

Politisierte Strafrechtsanwendung als Gefahr für den Rechtsstaat

Michael Kubiciel

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kubiciel, Michael. 2024. "Politisierte Strafrechtsanwendung als Gefahr für den Rechtsstaat." In *Klimakrisenrecht*, edited by Philipp Hellwege and Daniel Wolff, 191–215. Tübingen: Mohr Siebeck.
<https://doi.org/10.1628/978-3-16-163886-2>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

CC BY-SA 4.0



Klimakrisenrecht

Herausgegeben von
PHILLIP HELLWEGE
und DANIEL WOLFF

Mohr Siebeck

Klimakrisenrecht

herausgegeben von
Phillip Hellwege und Daniel Wolff

Mohr Siebeck

Phillip Hellwege ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Rechtsgeschichte an der Universität Augsburg.
orcid.org/ 0000-0001-9012-2682

Daniel Wolff ist Inhaber der Juniorprofessur für Öffentliches Recht an der Universität Augsburg.

ISBN 978-3-16- 163885-5 / eISBN 978-3-16- 163886-2
DOI 10.1628/978-3-16- 163886-2

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen [2024]. www.mohrsiebeck.com

© [Phillip Hellwege], [Daniel Wolff] (Hg.); Beiträge: jeweiliger Autor/jeweilige Autorin.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung der jeweiligen Urheber unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von AZ Druck und Datentechnik in Kempten auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Politisierte Strafrechtsanwendung als Gefahr für den Rechtsstaat*

Michael Kubiciel

I.	Anlass und Gegenstand des Beitrages	191
II.	Folgen einer Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams	194
III.	Strafrecht als Kommunikationsstrategie.....	195
	A. Politische und rechtliche Wirkrichtungen zivilen Ungehorsams	195
	B. Politische Polarisierung	197
	C. Die rechtstheoretischen Pole	199
	D. Attraktivität des Strafrechts	201
IV.	Dogmatik unter politischem Druck	203
	A. Strukturierung und Begrenzung des Entscheidungsspielraums	203
	B. Deformation der Notstandsdogmatik	204
	1. Selbstprogrammierung des Gerichts	204
	2. Entkernte Eignungsprüfung.....	205
	3. Entkernte Erforderlichkeits- und Angemessenheitsprüfung	207
	4. Interessenabwägung	208
	5. Bewertung	209
V.	Verteidigung der Dogmatik	210
	A. Reflexion der Grundlagen	210
	B. Richter und Rechtsgehorsam	212
VI.	Und die Strafrechtswissenschaft?	213
VII.	Fazit.....	214

I. Anlass und Gegenstand des Beitrages

Die Protestaktionen der „Letzten Generation“ haben die Debatte um den zivilen Ungehorsam wiederbelebt. Diese verbindet sich mit der schon früher vorgetragenen Forderung, strafatbestandsmäßige Protesthandlungen im Wege einer an politischen Zielen orientierten Strafrechtsanwendung zu rechtfertigen¹ –

* Alle Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 14.4.2024.

¹ So etwa *D. Bayer* et al., Warum es falsch ist, Klimaprotest und Seenotrettung zu kriminalisieren, FAZ v. 29.11.2023; *A. Bohn*, Aktuelle Protestformen der Klima(schutz)bewegung – Eine strafrechtliche Würdigung, HRRS 2023, 225, 227 ff.; *M. Bönte*, Ziviler Ungehorsam im Klimanotstand, HRRS 2021, 164 ff.; *C. Gätsch*, Legitimität und Legalität von zivilem Ungehorsam im Kampf gegen die Klimakrise, KlimR 2023, 141, 144 f.; *R. Schröder*,

nötigenfalls übergesetzlich.² Einzelne Entscheidungen unterer Instanzen sind, damals wie heute, diesen Forderungen nachgekommen.³ Dabei handelt es sich zwar um Einzelfälle, doch werden diese nicht die letzten gewesen sein. Denn seine spezifischen Funktionen machen das Strafrecht zu einem attraktiven Instrument bei der Austragung (gesellschafts-)politischer Deutungskämpfe. Bislang hat sich vor allem die Politik des Strafrechts als Mittel zum *virtue* bzw. *value signalling* bedient. So sind medial skandalisierte Straftaten sowie neue, als strafwürdig erachtete Phänomene sozialschädlichen Verhaltens von den Großen Koalitionen der letzten eineinhalb Jahrzehnte regelmäßig in Vorschläge zur Verschärfung des Strafrechts umgemünzt worden, um in einer Zeit innerer und äußerer Umbrüche Stabilität zu signalisieren.⁴ Die sozialliberal-grüne Koalition führt hingegen Entkriminalisierungsdiskurse als Zeichen des politischen Fortschritts und der Liberalisierung.⁵ Auch gesellschaftliche Gruppen haben die Symbolkraft des Strafrechts entdeckt und immer wieder Strafverfahren als Mittel der strategischen Prozessführung genutzt: Verurteilungen wegen § 219a StGB oder wegen Diebstahls entsorgter Lebensmittel sind in Kauf genommen bzw. gezielt herbeigeführt worden, um öffentlichkeitswirksam die Entkriminalisierung der Werbung für Schwangerschaftsabbrüche und des sogenannten Containers fordern zu können.⁶

Die letztgenannten Fälle protestgegenstandsbezogener Straftaten lassen sich als Form des zivilen Ungehorsams verstehen.⁷ Der Begriff erfasst aber auch und vor allem Handlungen, mit denen die Aufmerksamkeit auf ein politisches Problem gelenkt werden soll, das nicht in der *Strafbarkeit* des Verhaltens der Protestierer besteht. Dementsprechend vielfältig sind die historischen Erschei-

Rechtfertigung von Klimaprotesten: Gibt es einen „strafrechtlichen Klimanotstand“ – und wenn ja, wie viele?, GA 2023, 632 ff.

² Eine übergesetzhliche strafrechtliche Rechtfertigung unmittelbar aus den Grundrechten ableitend R. Dreier, Widerstandsrecht im Rechtsstaat? Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam, in: N. Achterberg et al. (Hrsg.), Festschrift für Hans Ulrich Scupin (1983), 573, 592 ff. Vgl. auch H. Schüler-Springorum, Strafrechtliche Aspekte zivilen Ungehorsams, in: P. Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat (1983, hier zitiert nach 2. Aufl., 2015), 76, 91, der die „übergesetzhliche Pflichtenkollision“ ins Spiel bringt.

³ Siehe die Nachweise bei M. Jahn/F. Wenglarczyk, Organisierte Klimaproteste und Strafverfassungsrecht, JZ 2023, 895, 889. Vergleichbare Urteile stellte Tiedemann bereits im Konfliktjahr 1968 fest, siehe K. Tiedemann, Bemerkungen zur Rechtsprechung in den sog. Demonstrationsprozessen, JZ 1969, 717 mit Fn. 1 und 2.

⁴ Siehe dazu M. Kubiciel, Kriminalpolitik und Strafrechtswissenschaft, JZ 2018, 171, 174 ff.; ders., Das Strafrecht einer fragmentierten Gesellschaft, in: J. Bublitz et al. (Hrsg.), Recht, Philosophie, Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel, Bd. 1 (2022), 529, 533 ff.

⁵ Am Beispiel des § 219a StGB M. Kubiciel, Aufhebung des § 219a StGB und Kassation von Strafurteilen: Eine verfassungsrechtliche Analyse, JZ 2022, 934 ff.

⁶ Siehe zum Containers (die Prozessgeschichte) der Entscheidung BVerfG, Beschl. der 3. Kammer des Zweiten Senats v. 5.8.2020 – 2 BvR 1985/19, Rn. 2.

⁷ Auf den „weiten Phänomenbereich“ des Begriffs verweist zutreffend Schröder (Fn. 1), 632.

nungsformen des zivilen Ungehorsams in Deutschland, die von Demonstrationen gegen Atomkraftwerke und die Nachrüstung über das sogenannte Kirchenasyl bis zum Phänomen der „Wutbürger“ (Stuttgart 21, Pandemiemaßnahmen) und Bewegungen wie „Occupy Wallstreet“ reichen.⁸ Auch in dieser Fallgestaltung speist sich der Nutzen des zivilen Ungehorsams als kommunikative Strategie aus dem Symbolwert des Strafrechts. Gerade weil der Protest öffentlich Regeln überschreitet, deren Geltung strafrechtlich garantiert wird, die Protestierer also für ihr Anliegen hinnehmen, bestraft zu werden, finden die Aktionen Aufmerksamkeit.⁹

Die Instrumentalisierung des Strafrechts zur Erreichung politischer Ziele begründet die Gefahr, dass die Strafrechtsanwendung als primär politischer Vorgang begriffen wird. So werden die einen erwarten, dass die Strafjustiz öffentlich begangenen, politisch motivierten Straftaten entschieden entgegentritt, während andere verlangen, den als moralisch achtenswert empfundenen Zielen mit einer Rechtfertigung der Straftat Rechnung zu tragen. Wenn derartige Kräfte wirken, gerät mit der Auslegung auch die Dogmatik unter Druck, die für eine Rationalisierung durch Dekontextualisierung und Entpolitisierung der Fallentscheidung sorgen soll. Dies gilt zumal dann, wenn nicht periphere politische Probleme verhandelt werden, sondern Großkrisen wie die atomare Nachrüstung oder der Klimawandel mit potenziell apokalyptischen Folgen. Sollte dieser Druck dazu führen, dass dogmatische Strukturen verformt werden oder gar brechen, reichten die Folgen weit über die genannten Ausnahmefälle hinaus. Denn eine von den Besonderheiten der Ausnahmelage veränderte Dogmatik lässt sich systematisch kaum isolieren; sie verändert vielmehr die Anwendungsbedingungen des Rechts in der Alltags- bzw. Normallage. Der Tendenz zu einer aus politischen Motiven in Kauf genommenen Deformation der Dogmatik soll hier entgegengetreten werden. Es ist eine wesentliche Leistung der Strafrechtsdogmatik (deutscher Provenienz), eine unvermittelte Übertragung politischer und anderer rechtsexterner Ziele ins Strafrecht zu verhindern und damit die freiheitssichernde Funktion des Strafrechts zu sichern. Letzterem (und nicht kontingenten politischen Zielen) sollten sich Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft weiterhin verpflichtet fühlen.

⁸ Ähnliche Unterscheidung bei *H. Radtke*, Überlegungen zum Verhältnis von „zivilem Ungehorsam“ zur „Gewissenstat“, GA 2000, 19 f. Beispiele für zivilen Ungehorsam in der Bundesrepublik bei *M.-E. Geis*, Ziviler Ungehorsam, in: E. Hilgendorf/J. Joerden (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie (2. Aufl., 2021), 534, 535.

⁹ Statt vieler *Geis* (Fn. 8), 537.

II. Folgen einer Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams

Auf dem Höhepunkt der Nachrüstungsdebatte, die nicht nur im Deutschen Bundestag, sondern auch auf Straßen und vor Kasernen ausgetragen wurde, stellte der damalige SPD-Bundesgeschäftsführer *Peter Glotz* die Frage, ob der Versuch zur Legalisierung des zivilen Ungehorsams richtig sei. Sollte man Demonstranten nicht zumuten, die Strafe für Akte zivilen Ungehorsams auf sich zu nehmen, „statt sie güterabwägend wegzuzargumentieren“?¹⁰ *Glotz* gab zu bedenken, dass mit der Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams ein „Podium für künftige rechte Protestbewegungen“ gezimmert werde, und verwies auf die Gefahr für den öffentlichen Frieden: „Je mehr Gesetzesübertretungen ich legalisiere, desto größer werden die Gesetzesüberschreitungen der hart dissertierenden Mehrheit werden.“ Damit brachte *Glotz* zwei Kernprobleme des zivilen Ungehorsams auf den Punkt, deren Aktualität heute größer ist denn je, da auch Rechtsradikale, Reichsbürger oder sogenannte Querdenker die demonstrative Rechtsverletzung als Mittel der politischen Kommunikation einsetzen und nicht wenige Verkehrsteilnehmer bereits hart gegen die Blockaden der „Letzten Generation“ dissertiert und Demonstranten mit Gewalt von der Straße entfernt haben.

Zu den beiden von *Glotz* benannten Problemen gesellt sich noch ein drittes. Wer Protestaktionen durch einen dogmatisch unvermittelbaren Rückgriff auf politische Ziele rechtfertigt, ebnet den Weg für eine Politisierung der Strafrechtsanwendung, die sich nicht durch die Exzeptionalität des Klimaschutzes oder die (nur behauptete) Verfassungswidrigkeit des geltenden Klimarechtes relativieren lässt.¹¹ Tatsächlich tritt der Versuch der Legalisierung des zivilen Ungehorsams heute nicht mehr nur als Gedankenspiel in Zeitschriften oder auf Konferenzen auf, sondern mit dem Anspruch auf rechtliche Geltung, wie das umstrittene Urteil des Amtsgerichts Flensburg zur Rechtfertigung der Besetzung eines zur Abholzung vorgesehenen Baumes sowie vergleichbare Urteile zeigen.¹² Dass derartige Entscheidungen weiterhin von Rechtsmittelinstanzen korrigiert werden,¹³ ist aber keineswegs ausgemacht. Vielmehr erfreut sich der Gedanke, beim zivilen Ungehorsam handle es sich nur um ein „Prima-Facie-

¹⁰ Dazu und zum Folgenden *P. Glotz*, Nachwort, in: ders. (Fn. 2), 147, 148 f.

¹¹ Siehe aber *A. Dießner*, *Fiat iustitia ... – heißt es ‚et‘ oder ‚aut‘ pereat mundus? Überlegungen zur Rechtswidrigkeit der Klimaproteste*, StV 2023, 547, 557 f.

¹² AG Flensburg, JR 2023, 136 ff., m.krit.Anm. *F. Zieschang*; dazu auch *A. Engländer*, *Der entgrenzte Notstand – zur Anwendung des § 34 StGB bei sogenannten Klimaprotesten*, JZ 2023, 255 ff.

¹³ Siehe die Aufhebung des Urteils des Amtsgerichts Flensburg durch das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht, Urt. v. 9.8.2023 – 1 ORs 4 Ss 7/23 – juris.

Unrecht“, das sich als gerechtfertigt erweisen könne,¹⁴ anhaltender Beliebtheit. Je häufiger und deutlicher sich aber der Wille zu einer – unter Rückgriff auf Verfassungsziele begründeten – materiellen Strafrechtsanwendung artikuliert, desto mehr wird der Glaube an die Funktion, Rationalität und Überzeugungskraft scheinbar formaler strafrechtsdogmatischer Strukturen unterminiert. Und umso notwendiger ist eine Verteidigung des Strafrechts und seiner Dogmatik vor der Verwendung als Mittel politischer Kommunikation.

III. Strafrecht als Kommunikationsstrategie

A. Politische und rechtliche Wirkrichtungen zivilen Ungehorsams

Ziviler Ungehorsam meint das von einer „Richtigkeitsüberzeugung getragene Protesthandeln gegen Gesetze, Institutionen, Unternehmen oder staatliche Maßnahmen, das (zumindest potenziell) illegal ist.“¹⁵ Während die tonangebenden Figuren in den 1980er Jahren darauf Wert legten, dass nur gewaltlose Regelverletzungen Akte des zivilen Ungehorsams seien,¹⁶ wird dies heute (teils offen) in Frage gestellt.¹⁷ Unter Hinweis auf das „nicht-egoistische, prinzipienbasierte“ Verhalten der Protestierer bzw. einen „glaubwürdigen Bezug der Aktivisten zum Allgemeinwohl“¹⁸ soll der zivile Ungehorsam gleichwohl von „klassischen Straftaten“ unterschieden werden¹⁹ und zu einer legitimen politischen Aktion aufgewertet werden.²⁰ Dieser wird sodann attestiert, sie könne „die diskursiven Verhältnisse aufbrechen und zu gesellschaftlichen und politischen Veränderungen anstoßen“. So betrachtet, zeichnet sich der zivile Unge-

¹⁴ So F. Saliger, Widerstandsrecht – ein Menschenrecht. Überlegungen zu Recht und Moral, in: D. Charalambis et al. (Hrsg.), Festschrift für Johannes Strangas zum 70. Geburtstag (2017), 267, 279. Ähnlich auch der Aufruf von Bayer et al. (Fn. 1).

¹⁵ So die Definition von S. Akbarian, Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation (2023), 1.

¹⁶ W. Hassemer, Ziviler Ungehorsam – ein Rechtfertigungsgrund?, in: C. Broda (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann (1985), 325, 327 f.; G. Frankenberg, Ziviler Ungehorsam und rechtsstaatliche Demokratie, JZ 1984, 268, 269; U. Karpen, Ziviler Ungehorsam im demokratischen Rechtsstaat, JZ 1984, 250 f.; H. Schüler-Springorum, Strafrechtliche Aspekte zivilen Ungehorsams, in: Glotz (Fn. 2), 60, 79.

¹⁷ Siehe dazu die Nachweise bei Akbarian (Fn. 15), 254 (mit Fn. 363), die selbst das „Paradigma der Gewaltlosigkeit“ nicht infrage stellt, wohl aber das „Legal Framework gerechtfertigter Staatsgewalt und nicht-gerechtfertigter Gewalt durch Aktivist*innen“ funktional-kritisch hinterfragt (239 ff.).

¹⁸ Schröder (Fn. 1), 633, der sich jedoch nicht zu dem Problem verhält, dass „das“ Allgemeinwohl keine empirisch feststellbare Größe ist, sondern – vielfach durch Auflösung von Zielkonflikten – festzulegen ist, ob das in Rede stehende Gebäudeenergie-Gesetz oder Tempolimit dem Allgemeinwohl dient oder nicht.

¹⁹ Akbarian (Fn. 15), 2. So bereits Karpen (Fn. 16), 251.

²⁰ Dazu und zum Folgenden Akbarian (Fn. 15), 2.

horsam dadurch aus, „dass er Visionen einer normativen Zukunft vorstellt und insofern einen Beitrag zur Entwicklung der politischen Gemeinschaft und ihrer Verfassung leistet.“²¹ Dabei soll es jedoch nicht nur um die *Formulierung* solcher Visionen gehen, sondern durchaus auch um deren *Erzwingung*. Falls sich die „Organe der Legislative und Exekutive“ weigerten, das Notwendige zu tun, dürfe der Gesetzgeber – jenseits der „Regeln des demokratischen Diskurses“ – durch zivilen Ungehorsam zum Handeln gedrängt werden.²² Dabei soll zwar am Mehrheitsprinzip festgehalten werden; dies letztlich aber nur formal, d.h. als prozedurale Voraussetzung zur Verabschiedung der von den Aktivisten für notwendig erachteten Gesetze. Verweigert die parlamentarische Mehrheit weiterhin die Einsicht in das Notwendige, soll der Zwang aufrechterhalten werden dürfen, bis sich der Wille der parlamentarischen Mehrheit den Zielen der Aktivisten angepasst hat – eine Pointe, die nicht zufällig an die Konsequenzen des Staatsdenkens *Rousseaus* gemahnt.²³

Ziviler Ungehorsam ist also kein rein kommunikativer Akt in einer politischen Debatte.²⁴ Er will *realen* Einfluss auf Politik und Gesellschaft nehmen – und damit auch auf die Ausgestaltung des Rechts, da die Politik vor allem mit Hilfe der Gesetzgebung gestaltend auf die Gesellschaft einwirkt. So heißt es, der öffentliche Protest solle geltendes Recht in Frage stellen²⁵ und idealiter auf Gesetzesänderungen bzw. die Auslegung des Rechts²⁶ Einfluss nehmen. Dies bezieht sich zunächst und vor allem auf die von den Protestierern adressierten Primärziele, die wie die Klimaschutzpolitik durch eine Veränderung des Wirtschafts-, Planungs- oder Energierechts befördert werden sollen.²⁷ Auf sekundä-

²¹ S. Akbarian, *Gesetz ist Gesetz? Zur Diskreditierung zivilen Ungehorsams*, in: M. Bönnemann (Hrsg.), *Kleben und Haften. Ziviler Ungehorsam in der Klimakrise*, 2023, 53. Siehe bereits J. Velasco Arroyo, *Politische Dissidenz und partizipative Demokratie*, ARSP 84 (1998), 87 ff.

²² Dazu und zum Folgenden Schröder (Fn. 1), 640 f. Dass damit das Mehrheitsprinzip „wenigstens partiell“ aufgehoben werde, meint (zutreffend) Radtke (Fn. 8), 26.

²³ Ausführlich dazu M. Pawlik, *Hegels Kritik an der politischen Philosophie Jean-Jacques Rousseaus*, *Der Staat* 38 (1999), 21, 38, wonach bei Rousseau die als gegeben vorgestellte *volonté général* eine Art „institutionell unvermittelte Tugend“, ein einzelner Wille, sei, den jeder Einzelne zu repräsentieren habe. Dies führt zu einem institutionell ungezügelter Kampf um das, was als Allgemeinwohl zu gelten hat und für alle verbindlich sein soll.

²⁴ Schröder (Fn. 1), 632: politischer Akt, unter Verweis auf J. Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit* (1979), 409.

²⁵ In diese Richtung Jahn/Wenglarczyk (Fn. 3), 888; Dießner (Fn. 11), 557.

²⁶ Vgl. zu dieser Position Akbarian (Fn. 15), 128.

²⁷ Diese Primärziele können jedoch sehr vielgestaltig sein, da der zivile Ungehorsam als eine Art *umbrella concept* zur Durchsetzung unterschiedlichster politischer, ideologischer oder religiöser Ziele verwendet werden kann, zumal politische Freiheitsrechte, auf die sich die Protestierer berufen, unabhängig vom Inhalt des Protestes zugestanden werden, siehe K. Gärditz, *Aus der Mottenkiste politischer Theorie. Ziviler Ungehorsam als Lizenz zur Straftat?*, in: Bönnemann (Fn. 21), 39, 44 f., der anfügt, dass der zivile Ungehorsam ein Begriff von „schillernder Unbestimmtheit“ sei (47).

rer Ebene ist aber auch das Strafrecht betroffen, mit dem die Protestaktionen in Konflikt geraten. Denn die Frage, ob eine Sitzblockade eine strafbare Nötigung darstellt oder eine Baum- oder Grundstücksbesetzung durch § 34 StGB gerechtfertigt werden kann, birgt interpretatorische Unklarheiten, die den Raum für eine materielle, an politischen Zielen orientierte Strafrechtsauslegung schaffen. Wer Verkehrskreuzungen blockiert, kann daher auf die strafrechtliche Rechtfertigung seiner Tat hinwirken, um den Nachweis der Legitimität der Ziele mit Hilfe der Legalisierung seiner Tat zu führen. Philosophen und Rechtstheoretiker haben zwar immer wieder betont, die Bereitschaft, Strafe zu dulden, gehöre zum Wesen des *zivilen* Ungehorsams, weil daran „die grundsätzliche Anerkennung von Staat und Verfassung abgelesen werden“ könne.²⁸ Dessen ungeachtet wurde und wird aber regelmäßig der Versuch unternommen, den zivilen Ungehorsam unter Rechtfertigungstatbestände zu subsumieren und damit zu legalisieren. Dies nicht so sehr, um die Strafe abzuwenden, sondern um die Tat und ihre Motive aufzuwerten. So meinte *Ralf Dreier* im Jahr 1983, der zivile Ungehorsam könne auch als „Kampf ums Recht“ geübt werden, indem versucht wird, die Normverletzung vor Gericht als gerechtfertigt zu erweisen.²⁹

B. Politische Polarisierung

Das Bemühen, mit Hilfe der Legalisierung des zivilen Ungehorsams implizit auch eine Anerkennung der Ziele zu erwirken, korrespondiert mit Versuchen, die Protestierenden und ihre Aktionen symbolisch ins Unrecht zu setzen. So ertönten in der Debatte um die Aktionen der „Letzten Generation“ rasch Rufe, diese als kriminelle Vereinigung „einzustufen“,³⁰ was nicht nur der Markierung eigener politischer Positionen, sondern auch der Diskreditierung des Protests dienen sollte.³¹ Derart deutlich formulierte Forderungen der Politik an die Strafjustiz lassen dogmatische Fragen in den Hintergrund treten. Dabei wäre zu erörtern, ob die von § 129 StGB vorausgesetzte Schwere der Bezugstat bei Taten mit einem Mindeststrafrahmen unterhalb von fünf Jahren zu verneinen ist, solange keine weiteren Anhaltspunkte für ein erhebliches Gefährdungspotenzial der Vereinigung vorliegen. In diesem Zusammenhang könnte ferner zu berücksichtigen sein, dass die hauptsächlich begangenen Verkehrsblockaden –

²⁸ Siehe nur *Geis* (Fn. 8), 536.

²⁹ *R. Dreier*, Widerstand und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, in: Glotz (Fn. 2), 54, 61 f. Ähnlich *Frankenberg* (Fn. 16), 269.

³⁰ Statt vieler *Der Tagesspiegel* v. 28.5.2023, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/politik/eindeutig-eine-kriminelle-vereinigung-dobrindt-prangert-letzte-generation-an-esken-mahnt-zur-besonnenheit-9891155.html>. Kritisch *S. Seel*, Klimaaktivismus mit Sitzblockaden und symbolischen Aktionen – kein Fall von § 129 StGB, *StV* 2023, 784 ff.

³¹ Treffend *H. Heinig*, Heiligt der Zweck die Mittel? Zum Umgang mit zivilem Ungehorsam im demokratischen Rechtsstaat, *NK* 2023, 231, 232, der darin keine juristische Stellungnahme mit rechtlicher Substanz sieht, sondern politische Kommunikation.

selbst dort, wo sie strafbar sind – in den Schutzbereich des Art. 8 GG fallen.³² Dies zeigt: § 129 StGB ist offen für eine ergebnisorientierte Interpretation in die eine wie die andere Richtung.

Besonders intensiv diskutiert wurde in der Öffentlichkeit die Frage, ob Verkehrsteilnehmer, die (festgeklebte) Sitzblockierer von der Fahrbahn reißen, gemäß § 32 Abs. 1 StGB gerechtfertigt handeln.³³ Die mediale Rezeption dieser Thematik lässt sich auch als Versuch begreifen, privaten Widerstand gegen zivilen Ungehorsam der „Letzten Generation“ aufzuwerten, etwa wenn plakativ die „Rechte der ausgebremsten Bürger“³⁴ betont werden. Solche Töne finden auch deshalb einen breiten Resonanzboden, weil die Verkehrsblockaden in zweierlei Hinsicht einer „implizit vorausgesetzten Egalitätserwartung“³⁵ widersprechen. Zum einen hinterlässt es bei vielen Bürgern ein Störgefühl, wenn sich *eine* Gruppe, die sich als Avantgarde versteht, über die für alle geltenden Regeln des Strafrechts hinwegsetzt.³⁶ Zum anderen müssen viele der „Ausgebremsten“ befürchten, von Klimaschutzmaßnahmen ungleich härter betroffen zu werden als die „Sanftgebetteten, (die) sich um das Ende der Welt [...] sorgen“.³⁷ All dies erklärt nicht nur die Vehemenz, mit der einige das Notwehrrecht in Stellung bringen, sondern auch die Zielrichtung. Die Betonung des Notwehrrechts soll nicht allein der Rechtfertigung des konkreten Täters und der Anerkennung seines individuellen Rechts (auf Fortbewegung) dienen. Es soll vor allem auf eine symbolisch besonders wirkmächtige Weise kommuniziert werden, wer „das Recht“ – durchaus in einem umfassenden Sinne – auf seiner Seite hat.

Macht man sich diesen politischen Impetus bewusst, wird klar, weshalb die formalen Voraussetzungen *und* Einschränkungen des Notwehrrechts aus dem Blick geraten können. Der von der Tageszeitung „Die Welt“ hervorgehobene Satz: „Die Aktivisten von der Fahrbahn loszureißen und wegzutragen ist hingegen eindeutig zulässig, auch wenn das wegen des Klebers zu erheblichen Handverletzungen führen sollte“,³⁸ trifft eine verbreitete Intuition, so dass normative Kriterien, die dieser Aussage ihre vermeintlich absolute Geltung neh-

³² Siehe Jahn/Wenglarczyk (Fn. 3), 894; ferner M. Kubiciel, Manövrieren an den Grenzen des § 129 StGB, in: Bönnemann (Fn. 21), 118 ff.

³³ Überblick über die Positionen bei W. Mitsch, Notwehr gegen „Klimakleber“?, JZ 2023, 230 f.

³⁴ So C. van Lijnden, Die Rechte der ausbremsen Bürger, Die Welt v. 18.11.2022, abrufbar unter <https://www.welt.de/politik/deutschland/plus242078995/Klimaaktivisten-Wie-wehren-Die-Notwehr-Regeln-fuer-Autofahrer-gegen-Klima-Kleber.html>.

³⁵ Vgl. dazu S. Mau/T. Lux/L. Westheuser, Triggerpunkte (2023), 248 f., 252.

³⁶ Siehe dazu E. Hoven/F. Rostalski/T. Weigend, Klimaaktivismus: Angriff oder Verteidigung?, Die Zeit v. 15.12.2022, abrufbar unter <https://www.zeit.de/2022/52/klimaaktivismus-autofahrer-letzte-generation-notwehr>.

³⁷ Umfassend zur Klassenspezifität der Klimawandeldiskussionen Mau/Lux/Westheuser (Fn. 35), 205 ff. (Zitat S. 209).

³⁸ Van Lijnden (Fn. 34).

men, unter Rechtfertigungszwang geraten. Dabei ist gerade in den Fällen innerstädtischer Verkehrsblockaden zu berücksichtigen, dass Notwehr ausscheidet, wenn staatliche Hilfe am Ort oder in unmittelbarer Nähe ist; zudem ist gegenüber bagatelartigen Angriffen nicht jede erforderliche Notwehrhandlung geboten. Wer nur einige Minuten bis zur Auflösung der Versammlung bzw. das polizeiliche Einschreiten gegen die Blockade warten muss, wird also im Regelfall nicht so drastisch in seiner Freiheit beschränkt, dass die Hinnahme schwerer Verletzungen durch Notwehrhandlungen als angemessen erschiene.³⁹ Auch hier ist der Umstand in die Prüfung einzubeziehen, dass die Einschränkung der Bewegungsfreiheit durch die Blockierer auch dann in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit als zentrales politisches Grundrecht fällt, wenn die konkrete Tat als rechtswidrig zu bewerten ist.⁴⁰ Und schließlich scheidet die Rechtfertigung durch Notwehr immer dann aus, wenn der Gewaltausübende nicht mit Verteidigungswillen agiert, er beispielsweise aus Frustration handelt, und ihm somit das subjektive Rechtfertigungselement fehlt.

Die Anwendung des § 32 StGB und des § 129 StGB ist daher rechtspraktisch und rechtsdogmatisch deutlich anspruchsvoller als es die Feststellung, das Losreißen von Protestierenden sei „eindeutig zulässig“ und die „Letzte Generation“ eine kriminelle Vereinigung, glauben machen. Ohne Darlegung der rechtsdogmatischen Voraussetzungen, auf denen diese Einschätzungen basieren, transportieren sie eher eine politische Botschaft als eine rechtliche – nicht anders als jene, die gleichsam voraussetzungslos die Rechtfertigung von Straftaten der „Letzten Generation“ und anderer zivilgesellschaftlicher Gruppen verlangen. Sie zeigen, in welchem Ausmaß die Strafrechtsanwendung zum Spielball einer polarisierten gesellschaftlichen Debatte werden kann.

C. Die rechtstheoretischen Pole

Das Vorstehende hat gezeigt, dass der zivile Ungehorsam eine größere Sprengkraft birgt als die Rede vom „kommunikativen Akt“ bzw. von der „Vision einer normativen Zukunft“ insinuiert. Als kommunikative Strategie lädt ein weithin wahrgenommener und diskutierter Protest andere Gruppen dazu ein, sich diese Strategie zum Vorbild zu nehmen. Greift der zivile Ungehorsam in Rechte anderer Bürger ein, beschwört er Gegenreaktionen derjenigen herauf, die mit ihrer Freiheit auch die allgemeine Geltung des Rechts zu verteidigen glauben. Kurzum: Indem der zivile Ungehorsam bei den einen eine gewaltsame

³⁹ A.A. V. Erb, „Klima-Kleber“ im Spiegel des Strafrechts, NStZ 2023, 577, 560.

⁴⁰ So bereits M. Kubiciel, Beide Seiten der Blockade, FAZ v. 16.11.2022, abrufbar unter <https://www.faz.net/einspruch/klimaproteste-beide-seiten-der-blockade-18466091.html>; C. Rückert, Der Wutbürger aus der zweiten Reihe – Überlegungen zur Einschränkung des Notwehrrechts durch die Versammlungsfreiheit, KriPZ 2023, 456, 460; zur Berücksichtigung der Grundrechte von Protestierenden auf Tatbestands- und Rechtfertigungsebene Radtke (Fn. 8), 27 f.

Gegenwehr am Rande des Notwehrrechts provoziert und bei anderen als Kommunikationsform anschlussfähig wird, unterminiert er die Geltung strafrechtlicher Normen in einem Umfang, der deutlich über die Einzeltat hinausweist. Die normative Zukunft, die er heraufbeschwört, leuchtet daher keineswegs hell. *Glötz* – der intellektuelle Politiker mit Sinn für Realitäten – hat den Versuch einer rechtlichen Adelung des zivilen Ungehorsams – der „Verlängerung der Theorie des zivilen Ungehorsams ins positive Recht“⁴¹ – denn auch umgehend zurückgewiesen.⁴²

Pikanterweise rückt *Jürgen Habermas* in dem von *Glötz* herausgegebenen Band dieses Beharren auf Gesetz und Legalität in die Nähe des Handelns eines ehemaligen „NS-Marinerichters, der meinte, daß, was einmal Recht war, auch Recht bleiben müsse.“⁴³ *Habermas* spitzt seine Polemik weiter zu, indem er das Beharren auf die Geltung des Rechts als Ausdruck eines „autoritären Legalismus“⁴⁴ identifiziert. Diesem Legalismus hält er entgegen, dass der demokratische Rechtsstaat in seiner Legalordnung nicht aufgehe. Die „politische Kultur eines entwickelten demokratischen Gemeinwesens“ schließe es aus, „den Regelverletzer als Kriminellen“ zu verfolgen.⁴⁵ Von dort ist es nicht weit bis zu einer Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams im Wege einer Anwendung des geltenden Rechts, die politischen Zielen verpflichtet ist. *Habermas* hat sich dazu zwar nicht (ausdrücklich) bekannt.⁴⁶ Andere stellen aber explizit in Abrede, dass sich die Problematik des zivilen Ungehorsams „rechtspositivistisch“ entscheiden lasse.⁴⁷ Dies wird man so deuten können, dass zumindest innere dogmatische Strukturen, wenn nicht sogar die äußeren Grenzen des Rechts überwunden werden sollen, um ein für richtig erkanntes Ergebnis zu erzielen. Der Gesetzesinterpret soll, anders gewendet, in der „konkreten Fall-

⁴¹ *Hassemer* (Fn. 16), 329.

⁴² *Glötz*, in: ders. (Fn. 2), 7, 12, 14, der zudem davor warnt, „zu schnell aus der Politik ins Gewissen zu retirieren“.

⁴³ *J. Habermas*, Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat, in: *Glötz* (Fn. 2), 29, 51. Gemeint war offenkundig der ehemalige Ministerpräsident von Baden-Württemberg, Hans Filbinger. Von einem autoritären Legalismus spricht auch *Frankenberg* (Fn. 16), 266.

⁴⁴ *Habermas* (Fn. 43), 29, 43 und 51.

⁴⁵ *Habermas* (Fn. 43), 29, 43.

⁴⁶ Indes legt er eine rechtspraktische Privilegierung der Straftat nahe, wenn er den Satz, das „Recht“ auf zivilen Ungehorsam bleibe in der Schwebe zwischen Legalität und Legitimität, mit der Mahnung ergänzt, der Rechtsstaat geriete auf Abwege, wenn er zivilen Ungehorsam wie ein gemeines Verbrechen verfolge, siehe *Habermas* (Fn. 43), 29, 43. Falls das nicht nur ein politisches Bekenntnis ist, sondern einen rechtlichen Inhalt haben soll, kann das nur als Plädoyer für eine Rechtfertigung, Entschuldigung oder einen Strafverzicht bzw. -nachlass verstanden werden.

⁴⁷ Vgl. *Dießner* (Fn. 11), 547, 558. Ferner *Dreier* (Fn. 29), 70 ff.; *Schüler-Springorum* (Fn. 2), 76, 87 ff., auf Grundlage einer kursorisch-selektiven Prüfung des als „rand-offen“ bezeichneten § 34 StGB.

Entscheidung [...] richtiges Recht, Gerechtigkeit“ auch dann schaffen können, wenn sich dieses nicht durch „vorherbestimmte generelle Normierungen“ vermitteln lasse.⁴⁸ Die „Fiktion eines geschlossenen Legalitätssystems“ soll aufgebrochen werden, um die „Legitimität eines wirklich vorhandenen, rechtmäßigen Willens“ hervortreten zu lassen.⁴⁹

Der Legalismus ist folglich der erklärte Gegner derjenigen, die den zivilen Ungehorsam rechtlich aufwerten wollen. Er läuft aber auch der Auffassung jener zuwider, die meinen, dem zivilen Ungehorsam unter Vernachlässigung der Voraussetzungen des Notwehrrechts mit Gewalt entgegenzutreten zu dürfen. Der Gegner ist derselbe, nur die ihm zugeordneten Attribute unterscheiden sich. *Habermas* und seine Anhänger sehen im Beharren auf Einhaltung gesetzlicher Grenzen des zivilen Ungehorsams einen *autoritären* Legalismus am Werk, während diejenigen, die das Recht auf Notwehr gegen Protesthandlungen stark machen, Hinweise auf die Grenzen des § 32 StGB eher als *liberalen* (und vielleicht auch etwas langweiligen) Legalismus erachten dürften. Solchen Versuchen, den Inhalt des Gesetzes und die Form der Auslegung einem an Legitimitätsvorstellungen orientierten Willen unterzuordnen,⁵⁰ ist entgegenzutreten. Der zivile Ungehorsam ist nämlich vor allem deshalb ein „Testfall für den Rechtsstaat“,⁵¹ weil er die Tür zu einer materiell aufgeladenen Strafrechtsinterpretation öffnet, die zwar mit Verweis auf Verfassungsziele oder Rechtsgüter gerechtfertigt wird, hinter der sich aber nichts anderes verbirgt als der politische Wille des Interpreten.⁵² Die Attraktivität des Strafrechts für eine an materiell-politischen Zielen orientierte Auslegung speist sich aus seiner besonderen kommunikativ-symbolischen Wirkung, auf die im Folgenden einzugehen ist.

D. Attraktivität des Strafrechts

Schon während der Proteste gegen die Nachrüstung wurde die Tendenz deutlich, politische Kontroversen „sozusagen durchzukriminalisieren“. ⁵³ Durchkriminalisiert wird, wie wir gesehen haben, auch die Debatte um die Klimaproteste. Das ist kein Zufall, sondern Folge der Besonderheiten des Strafrechts. Kommunikations- bzw. sozialpsychologisch betrachtet zeichnet sich das Strafrecht nämlich durch eine hohe Salienz (Auffälligkeit) und Valenz (Eignung zur

⁴⁸ C. Schmitt, Legalität und Legitimität (8. Aufl., 2012), 9.

⁴⁹ Schmitt (Fn. 48), 10.

⁵⁰ Vgl. dazu die Positionierung von G. Dahm, Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, ZStW 57 (1938), 225, 228, im sogenannten Methodenstreit.

⁵¹ Habermas (Fn. 43), 29.

⁵² Vgl. auch H.H. Kühne/A. Kühne, Rechtfertigung durch Moral, StV 2023, 560, 565: „politischer Anspruch, im Besitz der Wahrheit zu sein“.

⁵³ Schüler-Springorum (Fn. 2), 94.

verdichteten Vermittlung von Werten) aus.⁵⁴ Die Salienz speist sich aus dem Umstand, dass das Strafrecht traditionell zentrale Verhaltensnormen einer Gesellschaft garantiert,⁵⁵ indem es für die Übertretung solcher Normen die Verhängung einer sowohl in tatsächlicher wie symbolischer Hinsicht exzeptionellen Rechtsfolge ermöglicht.⁵⁶ Damit eignet dem Strafrecht die Fähigkeit, normative Aussagen in eine verdichtete, leicht decodierbare und besonders gut wahrnehmbare Form zu bringen.⁵⁷ Es sichert auf diese Weise die normative Identität der Gesellschaft.⁵⁸ Ob eine Handlung strafbar ist oder gerechtfertigt werden kann, ist folglich eine Aussage über das Recht, die sich wegen der Besonderheiten der Rechtsmaterie von anderen rechtlichen Aussagen symbolisch-kommunikativ unterscheidet: Wer strafbar handelt, verletzt eine für das Gemeinwesen und die Bürger zentrale Norm, was durch die Einleitung eines Strafverfahrens und ggfs. durch Strafausspruch und Vollzug der Strafe zum Ausdruck gebracht wird. Wer hingegen für sich reklamieren darf, dass seine Handlung strafrechtlich gerechtfertigt ist, kann darauf verweisen, dass er derart gewichtige Gründe hat, dass das Recht potenziell strafbare Eingriffe in fremde Rechtssphären gestattet.

Damit erklärt sich, weshalb bei der strafrechtlichen Beurteilung von Taten, die politische Ziele verfolgen, versucht wird, die rechtliche Relevanz eben dieser Ziele mitzuverhandeln: nicht nur als Kriterium bei der strafrechtlichen Würdigung der Tat, sondern auch und vor allem zur Aufwertung dieser Ziele. Funktion und Symbolkraft des Strafrechts tragen folglich dazu bei, auch die Strafrechtsanwendung als Instrument im Ringen um politische Deutungsmacht einzusetzen.⁵⁹ Daher überrascht es nicht, dass das Strafrecht in Zeiten gesellschaftlicher Fragmentierung bzw. disruptiver Entwicklungen „verlässlich zur Stelle“⁶⁰ ist. Während Politik und Justiz innenpolitische Signale der Stabilität

⁵⁴ Zur Salienz und Valenz der Kriminalpolitik siehe *G. Wenzelburger/H. Staff*, Im Zweifel für mehr Sicherheit. Law-and-Order-Politik zwischen Terror und Flüchtlingskrise, in: R. Zohlnhöfer/T. Saalfeld (Hrsg.), Zwischen Stillstand, Politikwandel und Krisenmanagement (2019), 549, 552 ff.

⁵⁵ *G. Jakobs*, Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin, in: C. Engel/W. Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007), 103, 106; *ders.*, in: M. Pawlik (Hrsg.), Strafrechtswissenschaftliche Beiträge (2017), 163, 166 ff.

⁵⁶ Umfassend dazu *G. Jakobs*, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts (2012), 18 ff.; *M. Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers (2012), 90 ff.; *M. Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts (2013), 135 ff.

⁵⁷ Treffend *R. Kölbl*, Schwerpunkte der internationalen Kriminalitätsentwicklung, in: E. Hoven/M. Kubiciel (Hrsg.), Zukunftsperspektiven des Strafrechts (2020), 13, 28: „emblematische Leistungsfähigkeit“.

⁵⁸ Siehe *G. Jakobs*, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, ZStW 107 (1995), 843, 844.

⁵⁹ In diese Richtung bereits *Frankenberg* (Fn. 16), 269, demzufolge das Rechtsverfahren „in den Protest einbezogen und politisiert“ wird.

⁶⁰ Treffend *Jahn/Wenglarczyk* (Fn. 3), 886.

auszusenden versuchen, können die Protestierer im Gerichtssaal geltend machen, ihre Ziele seien so gravierend, dass sie sich zur Erreichung dieser Ziele über strafrechtlich garantierte Normen hinwegsetzen dürfen. Ein Rechtsstaat kann die Berechtigung eines Anliegens jedenfalls nicht deutlicher zum Ausdruck bringen als durch die Rechtfertigung von Straftaten, die der Verfolgung eben dieses Anliegens dienen.

IV. Dogmatik unter politischem Druck

A. Strukturierung und Begrenzung des Entscheidungsspielraums

Die Frage, ob Taten gerechtfertigt werden können, die unter Verweis auf individuelle Gewissensnot, moralische Überzeugungen oder politische Ziele begangen werden, führt zurück zum Begriff des Rechts.⁶¹ Dieser ist jedoch anspruchsvoller, als es ein am Gesetzestext haftendes, gesetzespositivistisches Verständnis nahelegt. Zwar ist der Geltungsanspruch des Rechts grundsätzlich unabhängig von der moralischen Dignität seines Inhalts und der Vereinbarkeit der Norm mit individuellen Richtigkeitsüberzeugungen der Adressaten. Jedoch hat das Recht keine von der Wirklichkeit abgelöste Existenz, sondern muss in seinem Vollzug zur Geltung kommen.⁶² Anwendbar ist eine abstrakte Rechtsnorm immer nur auf einen konkreten Fall, was ihre Auslegung und Entfaltung auf diesen Fall erfordert. Diejenigen, die diese fallspezifische Auslegung und Anwendung leisten, sind keine vom Gesetz programmierten Subsumtionsautomaten, sondern Menschen, durch deren „Kopf hindurch“ das Recht zur Wirklichkeit gelangt.⁶³ Infolgedessen fließen die durch familiäre, gesellschaftliche und berufliche Sozialisation geformten Wertüberzeugungen unweigerlich in die Auslegungsarbeit – auch von Richtern – ein.

Dennoch folgt daraus nicht, dass die autoritative Strafrechtsauslegung durch Richter primär ein Willensakt wäre, der maßgeblich von individuellen Vorstellungen des Entscheiders und seinem Blick auf das Ergebnis geleitet wird. Vielmehr schuldet das rechtsanwendende Gericht der Rechtsgemeinschaft eine kunstgerechte – und das heißt in Deutschland: *dogmatische* – Begründung, die den eigenen Entscheidungsspielraum mit Hilfe von Definitionen, Präjudizien und Lehrmeinungen eingrenzt und die Entscheidung mit Hilfe solcher Theorien kurzer und mittlerer Reichweite an den zu interpretierenden Gesetzestext

⁶¹ Vgl. auch L. Eidam, Klimaschutz und ziviler Ungehorsam, JZ 2023, 224, 225; Saliger (Fn. 14), 268.

⁶² C. Waldhoff, Kritik und Lob der Dogmatik, in: G. Kirchhof et al. (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (2012), 17.

⁶³ Treffend J. Braun, Einführung in die Rechtsphilosophie (2. Aufl., 2011), 362 f. Umfassend zur Bedeutung des Vorverständnisses für die Interpretation des Strafrechts M. Pawlik, Normbestätigung und Identitätsbalance (2017), 71 ff.

zurückbindet.⁶⁴ Damit soll die Rechtsanwendung rationalisiert, d.h. auf fallübergreifend gültige Anwendungsregeln gestützt, und eine einigermaßen gleichmäßige Interpretation des Rechts gewährleistet werden. Die Entscheidung wird, anders gewendet, von den Hintergründen und Kontexten des Einzelfalls gelöst und dadurch in zweifacher Weise entpolitisiert. Zum einen kann der Fall von seinen politischen Implikationen getrennt werden, soweit diese nicht vom Recht für relevant erklärt werden. Zum anderen kann die Person des Richters mit ihren jeweiligen Vorverständnissen hinter der Dogmatik zurücktreten und so zum Ausdruck bringen, dass hier Recht gesprochen und keine persönliche Präferenzentscheidung getroffen worden ist.⁶⁵

B. Deformation der Notstandsdogmatik

Auch das (eingangs angesprochene) Urteil des Amtsgerichts Flensburg will kein an gesellschaftspolitischen Zielen ausgerichteter, subjektiver Willensakt sein, sondern sich als eine Entscheidung empfehlen, die auf dem Boden des geltenden Rechts ergangen ist, wie die ausführlichen Literatur- und Rechtsprechungsnachweise verdeutlichen. Indes scheint an zentralen Stellen ein zielgerichteter, dogmatisch nicht „übersetzbarer“ Wille des Interpreten durch. Deutlich wird damit, wie sehr die Dogmatik, die man vordergründig zu achten bereit ist, unter Druck gerät, wenn der politische Wille dem Richter die Feder führt.

1. Selbstprogrammierung des Gerichts

Nach Auffassung des Amtsgerichts Flensburg ist das notstandsfähige Rechtsgut, zu deren Rettung der Angeklagte einen Baum auf fremdem Grundstück besetzt hatte, das menschengerechte Klima (auch wenn das Urteil missverständlich von „dem Klimaschutz“ spricht). Das Rechtsgut hat eine verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 20a GG und ist daher auch ein grundsätzlich schutzwürdiges Gut im Sinne der Notstandsvorschrift.⁶⁶ § 34 StGB, so das Gericht, gestatte gemäß der „ganz überwiegenden Auffassung“ auch den Schutz solcher Allgemeinrechtsgüter durch Private.⁶⁷ Zwar entfalte die Klimaschutzverpflichtung nach Art. 20a GG keine unmittelbare Drittwirkung, sie binde

⁶⁴ Zu dieser Funktion von Urteilsbegründungen statt vieler *W. Hassemer*, Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlicher Pragmatik, in: Kirchhof (Fn. 62), 3, 7; *Kubiciel* (Fn. 56), 31 ff.; *Waldhoff* (Fn. 62), 27 f.

⁶⁵ Allgemein dazu *U. Di Fabio*, Systemtheorie und Rechtsdogmatik, in: Kirchhof (Fn. 62), 63, 66 f.; *M. Pawlik* (Fn. 63), S. 79 f.

⁶⁶ *Engländer* (Fn. 12), 256; *Schröder* (Fn. 1), 635; *T. Hörter/T. Zimmermann*, Rechtfertigung der Verwirklichung von Straftatbeständen zum Schutz des Klimas durch allgemeine Notrechte – Teil 1, GA 2023, 440, 448. A.A. *Erb* (Fn. 39), 581, der meint, Art. 20a GG gewähre Privaten keine Handlungsrechte, andererseits aber auf die in Folge des Klimawandels bedrohten Individualrechte abhebt.

⁶⁷ Dazu und zum Folgenden AG Flensburg, JR 2023, 136 ff.

aber als unmittelbar geltende und justiziable Rechtsnorm alle staatlichen Organe. Für die Gerichte folge hieraus unter anderem, dass unbestimmte Rechtsbegriffe des einfachen Rechts im Lichte und unter Berücksichtigung einer effektiven Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Klimaschutzverpflichtung gemäß Art. 20a GG auszulegen seien.

Allerdings verpflichtet Art. 20a GG zuvorderst Zivil- und Verwaltungsgerichte, den Klimaschutz bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Rodung eines Waldes einzubeziehen. Das Amtsgericht Flensburg leitet aus der postulierten Bindungswirkung des Art. 20a GG jedoch auch *seine* Aufgabe ab, durch die nunmehr eröffnete Prüfung der weiteren Voraussetzungen des § 34 StGB selbst *mittelbaren* Klimaschutz zu betreiben, indem die Straftat des Angeklagten als Beitrag zum Klimaschutz anerkannt und ggfs. gerechtfertigt wird. Während das Amtsgericht in Bezug auf die Einbeziehung überindividueller Rechtsgüter in den Anwendungsbereich des § 34 StGB betont, der „ganz herrschenden Meinung“ zu folgen, beschreitet es von diesem Punkt aus neue, von der herrschenden Meinung stark abweichende Wege.

2. Entkernte Eignungsprüfung

Deutlich wird diese Selbstprogrammierung des Gerichts auf das Ziel Klimaschutz zunächst im Umgang mit einer, für die innere Statik des § 34 StGB wichtigen Voraussetzung: die Feststellung, dass die Gefahr nicht anders als durch die Straftat abwendbar war. Dies setzt zunächst die Eignung der Tat, also des Hausfriedensbruchs, zum Schutz des menschengerechten Klimas voraus. An dieser Stelle versucht das Amtsgericht Flensburg zunächst der heiklen Frage zu entgehen, ob sich die Eignung nicht schon daraus ergebe, dass der zivile Ungehorsam als Protestaktion „die politische, mediale, gesellschaftliche und damit öffentliche Aufmerksamkeit für die Dringlichkeit des Handelns“ erhöhe. Wäre das Gericht in die Prüfung eingetreten, hätte es erörtern müssen, ob solche Protestaktionen der Anerkennung der Ziele in Gesellschaft und Politik mehr nutzen als schaden⁶⁸ und ob die Strafgesetze nicht eine absolute Schranke der Ausübung von Protest unter dem Schutzschirm politischer Grundrechte bilden.⁶⁹ Vor allem aber stand dem Amtsgericht Flensburg offenbar die bereits von *Glötz* angesprochene Problematik vor Augen, dass die Anerkennung der Eignung des öffentlichen Protests in diesem – dem Gericht als akzeptabel erscheinenden – Einzelfall auch Protestierern, die andere Ziele verfolgen, die Möglichkeit eröffnet, mit Duldung des Rechts, zivilen Ungehorsam zu üben. Es ist daher in jeder Beziehung verständlich, dass das Gericht die Frage, ob die Eignung der Notstandshandlung bereits aus der kommunikativen Wirkung des zivilen Ungehorsams folgen könnte, offenlassen will.

⁶⁸ Skeptisch *Erb* (Fn. 39), 581.

⁶⁹ So *T. Horter/T. Zimmermann*, Rechtfertigung der Verwirklichung von Straftatbeständen zum Schutz des Klimas durch allgemeine Notrechte – Teil 2, GA 2023, 481, 489.

Stattdessen verweist es darauf, dass im konkreten Fall ein „unmittelbarer Wirkungszusammenhang zwischen der Tat des Angeklagten und der Abwendung der Gefahr für das notstandsfähige Rechtsgut gegeben“ sei. Der Angeklagte habe auf dem Baum „verweilt“, um diesen vor dem Fällen zu schützen, wobei die Tat aber zugleich den Erhalt des innerstädtischen Waldes zum Ziel gehabt habe, um auf diese Weise das Fortschreiten von Klimawandel und Erderwärmung zu verhindern.⁷⁰ Damit bestehe ein unmittelbarer Wirkungszusammenhang „zwischen der Tat und *Intention* des Angeklagten sowie der Abwendung der Gefahr“.⁷¹ Den sich aufdrängenden Einwand, dass die kurzfristige „Rettung“ eines einzelnen Baumes, ja selbst die Verzögerung der Abholzung des Waldes keinen messbaren Einfluss auf das Weltklima habe, versucht das Gericht mit dem Argument zu entkräften, dass bei „komplexen“ Wirkungszusammenhängen, die „ein komplexes und ggf. längerfristiges Vorgehen“ erfordern, alle „Verhaltensweisen“ geeignet seien, die sich als „sinnvolle Bestandteile eines Vorgehens“ zur Bewältigung der Notlage erachten ließen.

Diese Argumentation ist offenkundig unzureichend, da sie die Prüfung der Eignung nicht auf die konkrete Tat – kurzfristige Besetzung eines Baumes – begrenzt, sondern die gesamte Intention des Angeklagten einbezieht: die angestrebte dauerhafte Rettung von Baum und Forst (mittelfristiges Ziel) als ein – vom Angeklagten erhoffter – Beitrag zu dem verfolgten Fernziel, dem Schutz des Weltklimas. Werden die Anforderungen an einen Wirkungszusammenhang abgesenkt, indem nicht nur die Tat selbst fokussiert wird, sondern auch die vom Notstandstäter intendierten (näheren und fernerer) Wirkung der Tat, kann die Eignung keine Begrenzungsfunktion mehr entfalten. Dies gilt erst recht, wenn mit dem diffusen Hinweis auf die Komplexität von Wirkungszusammenhängen und Rettungshandlungen im Unklaren gelassen wird, durch welche – tatsächlichen, rechtlichen, politischen etc. – Anschlusshandlungen die Besetzung eines Baums mit der Milderung des Klimawandels verbunden ist.⁷² Die Konsequenz einer derart reduzierten Prüfung des Eignungserfordernisses liegt auf der Hand. Bei solch niedrigen Anforderungen ist beinahe jede Tat geeignet, solange ihr optimistische Annahmen über mögliche Folge- und Fernwirkungen unterlegt werden können. Damit nicht genug. Wird dieser normative Einlassfilter des rechtfertigenden Notstands derart erweitert, kann jede noch so gravierende Straftat gerechtfertigt werden, solange in die Abwägung nur ein hinreichend gewichtiges Erhaltungsgut eingespeist wird.⁷³ Die Konsequenzen zeigen sich gerade am Beispiel des Klimaschutzes. Wäre bei dem vom Amts-

⁷⁰ AG Flensburg, JR 2023, 136, 138.

⁷¹ Insoweit nicht abgedruckt in AG Flensburg, JR 2023, 136, 138. Siehe daher Rn. 34 des Volltextes abrufbar unter <https://openjur.de/u/2459076.html> (Hervorhebung diesseits).

⁷² Dabei muss auch bei komplexen Zusammenhängen dargetan werden, weshalb die konkrete Tat aus ex ante Sicht geeignet war, den Klimawandel abzumildern. Siehe *Zieschang* (Fn. 12), 145.

⁷³ Ähnlich *Engländer* (Fn. 12), 258.

gericht Flensburg angelegten Maßstab nicht auch die Tötung von tausenden Kälbern zum Klimaschutz geeignet und auch verhältnismäßig, weil Rinder während ihres Lebens beträchtliche Mengen an klimaschädlichen Stoffen emittieren? Das Beispiel zeigt die abschüssige Bahn, auf die sich begibt, wer dem Eignungskriterium nicht die Bedeutung beimisst, die ihm gerade in Fällen wie diesen aus strukturellen Gründen zukommen muss.⁷⁴

3. Entkernte Erforderlichkeits- und Angemessenheitsprüfung

Verschärft wird diese Problematik noch durch die Art und Weise, wie das Gericht den Einwand vom Tisch wischt, zur (angestrebten) Rettung des Walds hätte es nicht der Besetzung eines Baums bedurft, sondern der Einholung fachgerichtlicher Hilfe. Hätten nämlich die Fachgerichte die Rodung untersagt, wäre jedenfalls das unmittelbare Ziel der Baubesetzung erreicht worden. Spricht aber nicht die Möglichkeit, dass die Gerichte die Rodung gestatten könnten, für die Erforderlichkeit der Baubesetzung? Selbst wenn man das so sieht, scheiterte die Rechtfertigung zwar nicht an der Erforderlichkeit, wohl aber an der Angemessenheitsklausel des § 34 Abs. 1 S. 2 StGB. Denn nach ganz herrschender Meinung ist der private Versuch, die Durchsetzung einer gerichtlichen Entscheidung zu verhindern, unangemessen, da die Straftat nicht nur in subjektive Rechte des von der Notstandshandlung Betroffenen eingreift, sondern auch in das staatliche Rechtsdurchsetzungs- und Gewaltmonopol.⁷⁵

Diese Hürde versucht das Gericht gar nicht erst mit dogmatischen Erwägungen zu nehmen. Es bringt stattdessen seine Überzeugung zum Ausdruck, dass diese Voraussetzungen hier keine Geltung haben. Das Gericht, heißt es generell, sei zwar von der „Richtigkeit und Wichtigkeit“ des Grundsatzes des Vorrangs „staatlicher, von demokratischer Legitimation getragener und auf der Basis rechtsstaatlich geregelter und kontrollierter Verfahren erfolgender Gefahrenabwehrmaßnahmen“ überzeugt. Es entspreche „in diesem Zusammenhang aber auch der Überzeugung des Gerichts, dass, ebenso wie die Vorschrift insgesamt, so auch das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit [...] im Lichte der [...] Bedeutung des Klimaschutzes auszulegen sind.“ Das Ziel des Klimaschutzes gleichsam als Joker nutzend, bemüht sich das Gericht nicht um eine Prüfung, sondern bekundet schlicht seine „Überzeugung“, fachgerichtlicher Rechtsschutz käme kein Vorrang vor privater Selbsthilfe zu, da diese „nach dem für die vorliegende rechtliche Beurteilung allein relevanten aktuellen Sach- und Kenntnisstand keine objektiv gleiche Eignung aufweise.“ Daraus

⁷⁴ Auch in der Literatur wird die Frage der Eignung der Protesthandlung zur Abwendung der Gefahr von den Befürwortern der Rechtfertigung nicht einmal angesprochen. Siehe etwa *Schüler-Springorum* (Fn. 2), 89 f.; *D. Bayer*, Auto fahren oder Klima retten?, *Verfassungsblog* v. 6.10.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/auto-fahren-oder-klima-retten/>.

⁷⁵ Näher zum Vorrang staatlichen Schutzes kollektiver Güter *M. Pawlik*, *Der rechtfertigende Notstand* (2002), 183 f., 200 ff.

wird man ableiten müssen, dass das Amtsgericht Flensburg nicht damit gerechnet hat, dass die Fachgerichte die Rodung gestoppt hätten. Am Ende des zivil- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsweges hätte, so die Befürchtung des Strafgerichts, die Entscheidung ihrer zivil- oder verwaltungsrechtlichen Kollegen, gestanden, dass die Rodung des Waldes auch im Lichte der Notwendigkeiten des Klimaschutzes eine rechtmäßige Ausübung des Eigentumsrechts darstellt. Die Ausschöpfung rechtlich geordneter, staatlicher Verfahren zur Gefahrenabwehr schließt die Angemessenheit privater Hilfe jedoch aus.

Auch diesen Grundsatz lässt das Amtsgericht Flensburg nicht gelten. Es entspreche „der Überzeugung des Gerichts, dass auch die Angemessenheit i.S.d. § 34 StGB [...] wiederum aus verfassungsrechtlicher Perspektive im Lichte der sich sowohl auf die Staatszielbestimmung des Art. 20a GG also auch die Grundrechte des GG stützenden und damit normativ verstärkten, zentralen Bedeutung des Klimaschutzes auszulegen ist.“ Vor diesem Hintergrund sei „das Gericht der Überzeugung, dass jedenfalls im vorliegend relevanten Kontext des Klimaschutzes einem Handeln, welches, erstens, trotz des prinzipiellen Vorrangs staatlicher Gefahrenabwehrmaßnahmen und -verfahren unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls als erforderlich angesehen werden kann sowie, zweitens, den Inhaber des Eingriffsgutes nicht in dessen durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Menschenwürde verletzt, nicht die Angemessenheit i.S.d. § 34 StGB abgesprochen werden kann.“⁷⁶ Bis zur Grenze der Menschenwürdeverletzung billigt das Amtsgericht Flensburg also Straftaten, die Rechte anderer verletzen *und* den Vorrang staatlicher Gefahrenabwehr bzw. Rechtsdurchsetzung unterlaufen, weil die Straftat – über nicht näher erläuterte Wirkungszusammenhänge – dem politischen Fernziel (Klimaschutz) dienen *könnte*. Mit derart vagen Gründen übergeht das Gericht sowohl eine Prämisse des demokratischen Rechtsstaats als auch eine wichtige Schranke privater Notrechte.⁷⁷

4. Interessenabwägung

Es überrascht nicht, dass bei einer derart zielorientierten, um zentrale Aspekte verkürzten Prüfung der Notstandsvoraussetzung das Verhältnismäßigkeitserfordernis der Rechtfertigung nicht im Wege steht. Das Interesse der Inhaberin des Hausrechts an einem Waldgelände ist nach Überzeugung des Gerichts wesentlich weniger wert als das Interesse an der Verhinderung der „mit der aktuellen globalen Erderwärmung und dem nachweisbaren Klimawandel verbundenen negativen Folgen wie Hitzewellen, Überschwemmungen sowie Wirbelstürmen“ und Gefahren für Individualrechtsgüter.⁷⁸ Hieran zeigt sich, dass gerade die Anerkennung eines derart voluminösen Kollektivrechtsguts als

⁷⁶ AG Flensburg (Fn. 71), Rn. 54.

⁷⁷ Vgl. dazu auch *Engländer* (Fn. 12), 259; *Erb* (Fn. 39), 581.

⁷⁸ AG Flensburg, JR 2023, 136, 140 f.

notstandsfähig zu einer restriktiven Prüfung von Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit angehalten hätte, da sein großes, gleichsam unvergleichliches, Gewicht beinahe jedes andere Interesse überwiegt. Im Ergebnis eröffnet die Entscheidung des Amtsgerichts Flensburg daher den Weg zur Rechtfertigung eines kaum begrenzten Sets von Straftaten.⁷⁹

5. Bewertung

Das Urteil ist keine bloße „kreative Neuvermessung und Weiterentwicklung der Notstandsvoraussetzungen“,⁸⁰ sondern überspannt die innere Statik des rechtfertigenden Notstands. Zu dieser Überspannung kommt es, weil das Amtsgericht Flensburg einerseits das menschengerechte Klima unter Verweis auf Art. 20a GG als notstandsfähiges Kollektivgut erachtet und andererseits an Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Notstandshandlung äußerst geringe Anforderungen stellt. Damit zeichnet es den Weg zu einer Rechtfertigung der Tat vor. Letztlich behandelt das Gericht § 34 StGB als eine Art leere Form, deren schmalen Öffnungen es unter Bruch anerkannter dogmatischer Strukturen erweitert, um die politischen Ziele des Notstandstäters einspeisen und mit den subjektiven Rechten des vom Eingriff Betroffenen abwägen zu können. Eine Reflexion der Bedeutung der Notstandsvoraussetzungen fehlt ebenso wie eine Beachtung der Grundlagen der Notstandsdogmatik. Hätte das Gericht die dogmatischen Grundlagen ernsthaft berücksichtigt, hätte es sich schon vor Eintritt in die Prüfung der einzelnen Voraussetzungen fragen müssen, weshalb der Grundstücksbesitzer Adressat einer Notstandshandlung sein soll. Weder begründet die behördlich genehmigte und gerichtlich nicht untersagte Ausübung seines Eigentumsrechtes an den Bäumen eine Defensivnotstandslage, noch wird dargetan, weshalb dieser Grundstücksbesitzer eine solidarische Sonderpflicht zur Milderung des Klimawandels durch Erhalt seines Walds haben soll.⁸¹ Trotz ihres Umfangs bleibt die Entscheidung eine Begründung dafür schuldig, weshalb dem Einzelnen zugemutet werden darf, dass andere – unter Verzicht auf staatlich-gerichtliche Hilfe – in seine Rechte eingreifen, um eine Handlung vorzunehmen, deren faktischer Beitrag zum Klimaschutz in diffusen Zusammenhängen untergeht. Dabei wäre eine solche Begründung schon deshalb notwendig gewesen, weil sich die Rechtfertigung der

⁷⁹ Vgl. H.M. Heinig, Heiligt der Zweck die Mittel? Zum Umgang mit zivilem Ungehorsam im demokratischen Rechtsstaat, NK 2023, 231, 242 f., dem zufolge man die verfassungsrechtliche Gemengelage geschützter Rechtspositionen verkennt, deklarierte man Art. 20a GG zu einer Art Supernorm, die Abwägungen kollidierender Rechte so präformiert, dass selbst der gewaltsame Umweltprotest stets obsiegt.

⁸⁰ Engländer (Fn. 12), 255.

⁸¹ Näher dazu S. Kemper, Die Rechtfertigung tatbestandsmäßiger Protestaktionen im Namen des Klimanotstandes. Zugleich ein Beitrag zum strafrechtlichen Neutralitätsversprechen, demnächst in GA 2024.

Baumbesetzung nicht auf die günstige Wirkung für den Täter beschränkt, sondern dem von der Notstandstat Betroffenen eine Duldungspflicht auferlegt: Er muss den Eingriff in seine subjektiven Rechte hinnehmen.

V. Verteidigung der Dogmatik

A. Reflexion der Grundlagen

Verzichtet man auf die Reflexion solcher dogmatischen Fragen und behandelt die rechtlichen Voraussetzungen des Notstands stattdessen als Hürden, die es zu überspringen oder zu umgehen gilt, sind die Folgen kaum absehbar. Dies gilt vor allem in konfliktträchtigen Zeiten, in denen subjektive Ansprüche, moralische Forderungen oder vorgebliche Allgemeinwohlbelange im Diskurs als „Trümpfe“⁸² verwendet werden, die scheinbar absolute (politische und rechtliche) Anerkennung verlangen. Gerade dann kommt aber der relativierenden und regulierenden Dogmatik eine besondere Bedeutung zu. Mit ihrer Hilfe wird der Streit um moralische oder politische Einzelanliegen in etablierte und fallunabhängig gültige Auslegungs- und Anwendungsregeln überführt. Er kann gerade deshalb „abgekühlt“ und idealerweise *rechtlich* befriedet werden, weil das Strafrecht und seine Dogmatik nicht das politisch Partikulare bzw. ideologisch Trennende fokussieren, sondern die Grundgemeinsamkeiten der Gesellschaft sichern bzw. das fallübergreifend Gültige betonen. Das Strafrecht garantiert Normen, die grundlegende Verhaltenserwartungen im Umgang mit subjektiven Rechten bzw. gegenüber Institutionen formulieren. Es dient nicht der Durchsetzung einzelner (wirtschaftlicher, politischer etc.) Interessen, sondern sichert Normen mit dem Ziel einer freiheitsermöglichenden Koordination von Rechtssphären und der in diesen eingeebneten Interessen. Auch und gerade das Notstandsrecht lässt sich daher freiheitstheoretisch rechtfertigen und ist als solches zu interpretieren.⁸³ Vom Zweck des Strafrechts aus betrachtet, hat die Notstandsdogmatik daher eine freiheitsermöglichende und in diesem Sinne konfliktregulierende Ausrichtung, an der die Auslegung und Anwendung der Vorschrift zu orientieren ist. Im Fall des Defensivnotstands muss derjenige Eingriffe in seine Rechtssphäre dulden, der die Gefahr zurechenbar verursacht hat. Der Aggressivnotstand lässt sich hingegen nur als Akt der Solidarität des Eingriffsadressaten im Rahmen einer auf wechselseitiger Freiheitsermöglichung gepolten Rechtsgemeinschaft legitimieren, was eine sorgsame Prüfung der Notstandsvoraussetzungen erfordert. Werden unberührt von solchen Erwägun-

⁸² Zur Metapher moralischer Rechte als politische Trümpfe vgl. R. Dworkin, Bürgerrechte ernstgenommen (1984), 14.

⁸³ Grundlegend Pawlik (Fn. 75). Siehe ferner M. Kubiciel/M. Wachter, Strafrechtlich garantierte Solidarität, in: C. Hofmann et al. (Hrsg.), Solidarität im Gesundheitswesen: Strukturprinzip, Handlungsmaxime, Motor für Zusammenhalt? (2022), 201 ff.

gen schlicht politische Ziele so in den § 34 StGB eingeschliffen, dass der Weg zu einer Abwägung frei wird, mutiert eine dogmatisch gezügelte, Rechtsanwendungsgleichheit ermöglichende und freiheitsorientierte Strafrechtsanwendung in ein Instrument zur Ad-hoc-Durchsetzung partikularer Interessen. Die Entfernung vom Zweck des § 34 StGB könnte kaum größer sein.

Dabei reichen die Folgen einer dogmatisch entkernten, rhetorisch lediglich bemäntelten Auslegung weit über die Rechtfertigung politisch motivierter Taten des zivilen Ungehorsams hinaus. Denn bei einer Ausblendung der freiheitstheoretischen Grundlagen des § 34 StGB und Relativierung zentraler Voraussetzungen schrumpft seine Bedeutung insgesamt auf die Funktion zusammen, dem situativ überwiegenden Interesse Geltung zu verschaffen. Ein solches Verständnis eignet sich nicht nur für die Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams, sondern vor allem für die Anwendung der Norm in Alltagssituationen kollidierender Interessen. Es wäre jedenfalls kaum darzutun ist, weshalb an die Prüfung der Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit einer Handlung zum Schutz zentraler subjektiver Rechte wie Leib und Leben höhere Anforderungen gestellt werden sollen als an Handlungen zum Schutz des künftigen Klimas im Wege unklarer Wirkungszusammenhänge. Wollte man einen solchen *spill over* der Rechtsanwendung in einem Sonderfall auf Alltagslagen ausschließen, müsste man den ersten Fall von allen anderen Fällen systematisch isolieren. Möglich wäre dies beispielsweise, indem man eine neue Rechtfertigungsfigur *neben* die gängige Notstandsdogmatik platziert. So hat der Bundesgerichtshof den tödlichen Behandlungsabbruch gerade nicht mit einer (analogen) Anwendung des § 34 StGB gerechtfertigt, sondern auf Grundlage einer neuartigen dogmatischen Figur. Damit war das besondere Problem systematisch isoliert, die Grundlagen und Grundsätze der Notstandsdogmatik blieben unberührt.⁸⁴

Die Entscheidung verdeutlicht auch, dass die Zurechnungsregeln nicht statisch sind. Diese entwickeln sich vielmehr mit der Gesellschaft und im Zusammenspiel von Rechtsprechung und Literatur fort. Jedoch vollzieht sich dieser Vorgang selten disruptiv, sondern schrittweise, indem die Interpretation nicht nur nach Anpassung an die vorherrschenden Plausibilitätsstandards der Gesellschaft sucht, sondern auch Anschluss an die Überlieferungszusammenhänge der Dogmatik und tradierte Deutungen hält.⁸⁵ Eine Fortschreibung des Rechts, welche die dem Recht eingeschriebene Grammatik außer Acht lässt, ist daher so selten wie rechtfertigungsbedürftig. Legitime Gründe für eine solche disruptive Auslegung können Gesetzesänderungen sein oder unmittelbar einschlägige Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts oder des Europäischen Ge-

⁸⁴ BGHSt 55, 191. Vergleichbares gilt für die (später für verfassungswidrig erklärte) Rechtfertigung des Abschusses gekapeter Flugzeuge, siehe dazu *M. Pawlik*, § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?, JZ 2004, 1095.

⁸⁵ Ausführlich *M. Kubiciel*, Die Flexibilisierung des Strafrechts, in: E. Hilgendorf et al. (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 1 (2019), 1083 ff.

richtshofs, keinesfalls jedoch die politische Wünschbarkeit des Ergebnisses, mag der Wunsch auch mit verfassungsrechtlichen Erwägungen unterfüttert sein. Denn für die verbindliche Festlegung politischer Ziele ist allein der Gesetzgeber zuständig, während sich ein Strafgericht zu einer solchen Willensentscheidung auch nicht mit Hilfe einer einseitigen, weil kollidierende Grundrechte ausblendenden Grundgesetzinterpretation ermächtigen kann. Urteile, die dogmatische Strukturen übergehen und die sich einer ergebnisorientierten Deutung des Rechts befleißigen, tragen daher einen rechtlich-dogmatischen Makel und stellen grundlegende Prinzipien in Frage: zum einen die Rechtsanwendungsgleichheit als Resultat der an dogmatischen Strukturen orientierten Interpretation des Rechts und zum anderen die Funktions- und Aufgabenverteilung zwischen den Staatsgewalten.⁸⁶

B. Richter und Rechtsgehorsam

So betrachtet sind nicht diejenigen, die zivilen Ungehorsam üben, an den „Rechtsgehorsam“⁸⁷ zu erinnern. Denn auch strafrechtlich garantierte Normen lassen ihre Übertretung ausdrücklich zu. Anders als polizeirechtliche Präventionsnormen oder Maßregeln der Sicherung versucht das Strafrecht nämlich gar nicht erst, normkonformes Verhalten durch Kontrolle und Zwang zu erzwingen,⁸⁸ sondern stellt den intrinsischen Gründen für Normkonformität lediglich eine Klugheitserwägung – Angst vor Strafe – an die Seite. Verhaltensnormgemäßes Verhalten ist also nur eine Möglichkeit des Normadressats,⁸⁹ der für den Fall einer ihm zurechenbaren Normübertretung strafprozessrechtliche und ggfs. auch strafrechtliche Folgen – von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens bis zur Strafvollstreckung – dulden muss. Daher ist es zu einfach, den zivilen Ungehorsam „als Negation des Rechtsstaates“ zu brandmarken.⁹⁰ Richtig ist zwar, dass die *gleiche Geltung* zentraler Verhaltensnormen, für die das Strafrecht sorgt, eine wesentliche Bedingung dafür ist, dass die Bürger eines Staats mit einer pluralistischen Gesellschaft im Zustand realer Freiheit leben können. Die „Aufkündigung des Gesetzesgehorsams“⁹¹ ist jedoch weniger den Protestierern vorzuwerfen, als vielmehr den Richtern: Wer für die kontrafaktische Stabilisierung von Normen, d.h. die Sicherung gleicher Geltung, und

⁸⁶ So schon Tiedemann (Fn. 3), 717.

⁸⁷ So K. Schwarz, Rechtsstaat und ziviler Ungehorsam, NJW 2023, 275, 277.

⁸⁸ M. Nettesheim Verfassungsrechtliche Kriminalisierungspflichten und -grenzen, in: M. Bäcker/C. Burchardt (Hrsg.), Straßverfassungsrecht (2022), 94 ff.

⁸⁹ Näher C. Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2015), 125 ff.

⁹⁰ So Schwarz (Fn. 87), 275, der selbst von einer „vielleicht zugespitzten und provokanten“ These spricht. Gegen diese Einseitigkeit wendet sich das Plädoyer von L. Leitmeier, Ziviler Ungehorsam und autoritärer Legalismus?, HRRS 2023, 70 f.

⁹¹ Schwarz (Fn. 87), 280.

damit den Erhalt des Zustands von Rechtlichkeit zuständig ist, darf keine dogmatische Grenzen durchbrechen, um politische Ziele zu befördern.

VI. Und die Strafrechtswissenschaft?

Anders als die Strafjustiz ist die Strafrechtswissenschaft nicht zur autoritativen Interpretation und Durchsetzung des Rechts befugt. Sie wirkt aber an der Pflege der Dogmatik mit und damit auf die Anwendung des Rechts ein. Dies stellt sie vor ein nicht unerhebliches Problem. Auf der einen Seite zeichnet sich Wissenschaft gerade durch innovative Problemzugänge, aber auch durch die historische, philosophische, wirtschaftliche, soziale und politische Kontextualisierung rechtlicher Fragen aus. Durch diesen Zugriff auf dogmatische Probleme kann die Strafrechtswissenschaft jene Komplexität wiederherstellen, die ein Strafgericht ausblenden muss, will es zu einer Entscheidung auf Basis des für alle gleichermaßen geltenden Rechts gelangen. Anders als Strafrichter müssen Strafrechtswissenschaftler auch nicht hinter dem Gesetz und der Dogmatik zurücktreten, sondern können ihre Meinung zu den sozialen, politischen und anderen Implikationen eines Rechtsproblems artikulieren. Auf der anderen Seite muss sich die Strafrechtswissenschaft bewusst sein, dass sie mittelbar „Herrschaft“ ausübt, insofern sie der Strafjustiz anwendungsbezogene Dogmatik zur Entfaltung auf den Fall und damit auf den in den Anwendungsbereich des Strafrechts gelangten Einzelnen zur Verfügung stellt.⁹² Die Strafrechtswissenschaft arbeitet also in einem Spannungsfeld zwischen Forschungsfreiheit einerseits und Rechtsbindung andererseits, das sich nur auflösen lässt, indem sie Räume für Kreativität, Kontextualisierung, Re-Politisierung und auch eine interessen- oder ideologiegeprägte Subjektivität schafft, die deutlich von jenen Foren getrennt sind, auf denen Vorschläge für die Auslegung des geltenden Rechts verhandelt werden. Der seit einiger Zeit zu beobachtende Trend zu Rechtswissenschaftlerinnen und -wissenschaftlern, die sich als Sachwalter (gesellschafts-)politischer Forderungen verstehen bzw. im Modus des Interessenvertreters gesellschaftlicher Gruppen arbeiten,⁹³ ist daher für die gleiche Geltung des Rechts solange unschädlich, wie deutlich wird, dass hier keine objektive Interpretation des geltenden Rechts unterbreitet wird, sondern eine subjektive Rechtsauslegung oder ein interessengeleiteter Vorschlag *de lege ferenda*. Man kann daher „Rechtswissenschaft als politischen Beruf“⁹⁴ betreiben und sich dabei auf Generationen von *rechtspolitisch* arbeitenden Gelehrten beru-

⁹² M. Pawlik, Vom Nutzen der Philosophie für die Allgemeine Verbrechenslehre, GA 2014, 369, 372.

⁹³ Siehe dazu C. Moes, Wenn Juristen zu Politikern werden, FAZ v. 9.2.2022, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/politik/wie-juristen-zu-politikern-werden-17791965.html>.

⁹⁴ Moes (Fn. 93).

fen,⁹⁵ wenn gewisse Mindeststandards gewährleistet sind. Neben der bereits erwähnten Notwendigkeit, dogmatische Texte zur Auslegung des geltenden Rechts von rechtspolitischen Forderungen, interessengeleiteten Policy-Papieren oder bezahlten Rechtsgutachten deutlich sichtbar abzugrenzen, gehört zu den Essentialia jeder rechtswissenschaftlichen Arbeit, dass ein Auslegungsvorschlag bzw. eine rechtspolitische Forderung mit Gründen unterlegt wird, die nach den Maßstäben der Strafrechtswissenschaft als rational gelten können. Strafrechtswissenschaftler können sich also ehrbaren Zielen wie dem Klimaschutz verschreiben und in diesem Geiste Texte verfassen. Als Angehörige einer Wissenschaft müssen sie aber normative oder empirische Argumente für ihre Auffassung unterbreiten. Wer hingegen mit der Präferenz für ein politisches Ziel argumentiert oder seiner individuellen Überzeugung Ausdruck verleiht, schreibt als Bürger, nicht als Wissenschaftler. Wird diese Grenze verwischt, droht ein Ansehensverlust, den sich die Wissenschaft insgesamt nicht leisten kann.

VII. Fazit

Der Versuch der Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams führt zu einer – von manchen angestrebten, von anderen hingenommenen – Politisierung der Strafrechtsanwendung. Vor dieser ist eindringlich zu warnen. Das symbolisch wirkmächtigste und faktisch schärfste Schwert im staatlichen Arsenal des Rechts darf nicht zu einem Ort politischer Deutungskämpfe werden. Dies ist vor allem denjenigen gegenüber in Erinnerung zu rufen, die für die Durchsetzung des Rechts zuständig sind: Richtern. Missachten sie die Vorgaben der Dogmatik, verkennen sie nicht nur die Funktion des Strafrechts, sondern verfehlen auch ihre eigene Rolle, die ihnen im Rechtsstaat zukommt. Demgegenüber ist mit der strafrechtlichen Bewertung von Protestaktionen der Stab über Protestierer, die zivilen Ungehorsam üben, noch nicht gebrochen. So wie es die dogmatischen Strukturen des Notstandsrechts nicht zulassen, politische Ziele ungebrochen ins Rechtliche zu transponieren und den zivilen Ungehorsam rechtlich zu nobilitieren, so ist der zivile Ungehorsam zu komplex, als dass er sich allein mit dem Instrumentarium des Strafrechts angemessen bewerten ließe. Denn das Strafrecht kennt – wie das Recht insgesamt – nur die binäre Unterscheidung von rechtmäßig und rechtswidrig (und fügt dieser noch die Kategorie der Schuld als persönliche Vorwerfbarkeit hinzu). In der Gesellschaft aber ist die rechtliche Bewertung einer Handlung nur eine unter vielen Möglichkeiten der

⁹⁵ Siehe etwa zu Franz von Liszt, einem der an der Schnittstelle von Politik und Wissenschaft arbeitenden „Mandarine“ der deutschen Rechtswissenschaft des Kaiserreichs, A. Koch, Der unbekannte Franz von Liszt (02.03.1851–21.06.1919) – Schlaglichter auf das Spätwerk anlässlich des 100. Todestages, ZStW 131 (2019), 451 ff.

Bewertung. Daher kann man Aktionen des zivilen Ungehorsams auch dann für *moralisch* gerechtfertigt halten, wenn man sie rechtlich für strafbar erklärt und politisch für unklug erachtet. Eine Rechtspflicht zur Duldung des zivilen Ungehorsams erwächst daraus jedoch weder für den Staat noch den betroffenen Bürger.