen werden müsse. Schon diese legitimatorischen Hilfsformen sind als »Entwertung von Definitionen zu leeren Hülsen« (Müller-Dietz, Zur Entwicklung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs, GA 1974, S. 33 ff. (50)) bezeichnet worden, die auf einer »grotesken Amateurphysiologie« (Jakobs, Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt, Peters-Festschrift, 1974, S. 69 ff. (77)) beruhen.

²⁵ BGHSt 23, 46.

Der Begriff der Gewalt ist mit dieser Rechtsprechung gänzlich in dem der Zwangswirkung (Nötigung) aufgegangen. Daß auch lautes Geschrei und Lärm eine strafbare Zwangswirkung entfaltet, stellte der BGH im Jahre 1981 fest, als er die Verurteilung von Studenten wegen Gewaltnötigung bestätigte, die in Vorlesungen Dozenten übertönt und diese, weil weiteres Reden erfolglos war, zum Abbrechen der Vorlesungen veranlaßt hatten. Gewalt wendet demnach jeder an, der mit averbalen Mitteln einen Handlungserfolg eines anderen vereitelt.¹⁶

Die Rechtsprechung begründet diese radikale Ausweitung des Gewaltbegriffs, der insbesondere bei Störungen im Straßenverkehr einen breiten Anwendungsraum gefunden hat,¹⁷ in der Regel nicht. Gegenüber dem juristischen Publikum begnügt sie sich mit ungenauen Bezügen auf Präjudizien.

Um angesichts der uferlosen Eingriffskapazität des Gewaltbegriffs überhaupt zu einer Abgrenzung rechtswidriger von rechtmäßiger Zwangswirkung zu kommen, wendet sie je nach Bedarf die Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB an. Diese Generalklausel läßt jedoch nur eine kasuistische Relativierung des Begriffs rechtswidriger Gewalt zu, worauf noch einzugehen sein wird. Der Begriff strafbarer Gewalt hat sich in der Rechtsprechung dem Begriff der Störung der (polizeilichen) öffentlichen Sicherheit und Ordnung genähert.

6. Gewaltbegriff und vorrechtliche Dezision

Wenn jedes averbale soziale Handeln, soweit es nur das Handeln anderer erfolglos macht, Gewalt im Sinne des Strafgesetzbuchs ist, dann erweitert sich nicht nur die soziale Zugriffskapazität der Strafnorm. Für die Rechtsprechung wird vor allem ihre Begrenzung auf solches Handeln zum Problem, das sich nicht funktional in die Verhaltensmaximen der durch Zwang und Willensbeeinflussung in ihrem inneren Gefüge zusammengehaltenen bürgerlichen Gesellschaft einordnet. Ökonomische Zwänge müssen von außerökonomischen strafrechtlich unterscheidbar sein. Nicht jede averbale Erfolgsvereitelung kann strafbare Gewalt sein. Wenn ein Kaufmann seine Waren ästhetisch besonders attraktiv macht, derart averbal seinem Konkurrenten die Kunden weglockt und ihn zur Geschäftseinschränkung veranlaßt, so kann das als Gewalt bewertet, aber wohl nicht bestraft werden (das UWG ist in diesem Bereich einschlägig). Allerdings sind innerhalb des derart ausgeweiteten Gewaltbegriffs die notwendigen Kriterien der Unterscheidung von systemkonformem (straflosem) und systemgefährdendem (strafbarem) Handeln nicht mehr rechtsförmig bestimmbar. Die Rechtsprechung stützt sich auf zwei problematische Verfahren, um die Abgrenzungsleistung, die das Körperlichkeitskriterium des liberalen Gewaltbegriffs leistete, trotz der Aufgabe eines eigenständigen Handlungselementes »Gewalt« zu Wege zu bringen.

Das erste Abgrenzungsverfahren ist kaum mehr als Verfahren zu bezeichnen. Auf der Ebene des Tatbestands (Nötigung durch Gewalt) wird (intuitiv) entschieden, ob eine Handlung schon oder noch nicht solche Zwangswirkung besitzt, daß sie als Gewalt pönalisiert werden müßte. Der BGH hat zu dieser Abgrenzungskonzeption ausgeführt: »Entscheidend ist hierbei, welches Gewicht der von ihnen (den Teilnehmern des sit-ins) ausgeübten psychischen Einwirkung zukam. Ob das Anbinden eines Hundes auf den Gleisen, um ein Beispiel der Verteidigung aufzugreifen, aus-

¹⁶ BGH NJW 1981, 189.

¹⁷ Vgl. dazu unten Abschnitt 7.

reichen würde, weil hier einem Weiterfahren nur psychische Hemmungen weit geringeren Gewichts entgegenwirken, kann dahinstehen.²⁸ Solche Dezsionen, die auf das Gewicht einer Zwangsmotivation abstellen, sind aus dem Gesetz nicht mehr begründbar. Es ist eine bloße Setzung, wenn die Blockade einer Straßenbahn oder eines NATO-Transporters Gewalt sein, das Einsperren eines Lehmädchens im Auto durch den Ausbilder und Geschäftsherrn, der sie dadurch zum Geschlechtsverkehr zwingen will, diese Qualität aber noch nicht haben soll.²⁹

Das zweite Abgrenzungsverfahren setzt an der Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB an. Mit dem Verwerflichkeitskriterium versucht die Rechtsprechung eine materiale Eingrenzung rechtswidriger Gewalt. Damit kehren die Zwecke, die im liberalen Strafrecht aus dem positiven Recht verbannt worden waren, in die Gerichtsbarkeit zurück. Das Strafgericht hat zu prüfen, ob die Zwecke des zwangsausübenden, erfolgsvereitelnden Handelns im Verhältnis zu den Mitteln vorrechtlichen Kriterien sittlicher Legitimität genügen oder ob sie schon zu verwerfen sind. Weil diese Abgrenzungsverfahren sich allerdings nicht mehr auf einen Fundus in der sozialen Lebenswelt verwurzelter, verbindlicher sittlicher Normen oder aber auf deren natur- oder vernunftrechtliche Konstruktion stützen kann, muß sie auf plausible Normen des Alltags rekurren, die als *opinio omnium* unterstellt werden. Wenn der geprellte Freier von der Prostituierten sein Geld mittels physischer Gewalt zurückholt, entspricht dies nach BGH »dem Rechtsempfinden des Volkes«, ist also legitim.³⁰ Selbst unter dem begrenzten Gesichtspunkt einer Legitimation durch Verfahren erweist sich das von der Verwerflichkeitsklausel ausgehende Abgrenzungsverfahren als unzulänglich. Die Entscheidung über die ethische Dignität alltäglicher Handlungsnormen könnte allenfalls im Wege diskursiver Herstellung von Plausibilität getroffen werden. Ein solcher Diskurs über richtiges Handeln ist aber angesichts der eindeutigen Rollenverteilungen im Gerichtssaal nicht möglich.

7. Gewaltbegriff und allgemeine Handlungsfreiheit

Die Abkehr vom liberalen Gewaltbegriff und die Auflösung des Nötigungstatbestands bis hin zu einem diffusen Erfolgsvereitelungsdelikt hat Konsequenzen für den Zusammenhang zwischen konstitutionellen Freiheitsgarantien und deren sozialen Realisationschancen. Diese Konsequenzen drohen die grundrechtlichen Sicherungen sozialer Freiheitsräume zu verschieben. Der Schutz individuen-, gruppen- und klassenbezogener Freiheitsräume besaß im bürgerlichen deutschen Konstitutionalismus, wie er auch das Grundgesetz der Bundesrepublik bestimmt, zwei Elemente, die sich gegenseitig ergänzen.³¹ Das eine ist der Schutz der bürgerlichen Freiheit vor dem Staat, begründet in den Grundrechten der allgemeinen Handlungsfreiheit, Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit, Koalitionsfreiheit usw. Bestimmte soziale Lebensbereiche der privaten Lebensgestaltung, der Kommunikation oder der wirtschaftlichen Betätigung werden der Ordnungskompetenz staatlicher Gestaltungsmacht entzogen und der individuellen oder sozialen Gestaltungsautonomie belassen.

²⁸ BGHSt 23, 46.

²⁹ So BGH NStZ 1981, 390 = JR 1982, 115.

³⁰ BGHSt 17, 328 (Dirnenlohn).

³¹ Den Aspekt des Schutzes durch den Staat betonte Hobbes »Leviathan«, das antietatistische Element bestimmt die gesamte bürgerliche Verfassungsgeschichte. Vgl. etwa Perels, Über eine emanzipatorische Dimension des Rechts, in: Freiheit und Gleichheit, 1983, Heft 4, S. 55 ff. Vgl. ferner BVerfGE 12, 45 (51).

Das zweite Element ist der Schutz dieser verschiedenen sozialen und individuellen Freiheitsräume *durch* den Staat, der gerade die Rahmenbedingungen dieser Freiheiten garantieren soll gegen solche Verkehrsformen, die die Freiheiten gefährden. Wie zahlreiche grundrechtliche Freiheiten unter den Vorbehalt des ausgestaltenden oder begrenzenden Parlamentsgesetzes gestellt werden, so werden dem Gesetzgeber durch die Grundrechte selber oder durch den Gesetzesvorbehalt beigegebene Schrankenbestimmungen Grenzen gesetzt.

Diese in Verfassungsnormen gefaßte gegenseitige Dependenz des Freiheitsschutzes vor dem Staat und des Freiheitsschutzes durch den Staat steht und fällt aber mit der verfassungsrechtlichen Bindung insbesondere des Strafgesetzes an die Kriterien des Rechtsstaates, wie sie das Grundgesetz insbesondere mit dem Bestimmtheitsgebot, dem Analogieverbot und dem gesteigerten Gesetzesvorbehalt des *nulla-poena*-Satzes vorsieht. Eine staatsautoritäre Transformation der Gesellschaft beginnt dort, wo diese unabdingbare Interdependenz von Freiheitsrechten einerseits und der Bestimmung ihrer Beschränkbarkeit (Schranken-Schranken) aufgelöst wird. Die justizstaatliche Auflösung des Nötigungstatbestands droht – unter Beibehaltung der Ideologie des Freiheitsschutzes durch den Staat – dadurch die demokratischen Freiheitsrechte auszuzehren, daß sie diese Interdependenz verfassungsmäßiger Freiheiten und verfassungsmäßiger Grenzen ihrer Einschränkung durchbricht.

Wie die Interdependenzen von Freiheitsrechten, Schranken und Schranken-Schranken durch die Auflösung von Rechtsbegriffen unterlaufen wird, zeigen schon die Konsequenzen der BGH-Rechtsprechung für die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Freiheitsbereiche; zu ihnen gehört u. a. der allgemeine Straßenverkehr. Nach der Rechtsprechung des BGH nötigt der Fußgänger, der sich in eine Parklücke stellt,³² um sie freizuhalten, und dadurch einen PKW-Fahrer am Einfahren hindert, ebenso mit Gewalt wie der Sportwagenfahrer, der auf der Überholspur der Autobahn eng auffährt und dadurch den vor ihm Fahrenden bedrängt.³³ Wer einen anderen daran hindert, sich willensgemäß fortzubewegen, übt danach Gewalt aus. Das Recht, sich fortzubewegen, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³⁴ – nach der Maxime: Es kann jeder tun und lassen, was er will (Art. 2 Abs. 1, 1. Halbsatz GG) – im Grundsatz umfassend geschützt. Dieser Schutz reicht aber nach dem 2. Halbsatz des Art. 2 Abs. 1 nur soweit, wie die Handlungsfreiheit nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung verstößt. Den Begriff der verfassungsmäßigen Rechtsordnung hat das Bundesverfassungsgericht extensiv ausgelegt.³⁵ Wenn aber, in den Worten des Bundesverfassungsgerichtes, die verfassungsmäßige Ordnung i. S. des Art. 2 Abs. 1 GG die verfassungsmäßige *Rechtsordnung* ist, also »die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind«,³⁶ dann läuft das Recht, sich frei zu bewegen und frei zu handeln, nur dann nicht leer, wenn das das Grundrecht einschränkende (Straf-)Gesetz bestimmten Anforderungen genügt. Das grundrechtsbeschränkende Gesetz muß berechenbar sein, der Eingriff muß meßbar sein, der Tatbestand bestimmt.³⁷ Nach der Auslegung des Nötigungstatbestands durch den BGH, wonach potentiell jede Zwangseinwirkung der Pönalisierung ausgesetzt ist, kann von Rechtssicherheit kaum mehr gesprochen werden. Daß auch die Auslegung eines strafgesetzlichen Tatbestands dem Verdikt verfassungsrechtlicher

32 BGHSt 25, 237 f. = JZ 74, 555.

33 BGHSt 19, 263 ff.

34 BVerfGE 6, 32 ff.; st. Rspr.

35 BVerfGE 6, 32 (36); vgl. v. Münch, GG-Komm., Bd. 1, 2. Aufl., Rdnr. 17 f. zu Art. 2.

36 BVerfGE 6, 32 (38); st. Rspr.; vgl. auch BVerfGE 50, 256 (262); BVerfG NJW 1981, 673 ff.

37 Vgl. Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG-Kommentar, 5. Aufl., Rdnr. 9 zu Art. 2; v. Münch, a. a. O., Rdnr. 32 zu Art. 2; von Bedeutung sind bei Strafrechtsnormen die gesteigerten rechtsstaatlichen Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG.

Unzulässigkeit unterliegen kann, hatte auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Spiegelentscheidung³⁸ anerkannt, als es sich mit der strafrechtlichen Mosaiktheorie und ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit zur Tatbestandsauslegung auseinandersetzen mußte. Nicht nur das Gesetz selber unterliegt den Begrenzungen durch die verfassungsmäßige Kompetenzordnung, die rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitskriterien und das Bestimmtheitsgebot, sondern auch das, was der Richter in möglicherweise unbegrenzter Auslegung aus einem strafrechtlichen Tatbestand macht.³⁹ Die Grundsätze der Begrenztheit, Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit staatlicher Eingriffe in die Handlungsfreiheit gebieten eine strikte Auslegung der Strafgesetze.

Wird die Interdependenz zwischen Freiheitsrechten und der verfassungsrechtlichen Bändigung der staatlichen Eingriffsmacht durchbrochen, so wird das allgemeine Gewaltverhältnis des Bürgers zum Staat umgestaltet. Der Schutz der Freiheit vor dem Staat wird gegenüber jenem durch den Staat zurückgestellt.⁴⁰ Bei der Nötigung werden immer neue und weitere Rechtskreise und Interessensphären in den Sanktionsbereich des staatlichen Freiheitsschutzes aufgenommen. Dazu gehören etwa auch jene, die dem Straßenverkehrsrecht zuzuordnen sind. Diese Rechtskreise werden mit dem § 240 StGB nach Maßgabe der Rechtsprechung durch unberechenbare Sanktionen auf allgemeine Konformitätserwartungen eingestellt. Normen unbestimmten Tatbestands und damit unbestimmter Sanktion waren und sind aber wegen ihrer Überregelung von Lebensbereichen und ihres umfassenden Sanktionspotentials bisher als Disziplinarordnung vor allem eingesetzt in den sog. besonderen Gewaltverhältnissen.⁴¹ In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt die Tendenz, das allgemeine Gewaltverhältnis, wie es sich wesentlich über die Strafgesetze realisiert, dem Rechtsstatus des besonderen Gewaltverhältnisses anzunähern. Das dieses Gewaltverhältnis ausfüllende Strafgesetz, das Gewaltverbot des § 240 StGB als lex generalis des Freiheitsschutzes, ist – aufgelöst in ein allgemeines Erfolgsverteilungsdelikt – ähnlich handhabbar wie die Anstaltsordnung, die einzig den Rechtssatz enthält, es habe Ordnung zu herrschen. Die Interdependenz von Freiheitsschutz und Begrenzung des freiheitsschützenden Staates hinsichtlich der dem Freiheitsschutz adäquaten Maßnahmen ist dann aufgehoben, wenn Freiheit – als abstraktes Rechtsgut gefaßt – in beliebiger sozialer Erscheinungsform staatlich definiert werden kann. Freiheit kann dann zu einer Legitimationsfigur justizieller Ordnungspolitik werden.

Die Maximen straßenverkehrsrechtlicher Sittlichkeit, die die Rechtsprechung zur Nötigung im Straßenverkehr dadurch produziert, daß sie das öffentliche Interesse an der Leichtigkeit und Sicherheit des Verkehrs in der Form eines Schutzes individueller Freiheit privater Entfaltungsinteressen auf dem knappen Gut Straße durchsetzt, sind auf den ersten Blick unproblematisch und wenig spektakulär. Gefährlich wird dieses Konzept der Produktion guter Sitten, wenn es übertragen wird auf grundrechtlich geschützte Lebens- und Handlungsbereiche, die – so das Bundesver-

³⁸ BVerfGE 20, 162 (179 ff.).

³⁹ Häfke ZStW 1972, S. 37 (36 f.).

⁴⁰ Vgl. Negt, Warum die Deutschen keine »Marseillaise« haben, in: Tohidipur (Hg.), Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik, 1976, S. 18 ff. (22 f.); auch: Schiller, Verfassungsgebende und verfassungsschützende Gewalt des Volkes, in: Klönne u. a., Lebendige Verfassung – das Grundgesetz in Perspektive, 1981, S. 190; Preuß, Nachträge zur Theorie des Rechtsstaates, in: Tohidipur (Hg.), Der bürgerliche Rechtsstaat, Bd. 1, 1978, S. 82 ff.

⁴¹ Vgl. Mayer, AöR Bd. 3 (1888), S. 1 (53 f.); zur Struktur besonderer Gewaltverhältnisse Podlech, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse, 1969. Das BVerfG hat die Rechtswirkung der Grundrechte nunmehr jedenfalls dem Grundsatz nach auch auf das besondere Gewaltverhältnis ausgedehnt. Vgl. BVerfGE 33, 1 ff. (Strafvollzug); 41, 259; 47, 79; 45, 400 (Schule).

8. Gewaltbegriff und Demonstrationsfreiheit

Fruchtbar gemacht hat die Rechtsprechung den weiten Gewaltbegriff mit einer spezifischen Ausgestaltung des Demonstrationsrechts. Das in Deutschland erst spät durchgesetzte Recht, sich zu versammeln und zu demonstrieren, ist trotz aller Weiterentwicklung von Kommunikationsmedien für viele das einzige Mittel, sich an der allgemeinen Meinungsbildung zu beteiligen und sich Gehör zu verschaffen.⁴³ Das Grundgesetz begrenzt das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis zu versammeln, mit dem Art. 8 Abs. 1 GG auf die friedliche und unbewaffnete Versammlung und stellt die Versammlung unter freiem Himmel nach Art. 8 Abs. 2 GG unter den Vorbehalt des Parlamentsgesetzes. Der Verfassungsvorbehalt der Friedlichkeit der Versammlung ist auf dem Hintergrund des Versammlungsgesetzes (§ 5 Nr. 3 und § 13 Abs. 1 Nr. 2 Versammlungsgesetz) eng zu fassen.⁴⁴ Erst die *gewalttätige*, d. h. die aktiv gewaltsame Ausübung des Versammlungsrechts kann sich nicht mehr auf den verfassungsrechtlichen Schutz berufen.

Als sich in den sechziger Jahren mit der Wiederentdeckung des lebendigen und dynamischen Demonstrationzugs die Strafgerichte mit Demonstrationaufrufen gegen Erhöhungen der Kosten für den Nahverkehr oder die fortschreitende Konzentration von Medienmacht bei bestimmten Verlegern auseinandersetzen mußten, hatte sich der weite Gewaltbegriff des Nötigungstatbestands bereits durchgesetzt. Das Landgericht Köln nahm in seinem Urteil vom 31. 10. 1968⁴⁵ bei einem Sitzstreik vor einer Straßenbahn eine Nötigung durch Gewalt an, ebenso andere Gerichte in ähnlichen Fällen.⁴⁶ Sie verneinten jedoch im Hinblick auf die Grundrechte die Rechtswidrigkeit bzw. nahmen einen Verbotsirrtum der Demonstranten an. Einen anderen Weg ging der BGH, als er das Urteil des Landgerichts Köln aufhob.⁴⁷ Er stellte zunächst ebenfalls eine Nötigung durch Gewalt fest, weil Willensfreiheit und Entschlußfreiheit des Straßenbahnführers psychisch beeinträchtigt wurden. Sodann erklärte er, bei Nötigung mit Gewalt sei die Rechtswidrigkeit »praktisch indiziell«⁴⁸ gegeben, so daß für die Anwendung der Verwerflichkeitsklausel kein Raum mehr bleibe. Der Demonstrations-Sitzstreik sei durch das verfassungsrechtlich garantierte Demonstrationsrecht gerade deshalb nicht geschützt, weil nur die friedliche Demonstration gewährleistet sei.

Nach der Logik des Bundesgerichtshofs ist das passive Sitzen auf Straßenbahnschienen rechtswidrige Gewalt. Rechtswidrige Gewalt ist unfriedlich. Unfriedliche Versammlungen sind vom Schutz des Versammlungsrechts ausgenommen. Das Verfassungsrecht der Demonstrationsfreiheit steht daher unter dem Vorbehalt des Strafgesetzes. Das Strafgesetz – in der Interpretation des BGH – steht demgegenüber au-

⁴² Vgl. BVerfGE 7, 198 (208); 12, 113 (125).

⁴³ Vgl. Ott, Die Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit, in: Perels (Hg.), Grundrechte als Fundament der Demokratie, 1979, S. 139 ff.; auch Denninger, ZRP 1968, S. 42 ff.

⁴⁴ Vgl. Ott, a. a. O., S. 150 f.; ders., Kommentar zum VersG, 3. Aufl., Rdnr. 8 Einf.; Stein, Staatsrecht, 8. Aufl., S. 127 ff.; Dietel/Ginzler, Kommentar zum VersG, 5. Aufl., Rdnr. 46 zu § 1 mit z. T. a. A.; Hoffmann, JWS 1976, S. 393 ff.

⁴⁵ JZ 1969, 80 ff.

⁴⁶ AG Bremen, JZ 1969, 79 f.; AG Frankfurt, JZ 1969, 200 ff.

⁴⁷ BGHSt 23, 46.

⁴⁸ BGHSt 23, 46 (55).

ßerhalb jeder verfassungsrechtlichen Kritik. Der verfassungsrechtliche Schutz reicht nur so weit, wie nicht Gewalt im Sinne von Erfolgsvereitelung vorliegt.

In Konsequenz dieser Rechtsprechung kann die Demonstrationsfreiheit leerlaufen. Aus dem Gesetzesvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 GG und dem Verfassungsvorbehalt der Friedlichkeitsklausel ist damit ein allgemeiner Gewaltvorbehalt geworden, der nicht mehr nur die gewalttätige, aggressive, sondern schon die hinderliche Demonstration zu einer rechtswidrigen macht, wenn die Hinderlichkeit nur ein gewisses – von der Rechtsprechung festzustellendes – »Gewicht« hat.⁴⁹ Der vom BGH konstruierte strafrechtliche Gewaltbegriff wirkt unmittelbar in den verfassungsrechtlichen Freiheitsschutz ein und zersetzt ihn von innen her über die Friedlichkeitsklausel, die mit dem unspezifischen, enorm erweiterten Gewaltbegriff in eins gesetzt wird.

Der Gewaltvorbehalt, unter den der Bundesgerichtshof die Ausübung des Demonstrationsrechts gestellt hat, stellt damit das entscheidende Transmissionselement für die Verpolizeilichung des Demonstrationsrechtes dar. Wird der Schutzbereich des Art. 8 GG auf die nach Maßgabe des strafrechtlichen Gewaltbegriffs »gewaltlose« Versammlung eingegrenzt, kann gegen alle Demonstrationen, bei denen die Gefahr besteht, daß die Teilnehmer Verkehrs- und andere Behinderungen »von einigem Gewicht« verursachen und dadurch »mit Gewalt« eine Zwangswirkung herbeiführen, auf der Ermächtigungsgrundlage der Sicherheits- und Ordnungsklauseln der Landespolizeigesetze eingeschritten werden. Wieweit dies bereits die Wirklichkeit der Ausübung dieses Freiheitsrechts bestimmt, hat Roman Herzog vor kurzem in einer Stellungnahme zur Frage der Gebührenpflichtigkeit von Demonstranten für Polizeieinsätze deutlich gemacht: »Die staatsbürgerlichen Rechte finden ihre Grenze – Stichwort Friedlichkeit, Stichwort Gesetzesvorbehalt – bei Versammlungen unter freiem Himmel. Und ich komme über den § 240 des Strafgesetzbuchs, über die Nötigung nach der Auslegung des Bundesgerichtshofs nicht hinweg. Hier werden keine staatsbürgerlichen Rechte wahrgenommen.«⁵⁰

9. Gewaltbegriff und universitärer Lehrbetrieb

Im Hinblick auf studentische Proteste und eine Störung der Vorlesung eines Hochschullehrers stellte das Kammergericht 1978⁵¹ fest, der Hochschullehrer sei dadurch mit Gewalt genötigt worden, daß der angeklagte Student seine Kommilitonen zum Absingen eines Schmählieses aufgefordert und beim Opfer durch den Lärm eine als Gewalt zu qualifizierende Zwangswirkung hervorgerufen habe. Die Störung durch »heftiges und lautstarkes Reden im Hörsaal« und durch »das Verlangen einer sachfremden Diskussion« hatte das Kammergericht bereits in früheren Urteilen⁵² als Gewalt qualifiziert und dabei eine starke seelische Erregung und die durch sie bewirkte Beeinflussung auch der körperlichen Voraussetzungen freier Willensentschließung beim Dozenten unterstellt. Verwerflichkeit der Gewalt thematisierte das Gericht nicht und hielt sie damit für indiziert. Mit Urteil vom 30. 11. 1978⁵³ führte es aber aus, daß »Studenten, die keine Teilnehmer eines Seminars sind, sondern es nur aufsuchen, um die Lehrveranstaltung durch unsachliche Fragen und das Verlangen einer

49 Die Versammlungsfreiheit steht damit zur Disposition von Staatsanwaltschaft und Strafgerichtsbarkeit.

50 Spiegel 1982, Heft 52, S. 28 f. Herzog ist Innenminister Baden-Württembergs.

51 Az. (4/13) Ss 121/77 (84/77).

52 Az. (1) Ss 362/75 (24/76); Az. (2) Ss 112/75 (19/75); Az. (3) Ss 333/69 (108/69).

53 Az. (3) Ss 287/78 (120/78) = JR 79, 162 f.

Diskussion gewaltsam zu verhindern«, i. S. des § 240 Abs. 2 StGB verwerflich handeln. Schließlich hat der Bundesgerichtshof 1981⁵⁴ zwar nicht die bloß sprachliche Einwirkung auf den Dozenten für Nötigung mit Gewalt ausreichen lassen, wohl aber den Lärm, der den Dozenten übertönte und zum Abbrechen der Lehrveranstaltung veranlaßte. Dem Urteil des Kammergerichts vom 1. 2. 1978⁵⁵ lag zugrunde, daß der Hochschullehrer eine großzügige Praktizierung der Prüfungsordnung zugunsten der Studenten öffentlich gerügt hatte, dem Urteil des Kammergerichts vom 30. 11. 1978, daß der Dozent streikende und parolensprühende Studenten in seiner Vorlesung mit NS-Terroristen verglichen hatte. Der Kern des Problems dieser Urteile liegt in der Vernachlässigung der den Vorlesungsbetrieb strukturierenden Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG.

Den Schutz der mitgliedschaftlichen Verfassung der Universität leistet die Wissenschaftsfreiheit einerseits als Schutz einer institutionalisierten Wahrheitssuche. Darunter fällt der Schutz der Vorlesungen, Lehrveranstaltungen und sonstigen Diskussionszusammenhänge. Andererseits meint Wissenschaftsfreiheit auch den Schutz des sich wissenschaftlich betätigenden Individuums. Danach ist das Recht des Hochschullehrers, Erkenntnisse frei und ungehindert in den wissenschaftlichen Kommunikationsprozeß einzubringen, ebenso vom Schutz des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG umfaßt wie das Recht der Studenten, sich in Lehrveranstaltungen wissenschaftlich zu äußern und die Diskussion zu verlangen, wenn auch Gegenstand, Methode und Organisation primär durch den Dozenten bestimmt werden. Daß eine demokratische Organisation des Wissenschaftsbetriebs den Studenten nicht mehr auf das Schülerverhältnis der anstaltsförmig organisierten schulischen Sozialisation zurückwerfen darf, hat auch das Bundesverfassungsgericht anerkannt, als es die Studenten »als selbständig mitarbeitende, an den wissenschaftlichen Erörterungen beteiligte Mitglieder der Hochschule«⁵⁶ bezeichnete. Ist der Student nicht mehr bloßes Objekt der Wissensvermittlung,⁵⁷ sondern wissenschaftlich Tätiger, dann findet die Wissenschafts- und Lehrfreiheit des Dozenten jedenfalls dort ihre Grenze, wo der Dozent die Studenten durch den Ausschluß jedweder Diskussion auf einen Objektstatus zu reduzieren sucht.⁵⁸ Diese mitgliedschaftliche Struktur und das Verhältnis der wechselseitigen Rechte von Dozent und Student im Rahmen des Universitätsbetriebs hat der BGH in seinem Urteil nicht thematisiert. Dies wäre nötig gewesen, denn sonst würde die Wissenschaftsfreiheit entgegen Art. 5 Abs. 3 GG unter einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt gestellt. Im übrigen ist bei Konflikten wie dem dargestellten auch die Meinungsfreiheit zu berücksichtigen.⁵⁹

10. Gewaltbegriff und Streikrecht

Der letzte Bereich verfassungsrechtlicher Verbürgungen, der hier unter dem Gesichtspunkt der Bedrohung durch die Rechtsprechung zur Gewaltnötigung thema-

⁵⁴ NSiZ 81, 218. Vgl. Köhler, Vorlesungsstörung als Gewaltnötigung NJW 83, S. 10 ff. m. w. Nachw.

⁵⁵ JR 1979, 162.

⁵⁶ BVerfGE 35, 125; vgl. Hartmann, Die Freiheit des wissenschaftlichen Prozesses, in: Perels (Hg.), a. a. O., S. 123 ff.; Denninger, Das Hochschulrahmengesetz, 1972, S. 82 f.

⁵⁷ BVerfGE 35, 125; vgl. auch Massing, »Gruppenuniversität« und »forschendes Lernen«, in: Tohidipur (Hg.), Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik, 1976, S. 184 (194 ff.).

⁵⁸ Damit ist noch keine Aussage gemacht über die Grenzen des Schutzbereichs des Art. 5 Abs. 3 für Hochschullehrer u. Studenten bzw. deren Befugnisse in der konkreten Situation. Vgl. dazu auch VG Karlsruhe, DVBl. 73, 283 f.

⁵⁹ Zur Bestimmung des Normbereichs der Meinungsfreiheit: Stein, Staatsrecht, a. a. O., S. 107 f.; vgl. auch Hartmann, in: Perels (Hg.), a. a. O., S. 96. Zur Pflicht der Dozenten zur Rücksichtnahme: BVerfGE 35, 128; BVerfG, Urteil v. 7. 10. 80, C. IV. 1; vgl. auch § 3 Abs. 5 HRG.

tisiert werden soll, ist der unter den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG fallende Arbeitskampf. Der Streik als organisierte Arbeitsverweigerung ist eine spezifische und besonders wirkungsvolle Form der nach Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionsbetätigung.⁶⁰ Ansatzpunkt für die Anwendung des Gewaltbegriffs auf den Streik ist für die Rechtsprechung ein Charakteristikum, das der Streik mit der Demonstration gemein hat. Streik ist Selbstorganisation der abhängig Beschäftigten. Er ist zugleich Element gesellschaftlicher Selbstverwaltung. Wie die Demonstration, wie die Unterbrechung einer Universitätsveranstaltung ist auch der Streik ein Einbruch in formal geregelte Handlungsabläufe, der von den Akteuren administrativer Verwaltung als Störung erfahren wird.

Für den überwiegenden Teil des strafrechtlichen Schrifttums⁶¹ und wohl auch bis vor kurzem für den Bundesgerichtshof⁶² ist der Streik zumindest im objektiv-tatbestandlichen Sinne Nötigung mit Gewalt, weil er Zwang auf den Streikgegner bewirkt. Soweit der Streik aber den – im wesentlichen durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts – näher bestimmten Verhaltens- und Organisationsregeln⁶³ (verfassungsrechtlich zulässiges Kampfziel, keine Verletzung der Friedenspflicht, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit usw.) entspricht, soll der Streik nicht verwerflich sein. Die arbeitsrechtliche Rechtmäßigkeit des Streiks bezieht sich aber bei genauer Betrachtung primär auf die formale Organisationsebene des Streiks. Konkrete Streik- und Demonstrationstätigkeit der Arbeitnehmer ist von der Rechtsprechung der Strafgerichte weiter bedroht. Das Detail des Streiks ist die Ebene, auf der die strafrechtliche Repression über die Regelung des § 240 StGB primär ansetzt. Nicht die Gewerkschaft in ihrem bürokratisch-organisatorischen Bestand ist von staatlichen Eingriffen bedroht, sondern der einzelne Streikende setzt sich bei der Durchsetzung allgemeiner Arbeitsenthaltung der Bestrafung aus.

Karl Hermann Ule will als rechtswidrige Gewaltnötigung bewerten, wenn ein Streikender einem Arbeitswilligen »in den Weg tritt, durch herabsetzende Aufschriften auf Transparenten ihn gezielt brandmarkt, (wenn) Streikposten und Streikende sich vor den Betriebstoren zusammenrotten, (wenn) sie Streikpostenketten bilden oder Barrikaden errichten oder (...) Arbeitswillige am Arbeitsplatz zur Einstellung zwingen.«⁶⁴ Als besonders schweren Fall der Nötigung bezeichnet er »die gemeinschaftliche Nötigung durch eine Menschenmenge. Sammeln sich Streikposten und Streikende vor den Betriebseingängen zu einer Menschenmenge in der Weise an, daß der Arbeitswillige sich den Weg erst bahnen müßte, folgt die Aufgabe seines Entschlusses aus der Undurchdringlichkeit des Menschaufbaus.«⁶⁵

Was die Nötigung des Arbeitgebers durch Streikende betrifft, soll darin, »daß die Streikleitung und Streikposten die Fortsetzung der Arbeit durch Arbeitswillige verhindern und sei es auch durch das System der Passierscheine, eine Nötigung auch gegenüber dem Arbeitgeber«⁶⁶ liegen. »Der Arbeitgeber soll durch die totale, gewalt- sam vergrößerte Arbeitseinstellung zum Nachgeben gegenüber der Gewerkschaft

⁶⁰ Vgl. Scholz/Maunz/Düing/Herzog, GG-Kommentar, Rdnr. 309 ff. zu Art. 9 Abs. 3.

⁶¹ Vgl. Schönke/Schröder, StGB-Komm., Rdnr. 26 zu § 240 und die dort ang. Lit.; Dreher, StGB-Komm., Rdnr. 8 zu § 240.

⁶² BGHSt 6, 336 (340); 8, 103; zweifelnd BGH NSZ 1981, 218.

⁶³ Vgl. BAGE 23, 292 (304); 23, 484 (495); zu den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen im Einzelnen Scholz/Maunz/Düing/Herzog, a. a. O., Rdnr. 316 ff. zu Art. 9; Däubler, Das Arbeitsrecht, 1979, S. 126 ff.

⁶⁴ Ule, Streik und Polizei, 2. Aufl., 1974, S. 35. Ähnlich: Niese, Streik und Strafrecht, 1954, S. 17 ff.; Schröder, Streik und Strafrecht, BB 1953, S. 1015; vgl. noch Schönke/Schröder, a. a. O., Rdnr. 26 zu § 240. Ules Schrift ist 1972 entstanden aus einem im Auftrag einiger Arbeitgeberverbände erstatteten Gutachten.

⁶⁵ Ders., a. a. O., S. 36.

⁶⁶ Ders., a. a. O., S. 39.

gezwungen werden (...). Eine Nötigung gegenüber dem Arbeitgeber liegt auch darin, daß Streikposten den An- und Abtransport von Rohstoffen und Waren verhindern und damit die Produktion bzw. den Absatz beeinträchtigen oder lahmlegen.⁶⁷

Die Rechtsprechung und Literatur ist dieser Auffassung weitgehend gefolgt. Der Fluglotse, der gegenüber einem Flugzeug, das zur Landung bereit ist, ein Landeverbot ausspricht,⁶⁸ nötigt danach ebenso mit Gewalt wie der Streikposten, der den Zugang in die Fabrik erschwert.⁶⁹ Demgegenüber geht die Arbeitsgerichtsbarkeit bei einem gewerkschaftlich geführten Streik von der generellen Vermutung der Rechtmäßigkeit aus⁷⁰, die auch für das Streikverhalten des einzelnen Gewerkschaftsmitgliedes gilt.

Unter der – auch von der nahezu geschlossenen Meinung der Verfassungsrechtslehre⁷¹ geteilten – Voraussetzung, daß der verfassungsrechtliche Strafrechtsvorbehalt der nach Art. 9 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 2 GG) auch auf die Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG angewandt werden kann,⁷² kann die Strafbarkeit konkreter Handlungen zur Durchsetzung eines Streiks nach § 240 StGB – wie bereits anhand des Demonstrationsrechts gezeigt – zu einer Verpolizeilichung des Arbeitskampfes eingesetzt werden. Ist z. B. die Behinderung Arbeitswilliger bei der Weiterarbeit durch ein bloßes Abstellen von Maschinen Nötigung mit Gewalt, so ist die öffentliche Sicherheit i. S. der Landespolizeigesetze gestört. Die Polizei wäre sogar verpflichtet, wie Ule meint, einzugreifen.⁷³ Das Strafrecht bildet auch hier die Brücke, die von der Garantie eines Grundrechts zur Garantie einer polizeigesetzlichen Sicherheit und Ordnung führt. Die Ausweitung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs macht diese Brücke breit und leicht begehbar. Vom Grundrechtsschutz bleibt für den einzelnen streikenden Arbeiter nicht nur dann nichts über, wenn – worauf Däubler zu Recht hingewiesen hat⁷⁴ – Streikposten bewußt provoziert werden, um sie zu einem Verhalten zu verleiten, das dann das Eingreifen der Polizei rechtfertigen soll, sondern bereits das normale Streikpostenstehen könnte bei verschärften Arbeitskämpfen für eine Verurteilung wegen Nötigung genügen.

Die Kriminalisierung des Verhaltens von Streikposten, das – ohne körperliche Gewalt – dazu führt, daß Arbeitswillige sich nicht trauen, den bestreikten Betrieb zu betreten, und ein Einsatz der Polizei zum Schutze des Arbeitswilligen hätte eine fragwürdige Konsequenz. Das nach Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Recht des Arbeitswilligen, seinen Arbeitsvertrag ungestört zu erfüllen, würde das nach Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Streikrecht, das einer wirksamen Durchsetzung bedarf, verdrängen. Auch eine Anwendung des § 240 StGB auf unter den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG fallende Streikmaßnahmen hätte deshalb den strafrechtlichen Gewaltbegriff zunächst im Lichte der Arbeitskampffreiheit selber auszulegen, damit diese Freiheit nicht einem uferlosen Schutz anderer Interessen zum Opfer fällt. Die herrschende Meinung in der Strafrechtslehre will diese Interdependenz von grundrechtlicher

67 Ders., a. a. O., S. 39; krit. dazu Däubler, Das Arbeitsrecht, a. a. O., S. 168 f.

68 Vgl. Krey, JuS 1974, 422; Dreher, a. a. O., Rdnr. 4 zu § 240.

69 BayOLG NJW 1955, S. 1806.

70 Vgl. zusammenfassend Aufahrt, RdA 1977, S. 129 ff. (134 f.).

71 Scholz/Maunz/Dürig/Herzog, a. a. O., Rdnr. 337 zu Art. 9 mwN; vgl. aber Dammann, Tarifvertrag und Arbeitskampf, 1977, S. 142; Schmidt, NJW 1965, S. 424 (426 f.); Däubler, Strafbarkeit von Arbeitskämpfen, in: Baumann-Dähn, Studien zur Wirtschaftskriminalität, 1972, S. 91 ff.

72 Vgl. auch BVerfG NJW 1979, 709. Danach ist Art. 9 Abs. 3 GG ein »weiches« Grundrecht, das außerhalb seines harten Kernbereichs vielfältigen, auch Schranken errichtenden gesetzlichen Regelungen offensteht.

73 Ule, a. a. O., S. 115.

74 Däubler, Das Arbeitsrecht, a. a. O., S. 169.

Verbürgung und der Ausgestaltung ihrer strafrechtlichen Begrenzungen nicht anerkennen. Für sie endet der Grundrechtsschutzbereich immer schon dort, wo der Normbereich des § 240 StGB oder anderer Strafgesetze beginnt.⁷⁵ Der Normbereich des § 240 StGB ist aber uferlos geworden. Der verfassungsrechtliche Freiheitsschutz wird durch einfaches Strafgesetz suspendierbar.

11. Gewaltbegriff und Freiheit als Rechtsgut

Die Ausweitung des Gewaltbegriffs in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Nötigungstatbestand ist konsequent im Rahmen eines Konzepts des Freiheitsschutzes, bei dem der Gewaltvorwurf dazu dient, der Individualfreiheit die Dignität eines öffentlichen Interesses zu verleihen und es so strafrechtlich durchsetzbar zu machen. In der Tat hat die Strafrechtslehre die Regelung des § 240 StGB als *lex generalis* des Freiheitsschutzes bezeichnet.⁷⁶

Das Rechtsgut Freiheit, ein Interesse, das wegen seiner besonderen Bedeutung als Sozialwert anerkannt wird, wird dabei als unabhängig vom gesellschaftlichen Zusammenhang, als ein Attribut eines isolierten Individuums vorgestellt.⁷⁷ Auch die moderne liberale Strafrechtslehre empfiehlt teilweise das Konzept des Rechtsgüterschutzes als liberalen Ansatz: Übergreifenden staatlichen, justiziellen Reglementierungen werde der theoretische Grund entzogen, wenn das Strafrecht auf den Schutz subjektiver Interessen bezogen werde.⁷⁸ Wird Freiheit als Rechtsgut gefaßt, dann erscheint die Pönalisierung nahezu jeder erfolgsverleitenden Zwangswirkung durch die Strafrechtspflege nicht mehr als Repression, sondern als staatliche Leistung. Der Eingriff der Polizei, um Freiheit wieder herzustellen, wenn sie z. B. dem Arbeitswilligen dazu verhilft, ungestört in die bestreikte Fabrik zu gelangen, wenn sie dem Straßenbahnfahrer hilft, ungestört durch Demonstranten weiterzufahren, erscheint dann als Leistungsverwaltung.

Die Konzeptualisierung der Freiheit als Rechtsgut ist zunächst methodologisch fragwürdig. Es gibt kein identisches Rechtsgut »Freiheit«, das umfassend durch Strafrecht zu schützen wäre. Freiheit existiert in verschiedenen sozialen Zusammenhängen. Freiheit ist nicht mehr vorstellbar als ontologisches So-sein oder als Attribut eines vorräumlichen, vorzeitlichen und vorsozialen Individuums. Der Freiheitsbegriff der Rechtsgutlehre ist deshalb inhaltslos. Dieser Freiheitsbegriff ist auch gefährlich. Abstrakte Rechtsgüter können den Sanktions- und Repressionsbereich des Strafrechts ausdehnen über das im Normtext Erfaßte hinaus.⁷⁹ Bei § 242 StGB (Diebstahl) etwa könnte das Rechtsgut »Eigentum« dazu legitimieren, alle erheblichen Eigentumsbeeinträchtigungen zu pönalisieren, ungeachtet ihrer spezifischen Form, ungeachtet der nach dem Tatbestand vorausgesetzten Wegnahmehandlung. Dementsprechend wird auch bei der Nötigung die Gewalt kaum noch als spezifische Handlung bestimmt, sondern tendenziell in eins gesetzt mit dem Erfolg: Freiheitsbeeinträchtigung. Der rechtsgutmäßige Bezug auf eine vor-positive Freiheit kann in praxi

75 Vgl. Schroder, a. a. O.; Dreher (Anm. 61).

76 Vgl. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, S. 328; Maurach/Schroeder, *Deutsches Strafrecht*, Besond. Teil, 6. Aufl., 1977, S. 133; Rosenfeld, *Vergehen und Verbrechen wider die persönliche Freiheit*, in: *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, Besond. Teil, Bd. 5, S. 385 ff.

77 Vgl. dazu Keller, a. a. O., S. 71.

78 Z. B. Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, 1957.

79 Schünemann, *Unterlassungsdelikte*, 1971, S. 365; ders., *Festschr. f. Bockelmann*, S. 131; Ebert, *JA* 1979, 278 f.; Giehrling, (Anm. 3), S. 522; Keller, (Anm. 3), S. 152 ff.

nicht als Begrenzung strafgesetzlicher Eingriffskompetenzen dienen, sondern als Legitimation für staatliche Ordnungspolitik.

U. K. Preuß hat eine solche Metamorphose des Rechtsgüterschutzes auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausgemacht. Die Übernahme der Durchsetzungsbedingungen privater Interessen unter dem Signum des Freiheitsschutzes durch den Staat bezeichnet danach »eine Verschiebung der Legitimitätsgrundlagen politischer Herrschaft, die entgegen dem ersten Anschein keineswegs mit einer Begrenzung staatlicher Gewalt, sondern mit deren Ausweitung verbunden ist (. . .).«⁸⁰ Der legitimierende Grund der Staatstätigkeit, d. h. einer spezifischen Anwendung des strafgesetzlichen Nötigungstatbestandes, die die Freiheit der Bürger in potentiell allen Lebenslagen zum Gegenstand aktiven Rechtsgüterschutzes macht, verleiht der Strafjustiz eine ordnungspolitische Gestaltungskompetenz. Der Rechtsanwendungsprozeß wird politisiert, der politische Prozeß rechtlich überlagert. Aktiver Freiheitsschutz durch den Staat in der Weise, daß jedes gesellschaftliche Interesse sich zunächst vor dem staatlichen Richterstuhl als nicht-verwerflich ausweisen muß, »setzt gleichsam eine Rhetorik guter Absichten und Zwecke frei, die gar nicht mehr verhüllt, daß nun alle individuellen und kollektiven Lebenstätigkeiten zur staatlichen Disposition stehen und dem Zugriff seiner spezifischen Ordnungsmittel – insbesondere dem Zwang – offenstehen (. . .).«⁸¹ Grundrechtlich geschützte und damit der Disposition staatlicher Macht entzogene Freiheit wird, wenn die staatliche Justiz auf der Grundlage unbeschränkt auslegbarer Tatbestände »Freiheiten« zu produzieren begonnen hat, von einer der Selbstbestimmung von Grundrechtsinhabern anheimgegebenen Freiheit in ein staatlich zu verteilendes Gut transformiert.

12. Gewaltbegriff und Lebenswelt

Offensichtlich ist es nicht möglich, den Gewaltbegriff, so wie die Rechtsprechung ihn ausgeweitet hat, strikt anzuwenden. Technisch und politisch ist es unmöglich, alle averbalen Erfolgsvereitelungen zu pönalisieren. Zu fragen bleibt, ob der Gewaltbegriff eine bestimmbar soziale Selektivität impliziert. Wir können dazu nur Hypothesen entwickeln.

Der klassische Gewaltbegriff, der strafbare und straflose Zwangsausübung nach dem Körperlichkeitskriterium unterschied, orientierte sich damit an klassen- und schichtspezifischen Konfliktformen. Konflikte unter Einsatz der Körperkräfte auszutragen, liegt nach Ergebnissen kriminologischer Forschung in proletarischen, subproletarischen bzw. Unterschichten näher als in Mittel- und Oberschichten.⁸² Der neue, vom Körperlichkeitskriterium gelöste Gewaltbegriff läßt, wenn man sich an seiner ausgeweiteten unspezifischen Fassung orientiert, keine klassenspezifisch selektive Wirkung erwarten. Allerdings können die praktischen Wirkungen nicht allein aus der juristischen Formulierung erschlossen werden.⁸³ Im Bereich dessen, was z. Zt. praktisch durch die Erweiterung des Gewaltbegriffs pönalisiert wird, kann man zwei Konfliktkonstellationen unterscheiden: die aus sozialer Ohnmacht (a) und die durch soziale Gegenmacht (b) entstehenden.

⁸⁰ Preuß, Die Internalisierung des Subjekts, 1979, S. 177.

⁸¹ Ebd.

⁸² Lautmann/Thoss, Gewalt in der Gesellschaft und strafbare Gewalt, KrimJ 1976, S. 126 f.

⁸³ Stellt man allein auf die Formulierung ab, so scheint der neue Gewaltbegriff bemerkenswerte gesellschaftliche Entwicklungen einzuleiten: Wenn wirklich generell intensive Zwangsausübung pönalisiert wurde – darauf zielt die Formulierung –, so entsteht ein Zustand zwangloser Kommunikation mit staatlichem Zwangsmonopol oder ein Ameisenstaat.

a) Für den ersten Bereich stehen zunächst die Nötigungen im Straßenverkehr. In diesem sind die Möglichkeiten verständigungsorientierter Konfliktaustragung weitgehend aufgelöst durch die umfassende Verregelung des Fahrens auf Straßen und durch den Einsatz des Autos selber. Zwar fordert die StVO einige soziale Selbstregulation der Verkehrsteilnehmer. Differenzierte Verständigung ist jedoch kaum möglich, wie W. Kargl⁸⁴ zeigt:

»Im Automobilverkehr findet regelmäßig keine personale Interaktion statt. Der Andere, der selbst durch die Schale Automobil umschlossen wird, kann kaum mehr als Mensch und Individuum wahrgenommen werden. Zwar weiß man, daß der Andere ein Mensch ist, aber in der Perception geht er gewissermaßen in dem Gegenstand Automobil, das ihn birgt, auf. Daher liegt es nahe, (...) nicht von dem Vorverständnis einer Person-Person-Interaktion auszugehen, sondern als Grundparadigma eine *Person-Objekt-Interaktion* anzusetzen. (...) Nehmen wir an, Ego und Alter begegnen sich mit einer jeweiligen Eigengeschwindigkeit von 30 km/h, dann bleibt beiden etwa eine Zeitspanne von 1,5 Sekunden für eine deutliche Wahrnehmung des anderen. Dürfte schon diese Zeit für Perception und funktionale Interaktion zu kurz sein, so verringert die wirkliche Verkehrssituation bei üblich höherer Geschwindigkeit die Möglichkeit der Perception von Alter um ein Beträchtliches, da Ego z. B. nicht nur Alter trifft, sondern eine Vielzahl von weiteren Verkehrsteilnehmern, die quasi zu dem Anderen verschmelzen. (...) Alter ist im Verkehr depersonalisiert, er wird als Quasi-Objekt wahrgenommen. Ego sieht den Volkswagen oder den Mercedes, er sieht Masken (...). Zwischen den Masken kommt es zu Machtkämpfen und »Markenkämpfen« in Form von Überholmanövern, Abschneiden der Vorfahrt und dergl.«

Im Hinblick auf die geringen Verständigungschancen der Verkehrsteilnehmer kann die Rechtsprechung zur Gewaltnötigung verstanden werden als Versuch, dem Straßenverkehr von außen eine Moral aufzusetzen, die die soziale Entmächtigung der Verkehrsteilnehmer kompensiert. Die oft moralisierenden Ausführungen der Gerichte zu dem im Verkehr »Verwerflichen« zeigen dies. Die Moral wird entnommen aus den kommunikativ strukturierten, moralisch noch »intakten« Lebensbereichen, in denen Rücksichtnahme, Distanz, Respekt noch gewahrt sind. Ob dies gelingt, ist fraglich.⁸⁵ Der Richter mag im Einzelfall jeweils formulieren, was »man nicht tut«. Warum auf die Verfehlung solcher Norm eine Kriminalstrafe folgen soll, ist oft schwer nachzuvollziehen. Jedenfalls wird, wie die Entwicklung des Gewaltbegriffs zeigt, die rechtsstaatliche Präzision des Strafrechts aufgelöst, wenn es dazu verwendet wird, Moralpflichten zu begründen.

Die im Straßenverkehr erkennbare soziale Entmächtigung der Individuen ist möglicherweise nur Element einer allgemeinen Entwicklung. W.-D. Narr u. a. verweisen auf gesellschaftliche Tendenzen, die zur Vereinzelung, zur sozialen Entmächtigung der Individuen führen.⁸⁶ Das Vordringen der Medien kann eigenständige Kommunikation der Individuen ersetzen und zur Ersatzwirklichkeit werden. Auch die Ausgliederung der Individuen aus dem Bereich produktiver Tätigkeit, die Auflösung sozialer Bindungen können die Vereinzelung fördern. Die Vereinzelten werden »halt- und orientierungslos«; ihre Fähigkeit, Spannungen, uneindeutige Situationen zu ertragen, schwindet. Wenn infolgedessen Störungen geregelter Handlungsabläufe zunehmen, könnte neben anderen staatlichen Instanzen das Strafrecht, von präzisen Bindungen gelöst, eingesetzt werden, um Disziplin und eine Ersatzmoral herzustellen. Den strafrechtlichen Sanktionen wird schon seit einiger Zeit diese Aufgabe zugesprochen: Sie sollen die Einzelnen (re-)sozialisieren.

b) Die Erweiterung des Gewaltbegriffs wird auch praktisch, wo soziale Gegenmacht entfaltet wird: Streik, Demonstration, Protest. Diese Handlungsformen ent-

⁸⁴ Kritik des Schuldprinzips, 1982, S. 384 f.

⁸⁵ Kargl, a. a. O., S. 387.

⁸⁶ Zum folgenden: Narr, Hin zu einer Gesellschaft bedingter Reflexe. In: Habermas (Hg.), Stichworte zur »Geistigen Situation der Zeit«, Bd. 2, 1979, S. 498 ff.

stehen oft aus Spontaneität, Selbstorganisation; die Individuen durchbrechen die Vereinzelung, bilden neue Zusammenhänge. Ihre Handlungsformen stören, rebellieren gegen die Zwänge der geregelten Handlungsabläufe, gegen die Einbindung der Person in rechtlich und ökonomisch gesteuerte, hierarchische Koordinationsmechanismen. Die strafrechtliche Pönalisierung, die, wie gezeigt, die Freiheit verbürgen den Grundrechte gefährdet, kann solche Störungen kleinhalten und die Eigendynamik der Aktionen brechen. Sie kann aber auch zur Eskalation führen.

Wenn Demonstranten sich störend auf die Zufahrtswege einer gefährlichen Anlage setzen, so drücken sie damit nicht nur ihren Protest gegen die Anlage aus. Ihr Mittel, das bloße Sitzen auf der Straße, demonstriert zugleich eine humane Selbstbeschränkung. Sie verzichten darauf, gegen Menschen vorzugehen. Das wird in historischer und politischer Perspektive deutlich, denn es war nicht immer (wie etwa im Fehderecht) und ist nicht überall (wie am sichtbarsten im Krieg) selbstverständlich, daß Menschen bei der Verfolgung ihrer Zwecke auf physische Gewalt verzichten. Die auf der Straße sitzenden Demonstranten unterscheiden demonstrativ zwischen Gewalt und Gewaltlosigkeit und entscheiden sich für letztere. Sie stehen damit in der Tradition vieler sozialer Bewegungen (z. B. Befreiungsbewegung in Indien, Bürgerrechtsbewegung in den USA), die die Humanität ihrer Ziele gerade in solcher Gewaltlosigkeit der Mittel ausdrücken und damit respektiert werden.⁸⁷ Die Strafrechtsprechung respektiert dies nicht. Sie erklärt die demonstrative Selbstbeschränkung, den von den Demonstranten gewählten Unterschied zwischen gewaltsamem Vorgehen gegen Menschen und gewaltlosem Behindern für irrelevant. Auch Letzteres wird nivellierend als Gewalt bezeichnet und bewertet.

Allerdings kommt gegenwärtig dem undifferenzierten Umgang der Justiz mit dem Wort »Gewalt« der Sprachgebrauch einiger Protestbewegungen entgegen. Vom Staat verursachte Unannehmlichkeiten werden dort zuweilen ohne genauere Bestimmung als strukturelle Gewalt bewertet. Auch damit werden – wie in der Rechtsprechung des BGH – wichtige Unterschiede – zwischen physischer, struktureller und verschiedenen Arten struktureller Gewalt – nivelliert.⁸⁸ Zum Ausdruck kommt in dieser Nivellierung u. a. soziale Ohnmacht, die Erfahrung, nur noch Objekt der übermächtigen Verhältnisse, die Gewalt strukturell vermitteln, zu sein. Resignation oder der Einsatz unvermittelter physischer Gewalt liegen nahe.

Wenn nun die Justiz ihrerseits gewaltlose Protestformen als Gewalt kriminalisiert, so kann das das im Umkreis gegenwärtiger sozialer Bewegungen verbreitete Gefühl der Ohnmacht und Angst vor einer übergreifenden Staatsmacht verstärken.⁸⁹ Die Träger sozialer Bewegungen können aber auch gleichgültig werden in der Bewertung ihrer Protestmittel. Die Unterscheidung und Entscheidung zwischen Aggression gegen Menschen und bloßem Behindern wird weniger wichtig, wenn ohnehin beides kriminelle Gewalt ist.

87 Dazu Flechtheim, Gewalt und »Gewaltlosigkeit«. In: Bernsdorf (Hg.), Wörterbuch der Soziologie, 1969, S. 369 ff.

88 Keller, Gewalt in der Gesellschaft und strafbare Gewalt. Anmerkungen zu Lauermann/Thoss, KrimJ 1977, S. 213 ff.; Narr, a. a. O., Leviathan 1980, S. 341 ff.

89 Vgl. Frankenberg, Angst im Rechtsstaat, KJ 1977, S. 353 ff.