

Herausgegeben von  
Maxim Bönnemann

# Kleben und Haften

Ziviler Ungehorsam  
in der Klimakrise



Verfassungsbooks

ON MATTERS CONSTITUTIONAL

DOI 10.17176/20230921-224548-0  
ISBN Print 978-3-758406-72-0  
ISBN Ebook 979-8-215726-60-0  
Erste Auflage 2023

Verfassungsbooks

Verfassungsblog gGmbH  
Elbestraße 28  
12045 Berlin  
verfassungsblog.de  
info@verfassungsblog.de

Umschlagsdesign: Maxim Bönnemann, Evin Dalkilic, Keanu Dölle  
© 2023 bei den Autor:innen



Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz Namensnennung -  
Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International. Weitere

Informationen finden Sie unter <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>

Herausgegeben von  
Maxim Bönnemann

# Kleben und Haften

Ziviler Ungehorsam in der Klimakrise

Verfassungsbooks  
ON MATTERS CONSTITUTIONAL

# Inhalt

*Maxim Bönnemann*

Ziviler Ungehorsam in der Klimakrise- Eine Einleitung 9

**Grundlagen: Ziviler Ungehorsam im demokratischen Rechtsstaat** 21

*Katrin Höffler*

„Ziviler Ungehorsam - Testfall für den demokratischen Rechtsstaat“ 23

*Klaus Ferdinand Gärditz*

Aus der Mottenkiste politischer Theorie- Ziviler Ungehorsam als Lizenz zur Straftat? 37

*Samira Akbarian*

Gesetz ist Gesetz?- Zur Diskreditierung des „Zivilen Ungehorsams“ 51

*Lena Herbers*

Ziviler Ungehorsam als Demokratie 67

**Strafverfolgung und Strafverfahren** 79

*Katrin Höffler*

„Klima-RAF“ herbeireden- Radikalisierung durch Labeling und Druck 81

*Stefan König*

Kurzer Prozess für Klimaaktivist:innen- Warum Strafverfahren light der falsche Weg sind 97

*Fynn Wenglarczyk*

**Wie man eine kriminelle Vereinigung macht- Zu den Razzien gegen Mitglieder von „Letzte Generation“** 109

*Michael Kubiciel*

**Manövrieren an den Grenzen des § 129 StGB** 121

*Klaus Ferdinand Gärditz*

**Organisierte „Klimakleber“ als kriminelle Vereinigung?- Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Perspektive** 127

*Thorsten Koch*

**Verhältnismäßigkeit, Normenklarheit und § 129 StGB** 139

*Jochen von Bernstorff*

**Ist der Umgang mit Klimaprotesten in Deutschland menschenrechtswidrig?** 149

*Fin-Jasper Langmack, Anna-Mira Brandau*

**Die „Letzte Generation“, die EMRK und das Strafrecht** 161

**Notwehr und Notstand** 175

*Tobias Gafus*

**Gewaltfantasien und Gewaltmonopol- Zur Zulässigkeit der Notwehr gegen Straßenblockaden für den Klimaschutz** 177

*Jana Wolf*

**Flensburger Einhorn- Klimaschutz als rechtfertigender Notstand** 191

*Rouven Diekjost*

**Klimanotstand über Gewaltenteilung?- Zur Annahme eines rechtfertigenden Notstandes aufgrund der Klimakrise durch das Amtsgericht Flensburg** 205

*Jan-Louis Wiedmann*

- Den Baum vor lauter Wald nicht sehen - oder umgekehrt?- Warum der Vorwurf des ‚gerichtlichen Aktivismus‘ gegen das Klimaurteil des Amtsgerichts Flensburg nicht trägt 217

**Verwaltungsrechtliche und vergleichende Perspektiven** 229

*Ralf Poscher, Maja Werner*

- Gewahrsam als letztes Mittel gegen die „Letzte Generation“? 231

*Felix Hanschmann*

- Die „Letzte Generation“ in staatlichen Schulen?- Eine schulrechtliche Betrachtung 241

*Andreas Nitschke*

- Blockierende Beamte?- Die „Letzte Generation“, das Beamtentum und der Klimaschutz 257

*Andreas Gutmann, Tore Vetter*

- Wir können alles. Außer Versammlungsfreiheit. - Zum Stuttgarter Verbot von Blockadeaktionen der Klimabewegung 273

*Hannah Espín Grau, Tobias Singelstein*

- Schmerzgriffe als Technik in der polizeilichen Praxis- Zur Verselbständigung und Normalisierung polizeilicher Gewalt 291

*Liz Hicks*

- Environmental Protest and Civil Disobedience in Australia 311

*Adam Wagner*

- (In)tolerance to Civil Disobedience in the UK 331





*Maxim Bönnemann*

# Ziviler Ungehorsam in der Klimakrise

*Eine Einleitung*





**E**in Unbehagen macht sich breit. Was ist, wenn unsere regulären politischen Institutionen nicht darauf ausgelegt sind, die Klimakrise schnell genug zu bekämpfen? Was ist, wenn unsere Verfahren zu träge, unsere Zeithorizonte zu kurz und unsere Repräsentationsmechanismen zu beschränkt sind, um der Zerstörung des Planeten rechtzeitig Einhalt zu gebieten? Ganz gleich, wie man auf diese Fragen antwortet, an einer Einsicht führt kein Weg mehr vorbei: Die Klimakrise ist auch eine Krise der politischen Institutionen. Lange eingeübte Verfahren und Routinen des liberalen Verfassungsstaates geraten bei der Bewältigung der Klimakrise unter Druck.<sup>1</sup> Bis heute hat es kein nennenswerter staatlicher Emittent geschafft, sich in dem Umfang und der Schnelligkeit zu dekarbonisieren, die für die Einhaltung der Pariser Klimaziele notwendig ist. Die Folgen verschleppter Treibhausgasreduktionen hat das Bundesverfassungsgericht 2021 in bemerkenswerter Klarheit auf den Punkt gebracht: Freiheitseinbußen in nahezu allen Lebensbereichen - nicht nur, aber insbesondere für junge und kommende Generationen.<sup>2</sup>

Für die Akzeptanz politischer Systeme stellt dieser Befund ein Problem dar. Wo Parlamente und Regierungen es nicht schaffen, junge Generationen und vulnerable Gruppen davon zu überzeugen, dass ihre Interessen ausreichend berücksichtigt sind, drohen beiden empfindliche Legitimitätsverluste. Insbesondere der Verweis, sich doch an die regulären Mechanismen politischer Willensbildung zu halten, verliert in solchen Situationen an Überzeugungskraft, sind es doch gerade jene Mechanismen, die für die strukturelle Verfestigung von Ungleichgewichten oder gar die weitere Eskalation der Klimakrise verantwortlich gezeichnet werden.

## Das doppelte Unbehagen

Vor diesem Hintergrund ist es kein Zufall, dass die Bundesrepublik mit dem Aufkommen der Klimabewegung auch ein Comeback des zivilen Ungehorsams erlebt. Überwiegend junge Menschen blockieren Straßen, besprühen Wahrzeichen und besetzen Landebahnen. In der Regel setzen sie hierbei das in ihren Augen letzte verbliebene Mittel (einer letzten Generation) ein, um auf den politischen Prozess einzuwirken: ihre Körper.

Viele sehen hierin eine demokratische Grenzüberschreitung, wenn nicht sogar das Wirken einer kriminellen Vereinigung. Zum Unbehagen über die Klimakrise gesellt sich das Unbehagen über den Ungehorsam. Denn zählen dürfe in der parlamentarischen Demokratie allein das gesprochene Wort und der positiv gesetzte Mehrheitswille.<sup>3</sup> Wer dies in Frage stellt, lege die Axt an die Wurzel unseres Systems und stelle potenziell jeder Interessengruppe das diskursive Instrumentarium bereit, um sich aus dem demokratischen Konsens zu verabschieden.

Andere sehen hierin hingegen ein Beispiel gelebter Demokratie von unten. Der häufig etwas unmotiviert Verweis auf das Mehrheitsprinzip verkenne, dass auch Mehrheiten Grenzen auferlegt sind. Hierzu gehöre etwa, dass jede Entscheidung *reversibel*, also im Wege des Wahlaktes korrigierbar sein sollte.<sup>4</sup> In Zeiten der Klimakrise stehe genau dieses demokratische Kernprinzip jedoch auf dem Spiel. Entscheiden sich Bundesregierung und Bundestag beispielweise gegen ausreichende Maßnahmen zur Sicherstellung der Pariser Temperaturziele, so sei dies zugleich eine Entscheidung *für* massive zukünftige Freiheitseinbußen, die nicht mehr rückgängig zu machen sei – weder im Wege des Wahlaktes noch durch andere Maßnahmen.<sup>5</sup>

Doch folgt aus diesem Befund auch eine Rechtfertigung dafür, *zivil*

Ungehorsam zu üben? Oder sind Menschen, die aus Verzweiflung über die Klimakrise das Recht brechen, nicht doch ganz gewöhnliche Kriminelle?

## Zwischen den Disziplinen

Selbst in der Geschichte moderner Demokratien stoßen wir auf Situationen, in denen eine solche Gleichsetzung bereits intuitiv nicht zu überzeugen vermag. Der liberale US-amerikanische Rechtsphilosoph Ronald Dworkin schaute bei einem in Deutschland gehaltenen Vortrag etwa auf die jüngere Geschichte der Vereinigten Staaten zurück und bemerkte, dass ein Großteil der US-Amerikaner rückblickend froh über den zivilen Ungehorsam gegen den Vietnamkrieg sei.<sup>6</sup> Auch den zivilen Ungehorsam der schwarzen Bürgerrechtsbewegung oder von Frauen zur Erstreitung gleicher Rechte wird aus heutiger Perspektive nahezu niemand mehr im Register gewöhnlicher Kriminalität verbuchen wollen.

In der politischen Theorie macht man sich deswegen schon seit längerem Gedanken darüber, wann ziviler Ungehorsam *legitim* sein könne.<sup>7</sup> Liegt eine gravierende Verletzung grundlegender Gerechtigkeitsprinzipien vor, so etwa John Rawls, dann könne ziviler Ungehorsam gerechtfertigt sein, wenn andere institutionelle Wege, um die Ungerechtigkeit zu adressieren, ausgeschöpft sind und die Stabilität des gesamten Systems im Auge behalten werde.<sup>8</sup> Auch Jürgen Habermas argumentierte 1983, dass die Idee eines „nichtinstitutionalisierbaren Mißtrauens gegen sich selbst“ zum demokratischen Rechtsstaat gehöre.<sup>9</sup> Denn auch im Rechtsstaat können sich legale Regelungen als illegitim erweisen; und zwar dann, wenn sie den moralischen Prinzipien des modernen Verfassungsstaates zuwiderlaufen.<sup>10</sup> Solche Situationen können nicht die Institutionen des Rechtsstaates selbst erken-

nen. Es seien vielmehr die Schwachen und Marginalisierten, die „Müheseligen und Beladenen“ ohne privilegierte Möglichkeiten der Einflussnahme, welche Irrtümer und Ungerechtigkeiten zuerst erfahren. „Auch aus diesem Grund“, so Habermas, „ist der plebiszitäre Druck des zivilen Ungehorsams oft die letzte Möglichkeit, Irrtümer im Prozeß der Rechtsverwirklichung zu korrigieren oder Neuerungen in Gang zu setzen“.<sup>11</sup>

So einleuchtend diese Beobachtungen sind, so wenig folgt aus ihnen jedoch zunächst für die Praxis und Wissenschaft des Rechts. „Es gibt keine habermaskonforme Auslegung des Grundgesetzes“, schreibt der Staatsrechtler Klaus Ferdinand Gärditz in diesem Band und verweist darauf, dass auch scharfe Konflikte nach den Spielregeln des Grundgesetzes auszutragen seien. Mit dieser Beobachtung steht Gärditz nicht alleine da. Bereits in den 1980er Jahren haben sich die deutschen Rechtswissenschaften intensiv mit dem zivilen Ungehorsam beschäftigt (bevor sie das Thema in einen fast vierzigjährigen Dornröschenschlaf schickten). Auch damals sah die Mehrheit im zivilen Ungehorsam einen Fremdkörper, der weder in das demokratietheoretische noch in das dogmatische Vokabular der Rechtswissenschaft integriert werden sollte. Da das Grundgesetz die Institutionen und Verfahren politischer Willensbildung abschließend regelt, zählen allein der positiv gesetzte Mehrheitswille sowie diejenigen *checks and balances*, auf die wir uns demokratisch geeinigt haben. Für selektiven Rechtsgehorsam sei innerhalb unseres Verfassungsgefüges kein Platz.<sup>12</sup> Andere zeigten sich demgegenüber offener dafür, die Rechtswissenschaften für die Wertungen der politischen Theorie zu öffnen. Auch wenn der offene Rechtsbruch in der Tat nicht einfach legalisiert werden sollte,<sup>13</sup> könne die demokratietheoretische und staatsbürgerliche Dimension zivilen Ungehorsams aber jedenfalls mildernd auf Ebene der Strafzumessung berücksichtigt werden. Denn wer zivilen Ungehorsam übe,

handele nicht aus reinem Egoismus oder ökonomischem Eigennutz, sondern handele symbolisch, aus moralischen Motiven, als kritische Demokratin.<sup>14</sup>

## Zurück im Scheinwerferlicht

In den Debatten des Jahres 2023 hallen beide dieser Positionen nach, die im Lichte des zivilen Ungehorsams der Klimabewegung teils wiederholt, teils nuanciert und teils weitergedacht werden.<sup>15</sup> Das Gespenst des Ungehorsams, es ist zurück im Scheinwerferlicht der Rechtswissenschaften. Das zeigt auch eine bahnbrechende Dissertation, die den zivilen Ungehorsam als Verfassungsinterpretation theoretisiert und ihm damit auch aus rechtswissenschaftlicher Perspektive einen legitimen Platz im demokratischen Rechtsstaat zuweist.<sup>16</sup>

Doch auch jenseits der Fachdiskurse ist das Interesse an juristischen Antworten auf zivilen Ungehorsam immens. Weit über juristische Kreise hinaus werden Ermittlungs- und Gerichtsverfahren, aber auch Texte und Äußerungen von Rechtswissenschaftler:innen verfolgt und kommentiert. Die Intensität und Breite der Debatte kann dabei aus zweierlei Gründen nicht erstaunen: *Zum einen* ist das Instrument des zivilen Ungehorsams mit den gut koordinierten Aktionen der „Letzten Generation“ innerhalb von sehr kurzer Zeit (wieder) zu einem politischen Faktor in der Bundesrepublik geworden. Das sorgt für Verunsicherung, aber auch für berechtigte Nachfragen. Ob, wie und wessen ziviler Ungehorsam Einfluss auf politische Entscheidungen haben sollte, ist eine Frage, die sorgfältig diskutiert werden muss. Dass auch die breitere Öffentlichkeit diese Diskussion aufgreift, ist aus Perspektive der demokratischen Kultur ein gutes Zeichen. *Zum anderen* weitet der zivile Ungehorsam der „Letzten Generation“ die Koordinaten des Ungehorsams aus, indem nicht mehr vornehmlich der Staat, sondern

private Dritte durch die Aktionen getroffen werden. Ein solches Spiel über Bande, in dem auf staatliches Handeln abgezielt, aber die Disruption öffentlichen Lebens das Mittel ist, ist als Aufmerksamkeitsstrategie erfolgreich, wirft zugleich aber neue (politische wie rechtliche) Fragen der Rechtfertigung auf. Abwägungsentscheidungen verkomplizieren sich, während gleichzeitig Rufe nach schnellen und harten staatlichen Antworten lauter werden.<sup>17</sup>

## Zum Aufbau dieses Buchs

Dieses Buch ist aus einem Teil jener öffentlichen Debatten über die Legitimität und Legalität zivilen Ungehorsams in der Klimakrise hervorgegangen. Es versammelt Texte, die zwischen November 2022 und August 2023 auf dem Verfassungsblog erschienen sind und auf unterschiedliche Phasen und Aspekte der Debatte reagieren. Nahezu von Anbeginn der Proteste der „Letzten Generation“ hat der Verfassungsblog das Thema begleitet. Einmal mehr haben die Debatten der letzten Monate dabei gezeigt, wie wichtig eine Schnittstelle zwischen Wissenschaft und Öffentlichkeit ist; zahlreiche Texte wurden breit geteilt, intensiv diskutiert und fanden schnell Eingang in Literatur und Rechtsprechung. Nicht zuletzt wegen des starken öffentlichen Interesses haben wir uns daher dazu entschlossen, ausgewählte Texte zum zivilen Ungehorsam und der staatlichen Reaktion darauf in Buchform zur Verfügung zu stellen. Wo nötig, haben die Autor:innen ihre Texte leicht aktualisiert, sich aber ansonsten darum bemüht, ihre Beiträge möglichst unverändert zu belassen.

Die Texte in diesem Buch sind nicht chronologisch, sondern entlang vier größerer Themen geordnet, die die Debatte zum zivilen Ungehorsam bei uns bestimmt haben. Im ersten Teil versammelt das Buch Texte, die sich auf grundsätzlicherer Ebene mit dem Verhältnis



von zivilem Ungehorsam, Legitimität und Legalität beschäftigen. Der zweite Teil stellt die Antworten der Strafverfolgungsbehörden in den Mittelpunkt und kreist insbesondere um die bundesweiten Hausdurchsuchungen und Ermittlungen gegen Mitglieder der „Letzten Generation“ wegen Bildung einer kriminellen Vereinigung. Die Texte des dritten Teils untersuchen, wie sich die Proteste der Klimabewegung auf zwei Kerninstitute des Strafrechts auswirken: die Notwehr und den rechtfertigenden Notstand. Während es bei der Notwehr um die Frage geht, ob und innerhalb welcher Grenzen blockierte Autofahrer:innen gegen Sitzblockaden vorgehen dürfen, beschäftigen sich gleich drei Texte mit einem spektakulären Urteil des Amtsgerichts Flensburg, das einen Hausfriedensbruch aufgrund der eskalierenden Klimakrise als gerechtfertigt sah. Im vierten und letzten Teil bringen wir schließlich einige verwaltungsrechtliche und rechtsvergleichende Perspektiven zusammen. Neben polizei-, beamten-, versammlungs- und schulrechtlichen Fragen werfen zwei Texte einen Blick nach Australien und in das Vereinigte Königreich und untersuchen, wie der Staat anderswo auf zivilen Ungehorsam in der Klimakrise reagiert. Denn das Gespenst des Ungehorsams, es hat sich längst globalisiert.

*Vielen Dank an Keanu Dölle und Evin Dalkilic für die Unterstützung bei der Fertigstellung dieses Buchs sowie an Friedrich Zillesen für das Redigat der Blogfassungen von Tobias Gafus, Lena Herbers, Thorsten Koch, Katrin Höffler, Stefan König und Michael Kubiciel.*

## Nachweise

1. Vgl. zum Verhältnis von Demokratie und Klimakrise statt vieler nur Alyssa Battistoni und Jedediah Britton-Purdy, *After Carbon Democracy, Dissent* 67 (2020), 51 ff.; Amanda Machin, *Democracy, disagreement, disruption: agonism and the environmental state, Environmental Politics* 20 (2020), 155 ff.
2. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021 - 1 BvR 2656/18 -, Rn. 117 („Potenziell betroffen ist praktisch jegliche Freiheit, weil heute nahezu alle Bereiche menschlichen Lebens mit der Emission von Treibhausgasen verbunden sind [oben Rn. 37] und damit nach 2030 von drastischen Einschränkungen bedroht sein können.“).
3. Vgl. statt vieler nur Kyrill-Alexander Schwarz, *Rechtsstaat und ziviler Ungehorsam, NJW* 2023, 275 ff.
4. Vgl. hierzu bereits die Ausführungen bei Günter Frankenberg, *Ziviler Ungehorsam und Rechtsstaatliche Demokratie, Juristenzeitung* 39 (1984), 266, 274.
5. Auch im Klimabeschluss des BVerfG, (Fn. 2, Rz. 186), klingt diese Dimension an: „Vor diesem Hintergrund begründen Vorschriften, die jetzt CO<sub>2</sub>-Emissionen zulassen, eine unumkehrbar angelegte rechtliche Gefährdung künftiger Freiheit, weil sich mit jeder CO<sub>2</sub>-Emissionsmenge, die heute zugelassen wird, das verfassungsrechtlich vorgezeichnete Restbudget irreversibel verkleinert und CO<sub>2</sub>-relevanter Freiheitsgebrauch stärkeren, verfassungsrechtlich gebotenen Restriktionen ausgesetzt sein wird (näher oben Rn. 117 ff.)“.
6. Ronald Dworkin, *Ethik und Pragmatik des zivilen Ungehorsams*, in: Andreas Braune (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam*, 2023, 253 ff.
7. Die Ansätze sind dabei deutlich vielfältiger als die hier lediglich bei-

spielhaft wiedergegeben Stimmen aus der liberalen politischen Philosophie. Für einen Überblick vgl. William E. Scheuermann (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Civil Disobedience*, 2021.

8. John Rawls, *A Theory of Justice*, 1971 (1999), S. 326 – 328. Hinter diesen drei Kriterien stecken voraussetzungsvolle Annahmen, die hier aufgrund der Kürze des Formats nicht wiedergegeben werden können. Für eine kontextualisierende Einordnung von Rawls' Voraussetzungen an die Rechtfertigung zivilen Ungehorsams innerhalb seines Gesamtwerks vgl. Alexander Kaufmann, *Liberalism: John Rawls and Ronald Dworkin*, in: William E. Scheuermann (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Civil Disobedience*, 2021, S. 80 ff.
9. Jürgen Habermas, *Ziviler Ungehorsam - Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik*, in: Peter Glotz (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, 1983, S. 29, 39.
10. Ebenda.
11. Jürgen Habermas, *Ziviler Ungehorsam - Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik*, in: Peter Glotz (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, 1983, S. 29, 40.
12. Vgl. etwa Josef Isensee, *Ein Grundrecht auf Ungehorsam gegen das demokratische Gesetz? – Legitimation und Perversion des Widerstandsrechts*, in: Andreas Braune (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam*, 2023, 229 ff.
13. Vgl. für den Versuch einer grundrechtlichen Rechtfertigung zivilen Ungehorsams aber Ralf Dreier, *Widerstandsrecht und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, in: Peter Glotz (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, 1983, S. 54, 60 ff. Warum es nicht zuletzt aus kritischer Perspektive gewichtige Einwände gegen den Legalisierungs-

versuch Dreiers gibt, zeigt Günter Frankenberg, *Ziviler Ungehorsam und Rechtsstaatliche Demokratie*, *Juristenzeitung* 39 (1984), 266, 270 („normalisieren und entpolitisieren den zivilen Ungehorsam“).

14. Günter Frankenberg, *Ziviler Ungehorsam und Rechtsstaatliche Demokratie*, *Juristenzeitung* 39 (1984), 266, 274-275.
15. Vgl. nur Hans Michael Heinig, *Heiligt der Zweck die Mittel? Zum Umgang mit zivilem Ungehorsam im demokratischen Rechtsstaat*, *NK Neue Kriminalpolitik* 35 (2023), 231 ff.; Jonas Botta, *Klimaaktivismus im demokratischen Rechtsstaat*, *VerwArch* 2023, 206 ff.; Kyrill-Alexander Schwarz, *Rechtsstaat und ziviler Ungehorsam*, *NJW* 2023, 275 ff.
16. Vgl. Samira Akbarian, *Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation*, 2023.
17. Wie drastisch der Staat auf jene Rufe reagiert, zeigt der Umstand, dass zum Zeitpunkt der Finalisierung dieses Buchs 27 Mitglieder der „Letzten Generation“ für bis zu 30 Tage in bayrischer Präventivhaft sitzen, unter anderem zum Schutz der Internationalen Automobilausstellung IAA.

---

**GRUNDLAGEN: ZIVILER UNGEHORSAM  
IM DEMOKRATISCHEN RECHTSSTAAT**



*Katrin Höffler*

**„Ziviler Ungehorsam - Testfall für den  
demokratischen Rechtsstaat“**







... so lautet der Titel eines Aufsatzes von Habermas, erschienen 1983.<sup>1</sup> Genau diesen Testfall erleben wir derzeit.

Einzelne Gruppen der Klimabewegung demonstrieren nicht mehr ausschließlich oder versuchen, durch Petitionen Änderungen anzustoßen, sondern setzen Formen des sogenannten zivilen Ungehorsams ein, um auf ihr Anliegen aufmerksam zu machen,<sup>2</sup> nämlich darauf, dass die Regierung ihre Anstrengungen, den Klimawandel jedenfalls abzumildern, verstärken sollte. So besetzt und blockiert „Ende Gelände“ immer wieder in spektakulären Aktionen den Braunkohleabbau und „Sand im Getriebe“ die Automobilindustrie, während die „Letzte Generation“ neben Straßenblockaden (zur Frage nach deren strafrechtlicher Behandlung s. Bayer<sup>3</sup> sowie Wenglarczyk<sup>4</sup>) und Installationen<sup>5</sup> (z.B. Übergießen des Grundgesetz-Denkmal<sup>6</sup> mit Öl) u.a. auch den Transport durch Pipelines durch ein „Abdrehen“ unterbrach.

Am 24. Mai 2023 erfolgte eine bundesweite Durchsuchungsaktion gegen ausgewählte Mitglieder der „Letzten Generation“, ausgehend von der Generalstaatsanwaltschaft München. Laut Presseberichten wird gegen sieben Mitglieder der „Letzten Generation“ wegen des Verdachts des Bildens einer kriminellen Vereinigung ermittelt. Neben den üblichen Beschlagnahmen wurden Konten eingefroren und die Website der Gruppierung abgeschaltet<sup>7</sup>. Zwischenzeitlich war auf einer Internetseite der Ermittlungsbehörden folgender Text hinterlegt, über dem die Logos des LKA Bayern und der Generalstaatsanwaltschaft München prangten: „Die Letzte Generation stellt eine kriminelle Vereinigung gemäß § 129 StGB dar! (Achtung: Spenden an die Letzte Generation stellen mithin ein strafbares Unterstützen der kriminellen Vereinigung dar!)“. Dieser Text wurde später wieder gelöscht und die Generalstaatsanwaltschaft München räumte ein, einen Fehler gemacht zu haben. Es war schließlich nicht durch ein Gericht rechts-

kräftig festgestellt worden, dass der Tatbestand des § 129 StGB verwirklicht wurde.<sup>8</sup> Die zwischenzeitliche Formulierung verstieß gegen die verfassungsrechtlich geschützte Unschuldsvermutung.

Am Tag zuvor kündigte die neue Berliner Justizsenatorin, die zuvor Vizepräsidentin des Bundesamtes für Verfassungsschutz war, an, dass sie in Berlin prüfen lasse, ob die „Letzte Generation“ doch als kriminelle Vereinigung i.S.d. § 129 StGB einzuordnen sei. Die Staatsanwaltschaft Berlin hatte dies bislang abgelehnt. Innenministerin Nancy Faeser<sup>9</sup> äußerte am 24.5.2023 im Nachgang zu den Durchsuchungen, dass sich der Rechtsstaat nicht auf der Nase herumtanzen lassen dürfe.

Es scheint, als ob „der Rechtsstaat“ – nach Wochen des intensiven Protests durch die „Letzte Generation“ in Berlin – nun „andere Saiten aufziehen“ möchte, und erneut<sup>10</sup> nach dem Strafrecht greift, genauer gesprochen nach einem Tatbestand des ohnehin nicht unproblematischen Präventivstrafrechts. Meine These ist jedoch, dass der Versuch, die Klimaproteste „wegzustrafen“, den Rechtsstaat zwangsläufig schwächt, anstatt ihn zu stärken. Da politischer Protest *im Ausgangspunkt* als wesentliches Element einer demokratischen Kultur ausgehalten werden muss, ist auch der Umgang mit unter Umständen strafbaren Aktionen im Zuge des politischen Protests – freilich im Rahmen des Legalitätsprinzips – mit Augenmaß zu wählen, um diesen Grundsatz nicht zu konterkarieren.

## Kriminelle Vereinigung?

Die zentrale Frage, ob der Tatbestand § 129 StGB, Bildung einer kriminellen Vereinigung, im Falle der „Letzten Generation“ einschlägig ist, ist – wie ausgeführt – in Praxis und Wissenschaft umstritten (dagegen s. beispielhaft zuletzt Wenglarczyk<sup>11</sup>, teilweise differenzierend Fischer<sup>12</sup>).

Vorausgeschickt werden muss: Der Tatbestand des § 129 StGB ist für sich genommen für ein rechtsstaatliches Strafrecht bereits nicht unproblematisch. Er entfernt sich von der eigentlich allein zulässigen Kriminalisierung von Taten hin zur Kriminalisierung des Vorfelds bzw. der Begleitumstände dieser Taten, also hin zum Bilden einer bzw. der Mitgliedschaft in einer kriminellen Organisation. Zugleich ist ein entsprechender Anfangsverdacht (der freilich die Strafbarkeit gemessen am bekannten Wissensstand voraussetzt) ein „Door Opener“ für umfangreiche Ermittlungsmaßnahmen, ohne dass dieser Tatbestand im jeweiligen Fall am Ende wirklich immer das entscheidende Unrecht repräsentiert; hier droht also eine gewisse Instrumentalisierung. Dies ist aber keine legitime Funktion von Straftatbeständen (Roxin/Greco AT I § 2 Rn. 49g ff.). Der Staat muss daher sehr vorsichtig sein, sich einen solchen instrumentalisierbaren prozessualen Legitimationstitel überhaupt selbst zu schaffen.

An dieser Stelle soll nicht entschieden werden, ob man auf den Tatbestand als solches verzichten sollte. Es soll aber jedenfalls festgehalten werden, dass die Aufgabe besteht, ihn so eng als möglich auszulegen, um Grenzen zu setzen, es gewissermaßen mit ihm nicht zu übertreiben.

## **Organisierter ziviler Ungehorsam = Organisierte Kriminalität?**

Fokussiert werden soll im hiesigen Beitrag das tatbestandliche Charakteristikum des Vereinigungszwecks: Zentral für § 129 StGB ist das Anknüpfen an den Zweck der Vereinigung, der auf die Begehung von Straftaten gerichtet sein muss, die eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen.

Üblicherweise werden als „kriminelle Vereinigung“ Gruppen etwa aus dem rechtsextremistischen Milieu oder der Organisierten Krimi-

nalität eingeordnet, also solche Vereinigungen, von deren reiner Existenz eine Bedrohung für die Allgemeinheit ausgeht, denen ein jederzeit aktivierbares kriminelles organisationales Potenzial innewohnt, weil ihr Zweck die Begehung von Straftaten ist.

Durch das 2017 in § 129 StGB eingefügte Kriterium des Mindestmaßes von zwei Jahren im Höchstmaß werden kaum Straftatbestände ausgeschieden (nebenbei: der schon als punitiv kritisierte EU-Rahmenbeschluss von 2008 sieht eine Kriminalisierungspflicht ab einem Höchstmaß von 4 Jahren Freiheitsstrafe vor). Allein dadurch erfolgt also keine sinnvolle Einschränkung des Tatbestands. Daher sollte das von der älteren Rechtsprechung etablierte zusätzliche Erfordernis, dass die von der Vereinigung geplanten oder begangenen Straftaten eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit bedeuten und unter diesem Gesichtspunkt von einigem Gewicht sind, weiterhin Geltung beanspruchen.<sup>13</sup> Anzustellen ist hier eine Gesamtwertung unter Einbezug aller einzelnen Straftaten und deren Auswirkungen; gefragt wird auch, ob diese geeignet sind, in ihren Auswirkungen die öffentliche Sicherheit in Frage zu stellen (vgl. im Einzelnen BGHSt 41, 47).

Es soll nun nicht die rechtliche Diskussion um das Erfüllen einzelner spezifischer Straftatbestände (Liegt Nötigung vor? Ab welcher Blockadedauer und -intensität? Liegt Sachbeschädigung vor bei Kunstaktionen? Wann Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte etc.) geführt werden, auch weil eine Beurteilung ohne hinreichende Sachverhaltskenntnisse, ohne Ermittlungsakten, kaum möglich ist. Vielmehr soll ein grundsätzlicher Befund herausgehoben werden: Die „Letzte Generation“ begeht Straftaten, die vielleicht nerven, stören, aber keine Menschenleben in Gefahr bringen sollen oder dergleichen, auch nicht die Demokratie an sich angreifen, also jedenfalls bisher faktisch nicht geeignet sind, die öffentliche Sicherheit an sich zu gefährden. Die begangenen Taten spielen sich vielmehr in weiten Teilen an

der Grenze zur Strafbarkeit ab – bei den praktisch häufigen, kurzzeitigen und schnell aufgelösten Straßenblockaden ist etwa fraglich, ab wann überhaupt der Nötigungstatbestand einschlägig ist. Das Abdrehen von Pipelines<sup>14</sup> wurde, soweit in der Öffentlichkeit bekannt geworden, wohl bereits seit Längerem aufgegeben; eine Störung der öffentlichen Sicherheit durch die vereinzelt gebliebenen Aktionen blieb – soweit bekannt – aus.

Auch mit Blick darauf, dass es um politischen Protest geht, der derzeit jenseits der Mehrheitsmeinung liegt, kann nichts anderes gelten, denn entscheidend für § 129 StGB ist nicht die politische Breitenwirkung der möglicherweise bezweckten Straftaten, sondern das Ausmaß der von diesen ggf. ausgehenden Rechtsgutsbeeinträchtigung. Anders formuliert: Wer Fernziele bei der Prüfung der Strafbarkeit der eigentlichen Taten heraushalten möchte, darf sie nicht gleichsam als Argument für die Bejahung einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit wieder hervorholen. Und wenn man auch sehen muss, dass die Politik an einer Stelle auf das Rechtsgut durchschlägt, etwa wenn „extreme politische Anliegen ... durch Straftaten mit einem inhaltlichen Bezug und einem erheblichen Demonstrationswert“<sup>15</sup> vermittelt werden, ist zu bedenken: Die „Letzte Generation“ vertritt gerade keine extremen politischen Anliegen. Geschwindigkeitsbegrenzungen sind in vielen Ländern Usus, Gesellschaftsräte werden in Form von Bürger\*innenräten derzeit staatlich erprobt und den Klimawandel abzumildern schrieb sich „Klimakanzler“ Olaf Scholz selbst auf die Fahnen.

## **Straftaten: Tätigkeit von untergeordneter Bedeutung**

Selbst wenn man die Erheblichkeit in den Fällen des Abdrehens von Pipelines oder anderen Sonderkonstellationen doch bejahen sollte, so stünde § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB weiterhin entgegen. Er normiert eine

Ausnahme für solche Fälle, in denen die begangenen Straftaten nur eine untergeordnete Bedeutung haben.

Und hier wird das wesentliche Argument konkretisiert: Man kann der Organisation „Letzte Generation“ insgesamt keinen kriminellen Zweck unterlegen. Es geht ihr in der Tat zuerst um Klimaschutz<sup>16</sup>, und zwar auch nicht etwa über eine durch Straftaten erzeugte Einschüchterung der Gesellschaft, sondern vielmehr um eine Motivierung und Mobilisierung für das allgemein anerkannte Ziel. Wenn man also an dieser Stelle von Gesetzes wegen den Zweck der jeweiligen Organisation untersuchen muss, kommt man doch gar nicht wirklich daran vorbei, die in Bezug auf die einzelnen Taten sog. „Fernziele“ zu berücksichtigen! Infolge dieses allgemein billigenwertigen, sogar vom Bundesverfassungsgericht im Klimabeschluss vorgegebenen Ziels „Klimaschutz“<sup>17</sup> ist übergeordneter Zweck<sup>18</sup> der Gruppierung gerade nicht die Begehung von Straftaten (a.A: wohl Gärditz<sup>19</sup>). Und selbst wenn man nicht ganz so abstrakt ansetzen möchte, auch die weniger „fernen Ziele“ sind keine Straftaten, sondern eher moderate politische Forderungen: Einführung des Tempolimits, Implementierung von Bürger\*innenräten etc. Straftaten sind demgegenüber ein untergeordnetes<sup>20</sup> Mittel zum Zweck, nicht aber Selbstzweck der Gruppierung.

Gestützt wird dieser Befund auch durch ein Weiten des Blickes: Die „Letzte Generation“ ist Teil der Klimabewegung, also einer Bewegung, die seit Langem für den Klimaschutz eintritt; die Klimabewegung hat auch andere Mittel angewandt wie zum Beispiel angemeldete Demonstrationen, Petitionen etc. Diese führten nicht zu einem hinreichenden politischen Handeln mit Blick auf die engen Zeitvorgaben, die die Umstände laut Klimaforscher\*innen vorgeben. Aus diesem Grund kam es zum Einsatz von zivilem Ungehorsam (dazu Höffler, Verfassungsblog 2022). Nimmt man nun diese Entwicklung in den Blick, so zeigt sich, dass darüber eben stets der übergeordnete Zweck des Kli-

maschutzes bzw. der daraus abgeleiteten moderaten politischen Forderungen steht.<sup>21</sup> Zudem setzt die „Letzte Generation“ weiterhin auch legale Mittel im Rahmen des Protests ein, was zusätzlich unterlegt, dass Straftaten von untergeordneter Bedeutung in Relation zu den genannten Zwecken sind.

## **„Strafrecht (als) eine Art Grenztest“<sup>22</sup>**

Das Strafrecht ist das schärfste Schwert des Staates: Einzelne werden bestraft, in Gefängnisse gesteckt. Strafe ist dann unmittelbar fühlbar. Das Strafrecht ist eben wegen diesen schwersten Eingriffen, die damit untrennbar verbunden sind, immer das letzte Mittel. Es will von seinem Charakter her – so eine gängige Begründung – Rechtsgüter bewahren, z.B. also die Freiheit zur Willensentschließung und -betätigung. Und nun ist vor einer umgekehrten Instrumentalisierung zu warnen: Dazu, politische Botschaften nach dem Motto „Protest lohnt sich nicht“ auszusenden, dient das Strafrecht gerade nicht; harte Strafen gegen einzelne Aktivist\*innen sind nicht primär politisches Kommunikationsmittel, sondern ein harter Grundrechtseingriff für jede\*n, die\*der davon betroffen ist.

## **Big Yellow Taxi**

Im „Big Yellow Taxi“<sup>23</sup> stecken wir fest, wenn die Straßen blockiert werden. Doch bei aller Gereiztheit über das Ausbremsen unseres Alltags darf nicht vergessen werden, dass die Geschichte in der Tat oft schon kleinen unbequemen Minderheiten recht gegeben hat, die jenseits eines „Alles wird gut“<sup>24</sup> den Blick auf die Missstände in der Gesellschaft lenkten.<sup>25</sup> Nur beispielhaft, weil es zum Thema passt: Auch der Atomausstieg wurde teilweise durch Protestaktionen und

Schienen- und Straßenblockaden erkämpft<sup>26</sup>, die damals ebenso z.T. als kriminell behandelt wurden.<sup>27</sup> Ein guter Teil der Rechtsauslegung, die wir heute in Sachen „Letzte Generation“ anwenden, stammt aus der Rechtsprechung gegen die Anti-Atomkraftbewegung. Deren Anliegen sind inzwischen zum politischen Konsens erstarkt. Zentrale Erkenntnis daraus kann doch sein, dass eine Demokratie viel an Protest aushalten kann und sollte, vor allem eine solche, die sich ihrer eigenen Grundlagen sicher ist und sich auch Veränderung zutraut; ansonsten würden Veränderungen auch *blockiert*. Natürlich gibt es auch in einer Demokratie Machtausübung, eben besonders markant über das Strafrecht. Aber damit sollte man – auch mit Blick auf die Historie der Proteste – zurückhaltend umgehen<sup>28</sup>, aus ganz grundsätzlichen Gründen, aber auch soweit es die „Letzte Generation“ betrifft.

Im anderen Fall, also dass der Staat weiterhin versucht, die Klimaproteste „wegzustrafen“ und dazu immer stärker aufrüstet,<sup>29</sup> droht eine – in der Sache völlig unnötige – Eskalation durch eine Vertiefung der Gräben. Dann ist es gut möglich, dass die „Letzte Generation“ wie auch andere Gruppen der Klimabewegung den Staat nicht mehr zum Handeln auffordern, sondern das Vertrauen in ihn verloren geht.<sup>30</sup> Dies wäre angesichts unseres intergenerationellen Auftrags, den Klimawandel abzumildern, im Nachhinein wohl „kaum zu verzeihen“.<sup>31</sup>

*Dank gebührt Andreas Werkmeister, Katharina Reisch, Hauke Bock und Tim Festerling für Feedback.*



## Nachweise

1. Jürgen Habermas, Ziviler Ungehorsam - Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik, in: Peter Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983, S. 29-53.
2. „Weck mich auf“, Song von Samy Deluxe. Fast alle Songs, die den Text begleiten, sind unter der Playlist „Testfall Ziviler Ungehorsam“ abrufbar, [https://open.spotify.com/playlist/4tK8SKOJP2qeHJSvIabGmd?si=\\_2lMzvdTRI-2Pq38ERVfrQ&nd=1](https://open.spotify.com/playlist/4tK8SKOJP2qeHJSvIabGmd?si=_2lMzvdTRI-2Pq38ERVfrQ&nd=1).
3. Daria Bayer, Auto fahren oder Klima retten? Ziviler Widerstand und die Zweck-Mittel-Relation, Verfassungsblog, 6.10.2022, <https://verfassungsblog.de/auto-fahren-oder-klima-retten/>, zuletzt abgerufen am 21.07.2023.
4. Fynn Wenglarczyk, Feindbild Klimaaktivismus: Über den Ruf nach (härteren) Strafe(n) für Klimaaktivist\*innen, Verfassungsblog, 10.11.2022, <https://verfassungsblog.de/feindbild-klimaaktivismus/> (zuletzt abgerufen am 21.07.2023)
5. Ob „das (ist) alles von der Kunstfreiheit gedeckt“ ist (Song von Danger Dan), bleibt gesonderter Prüfung vorbehalten.
6. Lorenz Wielenga, Demokratische Proteste als Majestätsbeleidigung des Grundgesetzes: Über die maßlose und gefährliche Kritik am Klimaschutz-Aktivismus, Verfassungsblog, 08.03.2023, <https://verfassungsblog.de/demokratische-proteste-als-majestaetsbeleidigung-des-grundgesetzes/> (zuletzt abgerufen am 21.07.2023)
7. Zu Fragen der Beschlagnahme incl. Abschaltens der Homepage (hätte u.U. eine Kopie ebenso gedient?) vgl. die Stellungnahme von Brodowski in: Berger/Sehl/Zimmermann, Chaos um Warnhinweis gegen

- Letzte Generation”, Legal Tribune Online, 24.05.2023, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/vorverurteilung-letzte-generation-kriminelle-vereinigung-generalstaatsanwaltschaft-muenchen-warnung/> (zuletzt abgerufen am 21.07.2023)
8. Dazu im Interview Marc Zöller am 24.5.2023, der die Formulierung für „absolut unzulässig“ hielt; eine ausführliche Schilderung des Homepage-Fiascos findet sich bei Berger/Sehl/Zimmermann, Fn. (7).
9. Tagesschau, 20 Uhr, 24.05.2023, <https://www.ardmediathek.de/video/tagesschau/tagesschau-20-00-uhr/das-erste/Y3JpZDovL3RhZ2Vzc2NoYXUuZGUvYTkwNmRhZjEtOWQxYS00MGU5LTlhYzAtY2l1ZTMzZTAwYzFILVNFTkRVTkRVTkdTVklERU8> (zuletzt abgerufen am 21.07.2023)
10. Deutscher Bundestag, Parlamentsnachrichten, Expertenmehrheit gegen härtere Strafen für Klima-Aktivisten, <https://www.bundestag.de/presse/hib/kurzmeldungen-929792> (zuletzt abgerufen am 21.07.2023)
11. Vgl. den Beitrag von Fynn Wenglarczyk in diesem Buch.
12. Thomas Fischer, Ist die „Letzte Generation“ eine kriminelle Vereinigung?, Legal Tribune Online, 22.05.2023, <https://www.lto.de/recht/meinung/m/kriminelle-vereinigung-thomas-fischer-letzte-generation/> (zuletzt abgerufen am 21.07.2023).
13. Vgl. etwa aus jüngerer Zeit: BGH StV 2018, 95; dazu s. Schäfer/Anstötz, 4. Aufl. 2021, MüKo-StGB, 4. Aufl. 2021, § 129 Rn. 40; Krauß, LK-StGB, Bd. 8, 13. Aufl. 2020, § 129 Rn. 53; vgl. auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/11275, 10; a.A. Fischer a.a.O. bei Abruf am 24.5.2023; diff. Stein/Greco, SK-StGB, 9. Aufl. 2019, § 129 Rn. 32, 35.
14. In einem solchen Verfahren bejahte die Staatsanwaltschaft Neu-

ruppin wohl den Anfangsverdacht bzgl. § 129 StGB, ebenso jetzt die GenSta München.

15. Schäfer/Anstötz, MüKo-StGB, 4. Auflage 2021, § 129 Rn. 45.
16. Man kann z.B. Bad Religion mit dem Song „Kyoto Now!“ oder „Global Warming Day“ von Breaking Laces, oder grundsätzlich: „A Hard Rains A-Gonna Fall“, Song von Bob Dylan anhören.
17. An dieser Stelle z.B. weiterhören mit Depeche Mode – „The Landscape is Changing“ oder Radiohead – „Idiotheque“ oder Billie Eilish – „All the Good Girls Go to Hell“.
18. Zum Verhältnis von unterschiedlichen Zwecken s. nur Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 129 Rn. 3.
19. Vgl. das Kapitel Klaus Ferdinand Gärditz in diesem Buch, Organisierte „Klimakleber“ als kriminelle Vereinigung?
20. Vgl. (Fn. 18).
21. Im Ergebnis ähnlich, von der Begründung her anders argumentieren Milan Kuhli/Judith Papenfuß, Warum die „Letzte Generation“ (noch) keine kriminelle Vereinigung ist, KripoZ 2 (2023), 71 ff., die die Rechtsgüter in den Blick nehmen.
22. Horst Schüler-Springorum, Strafrechtliche Aspekte Zivilen Ungehorsams, in: Peter Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983, S. 94.
23. Song von Joni Mitchell.
24. Song von Kummer.
25. Nochmal „Weck mich auf“, Song von Samy Deluxe, anhören.
26. Vgl. den Song von Gill Scott Heron – „The Revolution will not be televised“.
27. Zentraler Motor für den Ausstieg war dann wohl leider der Super-

GAU in Fukushima; es ist wünschenswert, dass diese Spürbarkeit über einen „Klima-GAU“ nicht erforderlich ist.

28. Höre Buffalo Springfield – „For What It’s Worth“.
29. So möchte die neue Koalition in Berlin wohl die Präventivhaft zeitlich ausdehnen.
30. „Helpless“ – Neil Young/Crazy Horse.
31. In Anlehnung an den vielzitierten Satz Jens Spahns in der Coronakrise, dass man sich viel zu verzeihen haben werde.

*Klaus Ferdinand Gärditz*

# Aus der Mottenkiste politischer Theorie

*Ziviler Ungehorsam als Lizenz zur Straftat?*





Die reichhaltige Debatte über den Umgang mit „Klimaklebern“ im Koordinatensystem von Verfassungs- und Strafrecht zeigt, dass noch einige Rechtsfragen zu klären sind. Hierbei erscheint es notwendig, einige Argumente abzuschichten und zu sortieren, auch weil bisweilen politisch-theoretische und positiv-rechtliche Topoi verschwimmen.

## **Kein Missbrauch des Strafverfahrens zu verfahrensfremden Zwecken**

Natürlich darf das Strafrecht nicht politisch instrumentalisiert werden. Allgemein besteht die Gefahr, strafprozessuale Maßnahmen einzusetzen, um diffuse präventive Zwecke (Verunsicherung einer Szene, Ressourcenentzug, Einschüchterung) zu erreichen, die kein legitimes Verfahrensziel sind.<sup>1</sup> Ein Missbrauch des Strafverfahrens liegt allerdings nicht vor, wenn ein hinreichender Tatverdacht tatsächlich vorliegt und Maßnahmen im Rahmen bestehender Ermächtigungen rechtmäßig zur Erforschung des Sachverhalts (§ 160 Abs. 1 StPO) eingesetzt werden. Wenn es hierbei kollateral zu einem präventiven Overspill kommt, ist das unschädlich. Auch der Missbrauch des Strafverfahrens als Botschaft, dass sich Protest nicht lohne, wäre selbstverständlich rechtswidrig<sup>2</sup>, ohne dass man hierzu erst auf verfassungsrechtliche Erwägungen zurückgreifen müsste (vgl. schon § 160 Abs. 1-2 StPO). Aber liegt ein Missbrauch hier wirklich nahe? Die Durchsuchungen richten sich offenkundig nicht gegen Proteste für besseren Klimaschutz. Eine apokryphe Botschaft wäre allenfalls, zum Zwecke des Protests keine Straftaten zu begehen. Dies ist aber dem sozialkommunikativen Sinn von Strafverfahren als Reaktion auf einen konflikt-auslösenden Verdacht inhärent und sicher nicht missbräuchlich.

## Legalitätsprinzip oder prozessuale Vorsichtspflicht?

War es dann ein rechtsstaatlicher Drahtseilakt, Hausdurchsuchungen vorzunehmen, obwohl die materiellen Voraussetzungen der Strafbarkeit nach § 129 StGB noch nicht problemspezifisch geklärt sind (so Michael Kubiciel in diesem Band)? Die Einleitung eines Strafverfahrens, um die es zunächst einmal nur geht, folgt dem Legalitätsprinzip (§ 152 Abs. 1 StPO), sodass für eine Zurückhaltung aus Rücksichtnahme auf politische Folgen oder Subsumptionsschwierigkeiten insoweit kein Raum ist. Zwar bezieht sich der Anfangsverdacht primär auf kognitiv hinreichende Tatsachen. Diese müssen aber materiell zutreffend unter einen Straftatbestand subsumiert werden. Subsumptionsmaßstäbe gehen also in das Wahrscheinlichkeitsurteil ein, ob die Ermittlungen eine verfolgbare und ggf. anklagbare (vgl. § 170 Abs. 1 StPO) Straftat ergeben könnten. Das richtet sich primär – als Orientierungsmatrix im Rahmen eines Vertretbarkeitsmaßstabs – nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung.<sup>3</sup>

Hier fehlt es an einer belastbaren Rechtsprechung, die eine eindeutige Orientierung für die Behandlung der „Klimakleber“ bildet. Insoweit müssen also schlicht in eigener Verantwortung der Staatsanwaltschaft strafrechtsdogmatisch Auslegungsfragen geklärt werden. Zu berücksichtigen ist, dass eine Staatsanwaltschaft durch Nichtanklage eine Klärung von Auslegungsfragen der Rechtsprechung entzieht, was die Struktur des Legalitätsprinzips unterlaufen kann.<sup>4</sup> Jedenfalls bestünden – mehr kann ich aus meiner Fachkompetenz nicht dazu beitragen – keine verfassungsrechtlichen Bedenken, § 129 StGB dahingehend auszulegen, dass organisierte Straftaten nach §§ 113, 240, 315, 315b, 304 StGB, um die es hier vor allem geht, trotz ihrer Politizität erfasst sind. Der Einwand, § 129 StGB sei gemessen an Art. 103 Abs. 2 GG zu unbestimmt (so Thorsten Koch in diesem Band), ist wenig



überzeugend, wenn man die sehr klare Verweisungsstruktur in § 129 Abs. 1 StGB auf die Bezugsstraftaten und die präzisierende Legaldefinition in § 129 Abs. 2 StGB mit dem vergleicht, wie andere Straftatbestände gefasst sind. Jedenfalls das BVerfG war immer pragmatisch zurückhaltend und hat Bestimmtheitsanforderungen im Strafrecht nicht überspannt. Selbst wenn man – anders als hier – eine verfassungskonforme Einschränkung des Tatbestandes für geboten erachten wollte, ginge es um begriffliche Korrekturen, deren Komplexität im Vergleich zu grundrechtssensiblen Tatbeständen wie §§ 90a, 130, 185, 240 Abs. 2 StGB überschaubar bliebe.

Ohne spezifisch verfassungsrechtliche Begrenzungen dürfte – abhängig vom konkreten Ermittlungsstand in den Akten – die Strafbarkeit nach § 129 StGB naheliegen und Anhaltspunkte jedenfalls für einen Anfangsverdacht ausreichen. Dieser rechtfertigt dann nicht nur die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens (§ 152 Abs. 1 StPO), sondern grundsätzlich auch die Durchsuchungen (§ 102 StPO) als Standardmaßnahmen, Beweismittel aufzufinden. Das ist nichts Besonderes. Eine Hausdurchsuchung hätte auch jeder zu gewärtigen, der in den Verdacht gerät, Fahrräder geklaut zu haben. Und ohne Beschlagnahme von Datenträgern wird sich eine mutmaßliche Vereinigungsstruktur kaum aufklären lassen, sodass eine „zurückhaltende“ Auswahl der Eingriffsbefugnisse hier faktisch das Legalitätsprinzip unterlaufen würde. Manche Empörung über die Durchsuchungen folgte hier typischer Rhetorik medialer Skandalisierung („Razzia“ wie bei der „Mafia“) oder ist reichlich weltfremd, was die tägliche Praxis der Strafverfolgung betrifft.

## Verfolgungsverbot bei Radikalisierungsgefahr?

Ob hierdurch eine Tendenz zur Radikalisierung verstärkt wird (so Fynn Wenglarczyk in diesem Band), bleibt Spekulation. Aus gutem Grund ist dies jedenfalls kein zulässiges Entscheidungskriterium einer Staatsanwaltschaft, die auf einen Anfangsverdacht nach Legalitätsprinzip handeln muss. Das schließt originär politische Folgenprognosen aus, ob Strafverfolgung demokratiepolitisch sinnvoll ist oder nicht bzw. ob Strafe alles nur noch schlimmer macht. Auch das öffentliche Interesse bei einer – vermutlich viele Fälle von Randpersonen betreffenden – Einstellung nach §§ 153, 153a StPO kann zwar verschiedene Opportunitätserwägungen integrieren, ein Ort für eine politisch motivierte Rücksichtnahme durch Staatsanwaltschaften ist dies aber nicht.

## Erhebliches Störungspotential?

Selbst wenn man weiterhin (wie Höffler<sup>5</sup>) mit der früheren Rechtsprechung des BGH fordert, dass die Bezugstaten konkret „eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit bedeuten“ und bei einer Gesamtabwägung „von einigem Gewicht“ sein müssten,<sup>6</sup> wird man diese Voraussetzungen bei den „Klimaklebern“ eher bejahen können. In seiner Leitentscheidung im Jahr 1995 hat der BGH bezeichnenderweise einen Freispruch aufgehoben und klargestellt, dass auch einfache Sachbeschädigungen (§ 303 StGB), im Fall rechtsradikale Graffitis, die (damalige) Erheblichkeitsschwelle des § 129 StGB erreichen könnten. Für die systematische und organisierte Blockade öffentlicher Infrastrukturen, deren – legitimerweise klimaschutzpolitisch kritisierte – Widmung sehr heterogenen und ebenfalls unterschiedlich grundrechtlich geschützten Mobilitätsinteressen sowie der öffentlichen Versorgung dienen, wird man Analoges annehmen können. Jedenfalls verlangt das

Gebot der Verhältnismäßigkeit keine über § 129 Abs. 3 StGB hinausgehenden Restriktionen.

## **Demokratische Resilienz als Auslegungsdirektive?**

Natürlich kann und sollte eine Demokratie viel aushalten (Höffler<sup>7</sup>). Ein paar Protestaktionen und ein wenig Betriebsstörung sind auch in der Historie kontroverser Protestmittel vergleichsweise harmlos. Aufgesetzte Klassenkampfrhetorik ist peinlich, gehörte aber schon immer zum typischen Stilmittel der akademisierten Mittelschicht mit ihren Distinktionsbedürfnissen. Das muss man nicht ernstnehmen. Der demokratische Prozess wird sich nicht von klebrigem Klamauk aus der Bahn werfen lassen. Den Schaden hat allenfalls der Klimaschutz, dessen politische Durchsetzungsfähigkeit von vitalem Interesse für uns alle ist, der aber durch Infantilisierung und effekthascherische Selbstinszenierung vor allem reale Akzeptanzchancen einbüßen dürfte.

Das alles ist jedoch rechtlich unerheblich. Die abstrakte Resilienz einer Demokratie, Störungen auszuhalten, entscheidet nicht die konkrete Legalitäts- und die Sanktionsfrage. Katrin Höffler hat das anschauliche Beispiel angeführt, dass manche Handlungen im Kontext der Proteste gegen die Atomkraft ursprünglich ebenfalls als Straftaten verfolgt wurden, sich am Ende aber der Atomausstieg durchgesetzt hat.<sup>8</sup> Das zeigt in der Tat die Veränderungsfähigkeit stabiler Demokratien. Aber werden hier nicht zwei Sachen inadäquat vermengt? Spekulative Kausalität beiseite: Dass sich ein politisches Ziel durchgesetzt hat, bedeutet sicher nicht, dass damals eingesetzte Mittel legal waren (oder besser als legal hätten behandelt werden sollen). Das BVerfG hatte bekanntlich lediglich Korrekturen bei der Auslegung und der Anwendung der Nötigung (§ 240 StGB) auf „Sitzblockaden“ wegen Art. 103 Abs. 2 GG vorgenommen,<sup>9</sup> die Kriminalisierbarkeit als solche aber

nicht in Frage gestellt<sup>10</sup>. Das BVerfG sah das politische Motiv zutreffend als Strafzumessungsproblem an.<sup>11</sup>

Würde sich eine militante Protestbewegung bilden, die aus klima- und energiepolitischen Gründen die Wiedereinführung der Atomkraft fordert, müssten wir dieser jetzt gleichwohl großzügig Nötigungsmittel belassen? Oder nur nachträglich bedauern, es nicht getan zu haben, nachdem die Kriminalisierten politisch ihr Ziel doch noch erreicht haben und KKW Isar 2 wieder ans Netz geht? Protest lässt sich zudem nicht zum Fortschrittsnarrativ verklären. Zum Beispiel war die weitgehende Einschränkung des Asylgrundrechts (Art. 16a GG), dessen Konzept der sicheren Drittstaaten bis heute auf das Unionsrecht abfährt, ebenfalls Produkt von Protest, weil auf der Straße unappetitlicher Druck von unten gemacht wurde – damals auf Kosten von schutzbedürftigen Menschen durch eine im schlechtesten Sinne „responsive“ Politik. Die Rhetorik des „zivilen Ungehorsams“ hat sich in den letzten Jahren ohnehin konsequent das rechtsextreme Milieu angeeignet. Gerade in der Inszenierung von Widerstand der angeblich Machtlosen von unten gegen „die da oben“ fanden sich dann – wenig überraschend – die diversen Querfronten zusammen, die gemeinsam zum Querdenken gingen. Bekanntlich kam es auch immer wieder zu – rassistisch motivierten – Blockaden von Sammelunterkünften Geflüchteter, die von der Polizei mit Zwang aufgelöst werden mussten. Heidenau lässt grüßen. Soll das – bei Nötigung – straffrei bleiben, weil man eben „flüchtlingskritische“ Positionen als Meinung demokratisch aushalten muss? Hoffentlich nicht.

## Quergedachter Ungehorsam

Dass die Klimaschutzforderungen fraglos sehr gut begründet sind, ist jedenfalls kein valides Kriterium zur rechtlichen Bewertung der hete-

rogenen Protesthandlungen. Die Versammlungs- und Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 8 Abs. 1 GG) sind keine „Gütesiegel“<sup>12</sup>, hängen also nicht von der Qualität der Argumente ab. Politische Freiheitsrechte stehen für jeden Unsinn zur Verfügung, weil dem Staat gerade imperative Qualitätsurteile über Meinungsinhalte versagt bleiben sollen. Was man „Klimaklebern“ zugesteht, müsste man also gleichermaßen der Klimawandelleugner-Szene gewähren, deren Bedeutung – so ist zu befürchten – anwachsen wird, sobald mit wirksamem Klimaschutz ernst gemacht würde. Wenn schon triviale Bagatelleingriffe wie ein Tempolimit die Gemüter zur Erregung bringen, kann man sich ausmalen, welche Dimension der Protest bottom up annimmt, wenn es um wirkliche Einschnitte geht. Wer heute „zivilen Ungehorsam“ zum Rechtfertigungstitel deformiert<sup>13</sup>, wird reife Früchte ernten, wenn Querdenker, Putin-Anhänger, Impfgegner, Wutbürger, Klimawandelleugner oder sonstige politische Esoteriker dann unter Verweis auf die durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GG gebotene Meinungsneutralität das Gleiche einfordern.

## **Verfassungskonformität der Ziele als Rechtfertigungsgrund?**

Dass das Protestziel des Klimaschutzes verfassungskonform ist, steht außer Frage. Wirksamer Klimaschutz ist bereits ein Gebot des Art. 20a GG sowie grundrechtlicher Schutzpflichten; beides hat im Übrigen das BVerfG bisher nicht als verletzt angesehen.<sup>14</sup> Bei der Bewertung insbesondere des § 129 StGB würde das aber auch dann keine Rolle spielen, wenn man tatsächlich – entgegen meiner Auffassung – eine politische Handlungsmotivation berücksichtigt. Denn es kommt nicht auf die Verfassungskonformität der Endziele, sondern auf die eingesetzten Mittel im Verhältnis zu den Nahzielen an. Abwegig wäre es namentlich, die katastrophalen Folgen des – durch die fraglichen Handlungen

in keiner Weise gebremsten – Klimawandels gegen ein bisschen Stau abzuwägen. Abwägungsbelang ist allein das kontextualisierte politische Artikulationsinteresse, das von Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 8 Abs. 1 GG geschützt ist, insoweit aber auch entsprechenden Schranken unterliegt (Art. 5 Abs. 2, 8 Abs. 2 GG). Jedenfalls die hier relevanten allgemeinen Strafgesetze füllen diesen Rahmen verfassungskonform aus, und zwar gerade durch ihre tatbestandliche Entpolitisierung.

Art. 20a GG als Abwägungsbelang zu berücksichtigen, erscheint mir ebenfalls fernliegend. Die Staatszielbestimmung adressiert schon explizit nur Organe staatlicher Gewalt und hat keine Ermächtigungsfunktion gegenüber Privaten. Selbst wenn man der Bestimmung mittelbar eine Abwägungsrelevanz zugunsten Privater im Rahmen offener Straftatbestände entnehmen wollte, bestünde hierfür vorliegend kein Grund. „Klimakleber“ schützen keine Umweltgüter im Sinne des Art. 20a GG. Ankleben an Straßen, Rollfeldern oder Bildern bewirkt kein Gramm CO<sub>2</sub>-Einsparung und ist für den Klimaschutz irrelevant. Vergleichbarkeit mit der – ihrerseits nicht unproblematischen – Rechtsprechung zum Tierschutzrecht besteht daher nicht. Teils wurde zwar ein Eindringen von Tierschützern in verwaarloste Tierzuchtanlagen nach § 34 StGB im Lichte des Art. 20a GG für gerechtfertigt erachtet.<sup>15</sup> Erzwingen politischer Sichtbarkeit eines Themas ist aber keine Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für ein Schutzgut.

## Demokratische Legalität

Demokratische Legalität kann und soll nicht alle Machtasymmetrien beseitigen, wobei man hier auch einmal sehr sorgfältig untersuchen müsste, wer eigentlich wann und wo genau welche Handlungs- und Diskursmacht hat. Die Legalität ist aber der einzige Rahmen, der allen Interessen formal gleiche Artikulationsmöglichkeiten sichert. Illegalität

tät lässt selbstverständlich nicht den Grundrechtsschutz entfallen und bei der Anwendung der Grundrechtsschranken muss auch das Durchgreifen gegen illegales Handeln verhältnismäßig dosiert werden. Etwa im Versammlungsrecht gehört diese Zurückhaltung zur Routine, ohne dass dadurch je die individuelle Strafbarkeit einzelner Versammlungsteilnehmer in Frage gestanden hätte. Die allgemeine Bindung an die Verhältnismäßigkeit ist aber kein Grund, illegales Handeln allein aufgrund einer bestimmten politischen Motivation zu privilegieren.

Wer eine ambitioniertere Klimapolitik einfordert, die dringend nötig wäre, muss eben für politische Mehrheiten werben – wie andere auch. Das BVerfG betont in seinem Klimaschutzbeschluss, der sehr häufig (und wohl oft ungelesen) als Mittel politischer Rhetorik missbraucht wird, normativ überzeugend wie faktenbasiert die vitale Bedeutung des Klimaschutzes, aber auch dessen normative Relativität im Verhältnis zu anderen Gütern.<sup>16</sup> Das Gericht legt daher den notwendigen Konfliktausgleich in die Hände des demokratischen Gesetzgebers.<sup>17</sup> Die politische Öffentlichkeit begleitet diesen Prozess, geschützt durch ihre Grundrechte (neben Art. 5 Abs. 1, 8 Abs. 1 nicht zuletzt auch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG), und hat gewiss allen Grund, kritisch mit der politischen Performance bisheriger Regierungsmehrheiten ins Gericht zu gehen. Von allgemeinen demokratischen Spielregeln, zu denen auch die Strafgesetze als Demarkationslinien gegenseitiger Freiheit dienen, dispensiert das nicht.

## **Ziviler Ungehorsam: Zurück in die Mottenkiste der politischen Theorie!**

Die aus der Mottenkiste der politischen Theorie entlehene Figur des „zivilen Ungehorsams“<sup>18</sup> in ihrer schillernden Unbestimmtheit ist kein grundrechtsdogmatisch plausibles Argument. Es gibt keine

habermaskonforme Auslegung des Grundgesetzes. Ein dysfunktionales Einsickern in das Vokabular der Verhältnismäßigkeit wäre folgenreich und hat das Potential, die Mechaniken angemessenen Interessenausgleichs auszuhebeln, auf den wir alle gerade dann angewiesen sind, wenn wir erfolgreich die Wende in die Klimaneutralität organisieren wollen. In Zeiten, in denen sich die Institutionen des liberal-demokratischen Rechtsstaats immer aggressiveren Anfechtungen ausgesetzt sehen und sich robust behaupten müssen, wird die durchsetzbare Verpflichtung aller Akteure auf die demokratische Legalität zu einem kostbaren Gut. Man sollte es keinem autoritären Illegalismus opfern.



## Nachweise

1. Zutreffend Katrin Höffler in ihrem Kapitel in diesem Buch „Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat“.
2. Nochmals Katrin Höffler, (Fn. 1).
3. Etwa Diemer, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 152 Rn. 13.
4. Vgl. Mavany, in: LR-StPO, Bd. 5/1, 27. Aufl. (2020), § 152 Rn. 40.
5. Katrin Höffler, (Fn. 1).
6. BGH, Urt. v. 22.2.1995 – 3 StR 583/94, BGHSt 41, 47-57.
7. Katrin Höffler, (Fn. 1).
8. Katrin Höffler, (Fn. 1).
9. BVerfGE 92, 1 ff.
10. Vgl. nachfolgend zur Strafbarkeit BGH, Urteil vom 20. Juli 1995 – 1 StR 126/95, BGHSt 41, 182; Beschl. v. 27.7.1995 – 1 StR 327/95 NJW 1995, 2862; Beschl. v. 23.4.2002 – 1 StR 100/02, NStZ-RR 2002, 236.
11. BVerfGE 73, 206 (261).
12. Isensee, in: ders./ Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IX, 3. Aufl. (2011), § 190 Rn. 310.
13. Wer sich den Schutz der Legalität qua Grundrecht besorgen will, möchte eigentlich zivilen Gehorsam pflegen.
14. BVerfGE 157, 30 ff.
15. OLG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 22.2.2018 – 2 Rv 157/17, NJW 2018, 2064.
16. BVerfGE 157, 30 (139, 165).
17. BVerfGE 157, 30 (143).
18. Jürgen Habermas, Ziviler Ungehorsam - Testfall für den demokrati-

schen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik, in: Peter Glotz (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, 1983, S. 29-53.

*Samira Akbarian*

# **Gesetz ist Gesetz?**

*Zur Diskreditierung des „Zivilen Ungehorsams“*





Seit den Hausdurchsuchungen in 15 Wohnungen von Mitgliedern der „Letzten Generation“ hat sich die öffentliche Diskussion um die Aktionen der Gruppe noch einmal intensiviert. Im Zentrum steht dabei der Begriff des „Zivilen Ungehorsams“. Obwohl das dahinterstehende Konzept auf viel, auch auf viel berechnete, Kritik stößt, möchte ich zeigen, dass „ungehorsames“ Protestverhalten die Funktion erfüllt, Ungleichgewichte in den Möglichkeiten politischer Einflussnahme auszugleichen. Ziviler Ungehorsam kann dabei eine integrative Funktion erfüllen; er kann aber auch die diskursiven Verhältnisse aufbrechen und zu gesellschaftlichen und politischen Veränderungen anstoßen. Zudem zeichnet er sich dadurch aus, dass er Visionen einer normativen Zukunft vorstellt und insofern einen Beitrag zur Entwicklung der politischen Gemeinschaft und ihrer Verfassung leistet. Die weltweit zunehmende Kriminalisierung von Protestaktionen missachtet diese demokratische und rechtsstaatliche Bedeutung zivilen Ungehorsams.<sup>1</sup>

## Rechtfertigende Funktion des zivilen Ungehorsams

Die Diskussion um die Protestaktionen der „Letzten Generation“ wird kontrovers geführt. Befürworter\*innen greifen den Begriff des zivilen Ungehorsams auf, um die staatliche Reaktion als repressiven Akt – in den Worten Jürgen Habermas’ als „autoritären Legalismus“ – zu kennzeichnen. Kritiker\*innen entgegnen hierauf den verbreiteten Einwand, dass sich ziviler Ungehorsam seinerseits nicht an die vorgegebenen Bahnen der repräsentativen Mehrheitsdemokratie halte und insofern selbst eine Form des „autoritären Illegalismus“<sup>2</sup> darstelle.

Nicht nur die Aktionen zivilen Ungehorsams provozieren also, auch die Deutungshoheit über den Begriff ist Gegenstand der derzeitigen Auseinandersetzung. Der Grund dafür liegt in der primären Be-

griffsfunktion. Diese ist weniger analytischer Art, der Begriff des zivilen Ungehorsams ist kaum dazu geeignet, das Phänomen klar zu umschreiben. Seine Funktion besteht vielmehr in der politischen und moralischen Rechtfertigung eines Verhaltens. Er vermag einen potenziellen Gesetzesbruch, das heißt auch eine Straftat, zu einer legitimen politischen oder moralischen Protestaktion zu sublimieren.

## **Der Blick in die „Mottenkiste der politischen Theorie“<sup>3</sup>**

In „klassischen“ Konzeptionen der politischen Theorie gehen Definition und Rechtfertigung zivilen Ungehorsams daher ineinander über. John Rawls prägte die Diskussion mit einer „Definition zivilen Ungehorsams als einer öffentlichen, gewaltlosen, gewissenbestimmten, aber politischen gesetzwidrigen Handlung, die gewöhnlich eine Änderung der Gesetze oder der Regierungspolitik herbeiführen soll“<sup>4</sup>. Dem juristisch geschulten Auge kommen diese Kriterien nicht so unplausibel vor, decken sie sich doch zum Teil mit (straf-)rechtlichen Rechtfertigungsmaßstäben. Auch liberale Theorien gehen von einer Art Notstandslage aus, wenn Rawls beispielsweise festhält, dass nur gegen schwerwiegende Gerechtigkeitsverstöße ungehorsames Verhalten gerechtfertigt werden kann.<sup>5</sup> Zudem plädiert er dafür, den Ungehorsam maßvoll einzusetzen und andere politische Einflussmöglichkeiten auszuschöpfen.<sup>6</sup> In einem auch auf dem Verfassungsblog wiederentdeckten<sup>7</sup> Aufsatz legt Habermas eine ganze Reihe von Kriterien fest, die man auf ähnliche Weise als Verhältnismäßigkeitsmaßstab auslegen kann: Der Ungehorsam müsse öffentlich stattfinden, die Aktionen angekündigt und die Strafe akzeptiert werden, er müsse weiterhin symbolischen Charakter haben und insofern auf gewaltfreie Mittel des Protestes beschränkt sein.<sup>8</sup> Die Funktion des zivilen Ungehorsams in dieser Deutung ist mithin eine integrative: Er soll auf Ungerechtig-

keiten aufmerksam machen und dazu auffordern, die Lücke zwischen gerecht und „fast-gerecht“ zu schließen.

Die Aktivist\*innen der „Letzten Generation“ halten sich an die meisten dieser Kriterien: Sie handeln öffentlich, sie kündigen den Großteil ihrer Aktionen auf Pressekonferenzen an, sie lassen sich festnehmen und stehen für ihr Verhalten ein. Ihr Anliegen, globale Klimagerechtigkeit auch für kommende Generationen, ist wohl unbestritten ein – verfassungsgerichtlich anerkannt – schwerwichtiges.

## **Moralische Entwaffnung des Staates**

Zwar wird den Aktivist\*innen Ausübung von Gewalt vorgeworfen und das richtige Maß ihrer Aktionen in Zweifel gezogen (dazu sogleich unten), derzeit sehen wir aber vor allem das umgekehrte Bild: Polizeiliche Schmerzgriffe<sup>9</sup>, deren Rechtmäßigkeit zweifelhaft ist, sowie höchst aggressive Reaktionen einiger Verkehrsteilnehmer\*innen, die Aktivist\*innen unter Schlägen und Tritten von der Straße zerrren. Dass sich die Aktivist\*innen dagegen nicht wehren, dass sie sich treten und wegtragen lassen, dass sie sich verhaften und strafrechtlich verurteilen lassen, unterstreicht die Authentizität ihrer Überzeugung und die Bedeutung ihres Anliegens. Ihr Verhalten zielt darauf, eine grundsätzliche Treue zum Rechtsstaat auszudrücken und doch durch ihre Opferbereitschaft zu signalisieren, dass das Anliegen, für das sie kämpfen, die Bedeutung von Gesetzesgehorsam und sogar ihrer eigenen körperlichen Unversehrtheit überwiegt. Ihre Gewaltlosigkeit stellt sich der Staatsgewalt entgegen und soll diese sowie die politische Öffentlichkeit moralisch entwaffnen. Die Aktivist\*innen appellieren damit an staatliche Autoritäten und die politische Gemeinschaft und befragen sie, ob die politische Ordnung derzeit gerecht gestaltet ist. Sie setzen ihre eigenen Körper und ihre eigene Verletzlichkeit als Protest-

mittel ein und provozieren gerade dadurch, dass sich ihre Anliegen eben nicht so leicht als radikale Spinnerei abtun lassen. Denn die Aktivist\*innen der „Letzten Generation“ nehmen immer wieder Bezug auf das Grundgesetz und den Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts.

## Diskreditierung der Aktivist\*innen durch Deutungshoheit

Im Ungehorsam liegt also auch eine strategische Komponente: Reagiert der Staat auf gewaltfreien Protest mit Gewalt, dann gewinnen die Aktivist\*innen womöglich in der öffentlichen Meinung die Oberhand. Was wir derzeit beobachten können, ist eine Gegenreaktion des Staates darauf, die drei Strategien verfolgt: Erstens, den gewaltfreien Protest als Gewalt „im Rechtssinne“ zu diskreditieren; zweitens, Sitzblockaden den Versammlungscharakter abzusprechen; und drittens, auf weite Straftatbestände (§ 129 StGB) und strafprozessuale Regelungen mit weitem Ermessenspielraum zurückzugreifen, um den Spieß umzudrehen und die Aktionen zivilen Ungehorsams wiederum als Straftat zu de-sublimieren.

Wie diese Strategie juristisch untermauert werden kann, hat Klaus Ferdinand Gärditz mit seinem gewohnten argumentativen Scharfsinn am Beispiel des § 129 StGB vorgeführt.<sup>10</sup> Nach der Lektüre seines Beitrags denkt sich manch eine vielleicht: Ja, es passt doch alles vom Wortlaut und vom gesetzgeberischen Ziel; wer das demokratisch verabschiedete Gesetz bricht, muss mit den Konsequenzen leben. So funktioniert demokratische Legitimität: Gesetz ist Gesetz. Diese Ansicht ist die reflektierte und juristisch fundierte Variante von Aussagen wie derjenigen des Polizeigewerkschaftschefs Rainer Wendt, der die Aktionen der „Letzten Generation“ als „Straßenterror dieser selbsternannten Klimaretter“<sup>11</sup> bezeichnet hat und derjenigen der Bundes-



justizministerin Faeser, „dass der Rechtsstaat sich nicht auf der Nase herumtanzen lässt“<sup>12</sup>. Inwiefern kann diese Bezugnahme auf Recht und Gesetz als eine Diskreditierung des Aktivismus angesehen werden?

## Diskreditierungsstrategie 1: Der Begriff der Gewalt

Die erste Diskreditierungsstrategie blickt auf eine lange Tradition zurück. Die Aussage von Wendt erinnert an die altbekannte Laepple-Entscheidung des Bundesgerichtshofs von 1969, in der dieser eine Sitzblockade auf Straßenbahnschienen als Nötigung bewertete. Dieses Verhalten als legal zu betrachten, liefe dem BGH zufolge auf eine

„Legalisierung eines von militanten Minderheiten geübten Terrors hinaus, welcher mit der auf dem Mehrheitsprinzip fußenden demokratischen Verfassung, letztlich aber auch als Verstoß gegen das Prinzip der Gleichheit aller vor dem Gesetz mit den Grundsätzen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung schlechthin unverträglich ist“.<sup>13</sup>

Zur Erinnerung: In dieser Entscheidung entwickelte der BGH seinen psychischen Gewaltbegriff, wonach das Sitzen auf der Fahrbahn „einen psychisch determinierten Prozeß in Lauf“ setzt, der aufgrund des Gewichts der auf die Fahrzeugführer\*innen ausgeübten „psychischen Einwirkung“ so erheblich sei, dass er einen Gewaltakt darstelle. Während das Bundesverfassungsgericht in der ersten Sitzblockade-Senatsentscheidung diese Auslegung in einer 4:4 Entscheidung noch billigte,<sup>14</sup> kassierte es den psychischen Gewaltbegriff in der zweiten Sitzblockade-Entscheidung.<sup>15</sup> In Reaktion hierauf führte der BGH die sogenannte „Zweite-Reihe Rechtsprechung“ ein – eine Konstruktion, die in ihrer dogmatischen Akrobatik kaum zu übertreffen ist. Danach

nutzen die Sitzenden die erste Reihe von Fahrzeugen als Werkzeug, um alle Fahrzeuge ab der zweiten Reihe am Weiterfahren zu hindern und errichten insoweit ein physisches Hindernis in mittelbarer Täterschaft, was wiederum als Gewalt zu qualifizieren sei.<sup>16</sup> Die Zweite-Reihe-Rechtsprechung wurde daraufhin vom Bundesverfassungsgericht 2011 in einer Kammerentscheidung bestätigt.<sup>17</sup>

Damit ist nach der derzeitigen Rechtsprechung eine Sitzblockade jedenfalls in der Dauer und Intensität und mit dem zusätzlichen Hindernis des Festklebens als Gewalt iSd § 240 StGB anzusehen, auch wenn eine solche Einordnung mit einem sozialwissenschaftlichen und alltagssprachlichen Verständnis schwer vereinbar ist. Was die Rechtsprechungsgeschichte uns aber auch vor Augen führt, geht darüber hinaus: Das Gesetz und seine Interpretation sind nicht für immer in Stein gemeißelt; Interpretationen von Rechtsbegriffen können sich ändern und diese Veränderung kann durch Aktionen zivilen Ungehorsams angestoßen werden. Auch die Produktion von „Testfällen für die Verfassung“<sup>18</sup> ist Teil ihrer integrativen Funktion. Mal abgesehen davon, dass uns die Rhetorik des BGH im konkreten Fall – es ging um eine Sitzblockade gegen eine Fahrpreiserhöhung – retrospektiv gerade in politisch-moralischer Hinsicht, gelinde ausgedrückt, übertrieben vorkommt.

## **Diskreditierungsstrategie 2: Fehlverständnis der Versammlungsfreiheit**

Damit komme ich zur zweiten Diskreditierungsstrategie, die auch bereits in der Laepple-Entscheidung antizipiert wird: Zur Frage, ob die Klebeaktionen der „Letzten Generation“ nicht von der Versammlungsfreiheit zumindest dem Schutzbereich nach umfasst und womöglich sogar im Einzelfall gegen Eingriffe geschützt sein könnten. Aus

Formulierungen wie „von militanten Minderheiten ausgeübter Terror“ oder einem Verstoß gegen das „Prinzip der Gleichheit“ und den „Grundsätzen der freiheitlich demokratischen Grundordnung“ geht ein Verständnis von Sitzblockaden hervor, das diesen eine demokratie- und rechtsstaatsfeindliche Richtung beimisst.

Dass Sitzblockaden grundsätzlich von der Versammlungsfreiheit erfasst werden können, stellte das Bundesverfassungsgericht aber in seiner vierten Sitzblockade-Entscheidung fest.<sup>19</sup> Es unterscheidet zwei Arten von Sitzblockaden: solche, die symbolischen Charakter aufweisen und solche, die auf die selbsthilfeähnliche Durchsetzung von Anliegen zielen. Während erstere von der Versammlungsfreiheit umfasst seien, fallen letztere demnach schon aus dem Schutzbereich des Art. 8 GG. Selbst wenn man also davon ausgeht, dass Sitzen Gewalt iSd § 240 StGB darstellt, so könnte das Verhalten aber von der Versammlungsfreiheit erfasst und damit gerechtfertigt sein. Ohne an dieser Stelle auf alle verfassungsrechtlichen Einzelheiten eingehen zu können, möchte ich zumindest darauf aufmerksam machen, dass zwar derzeit konfrontativ ablaufende Sitzblockaden wohl nach der Verfassungsrechtsprechung nicht vom Schutzbereich des Art. 8 GG umfasst sind, dass aber auch diese Rechtsprechung alles andere als gefestigt und für alle Ewigkeit festgelegt ist.

Das verdeutlicht auch ein Blick in die Brokdorf-Entscheidung. Darin hat das Verfassungsgericht bekanntermaßen die demokratische Stellung auch von Versammlungen mit plakativem und demonstrativem Charakter hervorgehoben. In beeindruckender Klarsicht stellt das Gericht fest, dass die Versammlungsfreiheit nicht zuletzt dem Ausgleich unterschiedlicher Möglichkeiten der politischen Einflussnahme dient. Die Passage sei hier in voller Länge in Erinnerung gerufen:

„An diesem Prozess [der politischen Meinungsbildung, S.A.] sind die Bürger in unterschiedlichem Maße be-

teilt. Große Verbände, finanzstarke Geldgeber oder Massenmedien können beträchtliche Einflüsse ausüben, während sich der Staatsbürger eher als ohnmächtig erlebt. In einer Gesellschaft, in welcher der direkte Zugang zu den Medien und die Chance, sich durch sie zu äußern, auf wenige beschränkt ist, verbleibt dem Einzelnen neben seiner organisierten Mitwirkung in Parteien und Verbänden im allgemeinen nur eine kollektive Einflussnahme durch Inanspruchnahme der Versammlungsfreiheit für Demonstrationen. Die ungehinderte Ausübung des Freiheitsrechts wirkt nicht nur dem Bewusstsein politischer Ohnmacht und gefährlichen Tendenzen zur Staatsverdrossenheit entgegen. Sie liegt letztlich auch deshalb im wohlverstandenen Gemeinwohlinteresse, weil sich im Kräfteparallelogramm der politischen Willensbildung im Allgemeinen erst dann eine relativ richtige Resultante herausbilden kann, wenn alle Vektoren einigermassen kräftig entwickelt sind.“<sup>20</sup>

Aus dieser Formulierung wird meines Erachtens deutlich: Wenn es ein Recht auf Versammlung gibt, dann gibt es auch ein Recht zu stören. Versammlungen dürfen und müssen vielleicht sogar die öffentliche Ordnung unterbrechen, wenn sie Machtungleichgewichte ausgleichen und die diskursiven Verhältnisse in Bewegung bringen sollen. Insofern erfüllt der zivile Ungehorsam eine disruptive Funktion: Er regt dazu an, ein Thema auf die politische Agenda zu setzen, aber auch den Begriff der Versammlung anders zu verstehen. Die Verfassungsinterpretation ist auf solche Deutungsangebote angewiesen, denn nur die praktizierte Versammlung kann den Begriff der Versammlung mit Leben füllen.

Auch wenn Dauer, Intensität und Häufigkeit der Aktionen dafür

sprechen, dass Eingriffe in die Versammlungsfreiheit der „Letzten Generation“ gerechtfertigt sein können, sollte ihren Blockaden der Versammlungscharakter nicht von vornherein abgesprochen, ihre demokratische und auch rechtsstaatliche Bedeutung nicht verleugnet werden.

### **Diskreditierungsstrategie 3: Gleichsetzung von Klimaaktivismus mit autoritären Strömungen**

Zu recht wird immer wieder vorgebracht, dass für die „Letzte Generation“ das Recht nicht anders gelten dürfe als für andere Gruppierungen und ihre Anliegen. Eine dritte Diskreditierungsstrategie versucht aber, Ungleiches gleichzusetzen. Wie sich dieser Gedanke auf die Auslegung von Straftatbeständen, insbesondere auf die Verfassungsmäßigkeit und Auslegung von § 129 StGB auswirkt, kann auf dem Verfassungsblog in all seinen Facetten nachgelesen werden.<sup>21</sup> Gehen wir mit der derzeit herrschenden Rechtsprechung davon aus, dass die Klebeaktionen zumindest als Nötigungen nach § 240 StGB angesehen werden können, dann könnte der weite Wortlaut von § 129 StGB umfassen, die „Letzte Generation“ als kriminelle Vereinigung zu verfolgen. Dies eröffnet die Möglichkeit, nach § 160 Abs. 1 StPO Ermittlungsschritte wie Hausdurchsuchungen einzuleiten. Spätestens dabei bleibt den Ermittlungsbehörden aber ein Ermessensspielraum darüber, welche Ermittlungsschritte angebracht sind.

Ist es vor diesem Hintergrund gerecht, die „Letzte Generation“ wie „normale“ Straftäter zu behandeln? Oder sie mit autoritären Bewegungen wie den Querdenker\*innen<sup>22</sup> und Reichsbürger\*innen zu vergleichen? Richtig ist, dass das Recht für alle gleich gilt und jeder Fall einzeln entschieden und beurteilt werden muss. Sehen wir uns die Einzelfälle aber einmal an, dann zeigen sich auch deutliche Unterschie-

de zwischen der „Letzten Generation“ und anderen Gruppierungen. Anders als Reichsbürger\*innen, setzen Klimaaktivist\*innen als Mittel des Protests keine Waffengewalt ein, sondern ihre eigene Verletzlichkeit; anders als Gegner\*innen von Schwangerschaftsabbrüchen richtet sich ihr Protest nicht gegen höchstpersönliche Entscheidungen von Individuen, die dann gezielt bedrängt werden, sondern erfolgt im öffentlichen Straßenverkehr ohne individualisiertes Ziel; und anders als radikale Gruppierungen im eigentlichen Sinne, knüpft ihr Protest an die Verfassung und Deutung der Verfassung, namentlich an Art. 20a GG und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an. Warum sollte das alles bei einer Ermessenentscheidung und bei der rechtlichen Einordnung der Proteste keine Rolle spielen?

Der zivile Ungehorsam von Gruppierungen wie der „Letzten Generation“ verfolgt nämlich andere Ziele als die Straftaten krimineller Vereinigungen. Diese Ziele sind auf die Ausgestaltung der normativen Zukunft ausgerichtet. Insofern übernimmt legitimer ziviler Ungehorsam auch eine präfigurative Funktion.<sup>23</sup> Gemeint ist damit, dass der Ungehorsam in der Gegenwart eine Vision für eine „bessere“ normative Zukunft vorlebt. Verstehen wir Gesetze und die Verfassung als „positiv markierte Möglichkeiten“ (Christoph Möllers), dann schlagen Ungehorsame uns andere positiv markierte Möglichkeiten vor. Im Falle der „Letzten Generation“ ist das eine Zukunft, in der weltweit für alle eine lebenswerte Welt zur Verfügung steht. Das ist eine andere Vision als die der Reichsbürger\*innen und der Querdenker\*innen, weil sie einen verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt hat und auch plausibel auf die Verfassung(srechtsprechung) Bezug nimmt. Im Rahmen von Ermessensentscheidungen dürfen und sollten diese Aspekte eine Rolle spielen; in der moralischen und politischen Bewertung der Aktionen müssen sie es meines Erachtens auch.

Denn: Gesetz mag Gesetz sein. Wie aber die Verfassung zu ver-

stehen ist, unterliegt einem Wandel, an dem diejenigen, die unter der Verfassung leben, auch teilhaben dürfen. Nicht die Praxis des zivilen Ungehorsams gehört deshalb in die Mottenkiste, wohl aber das rigide, expertokratische und unzeitgemäße Verfassungsverständnis, das der zivile Ungehorsam herausfordert.

*Die Verfasserin dankt Christopher Scheid, Regina Schidel und Max Pichl für wertvolle Hinweise.*

## Nachweise

1. Zur weltweiten Tendenz, Klimaproteste zu kriminalisieren vgl. den Bericht des UN-Sonderberichterstatters für Versammlungs- und Organisationsfreiheit, abrufbar unter <https://digitallibrary.un.org/record/3936774>.
2. Siehe den Beitrag von Klaus Ferdinand Gärditz in diesem Band, Aus der Mottenkiste politischer Theorie: Ziviler Ungehorsam als Lizenz zur Straftat?
3. Gärditz, (Fn. 2).
4. Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 21. Aufl., Frankfurt a.M. 2019, S. 401.
5. Ebd. S. 409.
6. Ebd. 410 ff.
7. Katrin Höffler, „Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat“, Verfassungsblog, 25.05.2023, <https://verfassungsblog.de/ziviler-ungehorsam-testfall-fur-den-demokratischen-rechtsstaat/>, zuletzt abgerufen am 21.07.2023.
8. Jürgen Habermas, Ziviler Ungehorsam - Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik, in: Peter Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983, S. 29, 35.
9. Dorothee Mooser, Nervendrucktechniken im Polizeieinsatz: Unzulässiges Zwangsmittel und Verstoß gegen die Menschenrechte?, 2022. Siehe daneben auch den Beitrag von Hannah Espín Grau und Tobias Singelnstein in diesem Band.
10. Vgl. den Beitrag von Klaus Ferdinand Gärditz in diesem Band, Organisierte „Klimakleber“ als kriminelle Vereinigung?



11. Konrad Litschko, Razzia gegen Letzte Generation: Radikal gegen Klimaaktivisten, taz, 24.05.2023, <https://taz.de/Razzia-gegen-Letzte-Generation/!5936687/>, zuletzt abgerufen am 21.07.2023.
12. Ebd.
13. BGHSt 23, 46 (67 f.)
14. BVerfGE 73, 206.
15. BVerfGE 92, 1, I.
16. BGHSt 41, 182 (185 f.).
17. BVerfG NJW 2011, 3020.
18. So der Untertitel von Habermas' Beitrag, siehe Fn. (8).
19. BVerfGE 104, 92.
20. BVerfGE 69, 315 (346).
21. Blog Symposium, Kleben und Haften: Ziviler Ungehorsam in der Klimakrise, <https://verfassungsblog.de/category/debates/kleben-und-haften-ziviler-ungehorsam-in-der-klimakrise/> (zuletzt abgerufen am 21.07.2023).
22. Vgl. Gärditz, (Fn. 2).
23. Vgl. Samira Akbarian, Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation, Tübingen 2023, iE, zu der integrativen (Kapitel 3), disruptiven (Kapitel 4) und präfigurativen (Kapitel 2) Dimension des zivilen Ungehorsams. Dort auch zur neueren politiktheoretischen Forschung zum Thema.



*Lena Herbers*

# Ziviler Ungehorsam als Demokratie





**S**pätestens seit dem Frühjahr 2022 ist ziviler Ungehorsam in Deutschland wieder in aller Munde. Die Justiz, Wissenschaft und die politische Öffentlichkeit sind durch die Protestaktionen insbesondere der „Letzten Generation“ mit dynamischen Entwicklungen konfrontiert. Immer im Raum, aber selten ausgesprochen, steht dabei die Kernfrage: Wann ist es gerechtfertigt, Gesetze zu brechen, um für ein höheres Ideal einzustehen? Ein Blick in die Geschichte sozialer Bewegungen zeigt: Dann, wenn es um existenzielle Krisen geht.

## **Ziviler Ungehorsam als „tiefe Gesetzestreue“**

In seinem Hauptwerk „Eine Theorie der Gerechtigkeit“, das als zentrales Werk der politischen Philosophie gilt, fasste der amerikanische Philosoph John Rawls diese Frage so:

„An welchem Punkt ist die Pflicht, sich den von einer Gesetzgebungs-Mehrheit beschlossenen Gesetzen [...] zu fügen, angesichts des Rechtes zur Verteidigung seiner Freiheiten und der Pflicht zum Widerstand gegen Ungerechtigkeit nicht mehr bindend?“<sup>1</sup>

Rawls geht es um Schwächen innerhalb eines weitgehend gut funktionierenden repräsentativ-demokratischen Systems. In diesem Fall können sich Menschen aufgrund autonomer und verantwortlicher Entscheidungen mit zivilem Ungehorsam als einem öffentlichen Appell an den Gerechtigkeitssinn der Mehrheit ihrer Mitbürger:innen richten und deutlich machen, dass bestimmte Maßnahmen, Regelungen oder Gesetze im Widerspruch mit den allgemein geteilten Gerechtigkeits- und/oder Verfassungsgrundsätzen stünden. Ziviler Ungehorsam drückt insofern eine „tiefere Gesetzestreue“<sup>2</sup> aus. Mit dieser Konzeption entwickelte Rawls eine sehr einflussreiche und stark rezipierte Aufarbeitung und Definition des Konzepts zivilen Ungehorsams.

sams. Er sieht die Rolle von zivilem Ungehorsam als „eine der Stabilisierungskräfte eines konstitutionellen Systems“<sup>3</sup>. Im Rahmen der Gesetzestreue sei ziviler Ungehorsam „ein letzter Ausweg, um die Stabilität einer gerechten Verfassung zu erhalten“<sup>4</sup>. Ziviler Ungehorsam trägt seiner Auffassung nach zur Erhaltung und Stärkung der gerechten Institutionen bei und ist elementarer Bestandteil des demokratischen Systems: Die Aktivist:innen erkennen grundsätzlich die demokratischen Institutionen an und fordern die Politiker:innen zum Handeln auf. Gegenstand des Protests ist die Gefährdung grundlegender Prinzipien, im Fall der Klimabewegung der Erhalt unseres Ökosystems und unserer Lebensgrundlagen.

Die Kerneigenschaft, in der sich der Protest der Letzten Generation“ also von anderen, eindeutig legalen Formen unterscheidet, ist, dass dabei Gesetze gebrochen werden, um auf ein Problem aufmerksam zu machen.

Ein ähnliches Verständnis wie John Rawls entwickeln auch Ronald Dworkin und Jürgen Habermas. Sie verstehen zivilen Ungehorsam in einem liberalen Sinne und berufen sich deshalb zu seiner Rechtfertigung auf Elemente des bestehenden Rechtssystems und Gerechtigkeitsvorstellungen, die der politischen Ordnung zugrunde liegen, sowie auf den geteilten Gerechtigkeitsinn der Mitbürger:innen – ziviler Ungehorsam hat damit vor allem eine symbolische und kommunikative Bedeutung.

## **Ziviler Ungehorsam als Teil der „condition humaine“**

Im Gegensatz zu diesem liberal-demokratischen Verständnis von zivilem Ungehorsam steht das Verständnis von Hannah Arendt und Robin Celikates. Arendt stellt die grundlegende politische Bedeutung von zivilem Ungehorsam ins Zentrum ihrer Überlegungen. Ziviler Ungehorsam

sam entsteht, sofern viele Bürger:innen davon überzeugt sind, dass andere Möglichkeiten, eine Veränderung herbeizuführen, nicht verfügbar seien. Sie versteht das Bedürfnis der Menschen nach Veränderung als Teil der „condition humaine“<sup>5</sup>. Im Gegensatz dazu wurden die Rechtsordnungen mit dem Ziel entwickelt, Stabilität zu gewährleisten. Recht könne zwar stabilisieren und legalisieren, aber eben keine Veränderungen herbeiführen. Ziviler Ungehorsam lässt sich deshalb mit dem politischen Handeln der Bürger:innen rechtfertigen, die aus Arendts Sicht politische Wesen sind. Ziviler Ungehorsam ist daher Teil des „alltäglichen politischen Meinungsstreit[s]“<sup>6</sup>.

Auch der Philosoph Robin Celikates nimmt eine radikaldemokratische Perspektive ein und versteht zivilen Ungehorsam als Ausdruck einer politischen Praxis der Bürger:innen, die auf diese Weise Einspruch gegen politisches Handeln erheben können<sup>7</sup>. Dieser Weg gebe ihnen auch die „Möglichkeit des Einspruchs [...], wenn [...] ihnen die ‚normalen‘ institutionellen Wege verschlossen sind oder diese ihren Widerspruch nicht effektiv übertragen“<sup>8</sup>. Auf diese Weise könne ziviler Ungehorsam bestehende Demokratiedefizite ausgleichen und Beteiligungen ermöglichen.<sup>9</sup> In ähnlicher Weise ordnet Hannah Arendt zivilen Ungehorsam als „Heilmittel für [die repräsentative Republik und] deren Legitimationsprobleme“<sup>10</sup> ein. Ziviler Ungehorsam begründet sich aus der Perspektive von Arendt und Celikates in der andauernden performativen Herstellung des Demokratisierungsprozesses und nicht wie bei Rawls, Dworkin und Habermas im ‚Notstand‘ bestimmter Gerechtigkeitsdefizite.

## **Ziviler Ungehorsam als Reaktion auf existenzielle Krisen**

Vor diesem theoretischen Hintergrund ist der zivile Ungehorsam der Klimaaktivist:innen zunächst allgemein als Anzeiger für einen gra-

vierenden gesellschaftlichen Missstand zu verstehen. Gegenstand des Protests sind letztlich die Fundamente unserer Zivilisation: Im Fall der Klimabewegung der Erhalt unseres Ökosystems und unserer Lebensgrundlagen. Dies ist nach Rawls eine wichtige Bedingung für die Legitimität des Protests, ebenso wie das Verständnis von zivilem Ungehorsam als *ultima ratio*. Die Klimabewegung versucht seit über zehn Jahren auf unterschiedlichen Wegen, Veränderungen in der Politik herbeizuführen. Zahllose Petitionen, Klagen und landesweite Demonstrationen führten bisher nicht zu den notwendigen Veränderungen, um die Klimakrise einzudämmen. Deswegen nutzen Aktivist:innen jetzt vermehrt den zivilem Ungehorsam als politisches Instrument.

Mit diesem Protest verleihen die Aktivist:innen ihrem Anliegen eine stärkere Sichtbarkeit, intensivieren die gesellschaftliche Auseinandersetzung mit der Klimakrise, über die im Kontext der Proteste berichtet wird. Und sie weisen – im Anschluss an Robin Celikates – auf ein bestehendes Demokratiedefizit hin: Denn insbesondere jüngere Menschen sind einerseits politisch weniger stark repräsentiert und müssen andererseits stärker als die älteren Generationen mit den Konsequenzen der Klimakrise leben. Versteht man wie Arendt Demokratie als fortlaufenden Prozess (und nicht als ‚Staatsgebäude‘ mit seinen Institutionen), legitimiert gerade dessen Aufrechterhaltung und Erweiterung den aktuellen zivilen Ungehorsam. So wird, im Sinne Arendts, politische Veränderungen herbeigeführt. Rückblickend lässt sich auch für andere soziale Bewegungen wie die Anti-Atom-Bewegung feststellen, dass diese Strategie erfolgreich sein kann: „Tatsächlich hat die Bereitschaft zum zivilen Ungehorsam dazu geführt, dass die Proteste nicht länger ignoriert werden konnten und es zu einer breiten Diskussion des Anliegens der Protestierenden kam.“<sup>11</sup>

Blickt man zeithistorisch in die deutsche Protestgeschichte, sind insbesondere Blockaden ein häufig genutztes Mittel des zivilen Unge-



horsams – man denke an Mutlangen und weitere Orte in den 1980er-Jahren, wo Aktivist:innen der Friedensbewegung Zufahrten zu Kasernen und militärischen Einrichtungen blockierten, um gegen die Stationierung von atomaren Mittelstreckenraketen zu demonstrieren und auf diese Weise Aufmerksamkeit für das Thema der Wiederbewaffnung und eines möglichen Atomkriegs zu schaffen. Auch die Anti-Atomkraftbewegung nutzte Straßen- und Gleisblockaden aus Protest gegen die Atommüll-Transporte nach Gorleben. Daneben wurde auch der Bau von Anlagen wie beispielsweise dem Atomkraftwerk in Wyhl am Kaiserstuhl oder einer Wiederaufbereitungsanlage in Wackersdorf mit Aktionen des zivilen Ungehorsams verhindert.

Die bewegungssoziologische Analyse im Rahmen meiner empirischen Forschung zeigt: Ziviler Ungehorsam ist als Protestmittel immer dann besonders gut legitimierbar, wenn es um als existenziell wahrgenommene Krisen geht. So warnen die Aktivist:innen der Friedensbewegung in ihren Dokumenten vor der drohenden Gefahr des nuklearen ‚Overkills‘, also der Auslöschung der Menschheit durch den Einsatz von Atomwaffen. Atomare Aufrüstung wird so als Schritt hin zu dieser existenziellen Gefahr verstanden. Die Aktivist:innen der Anti-AKW-Bewegung befürchten die weitreichenden Gefahren durch einen großen atomaren Unfall und sehen sich durch den GAU in Tschernobyl und später in Fukushima bestätigt. Auch die ungelöste Endlagerfrage und die Gefahren durch radioaktive Strahlung verstehen sie als Gefahr für Gesundheit und Leben. Die Besonderheit der deutschen Anti-AKW-Debatte im Vergleich zu europäischen Nachbarstaaten zeigt: Ob Risiken als existenzielle Gefahren verstanden werden, unterliegt Aushandlungsprozessen und Kämpfen um Deutungshoheit.

## Unterlassen als Krise der Demokratie

Die aktuellen Proteste der Klimabewegung, insbesondere die Aktionen der „Letzte Generation“, betonen die langfristig lebensbedrohliche Krise in besonderem Maße, der die Entscheidungsträger:innen nur unzureichend begegnen. Sie beziehen sich ganz direkt auf wissenschaftliche Gutachten des Weltklimarats, völkerrechtliche Verträge wie das Klimaschutzabkommen von Paris sowie Rechtsprechung<sup>12</sup> und Gesetze wie das deutsche Klimaschutzgesetz. Im Sinne Rawls also auf Elemente des bestehenden Rechtssystems und Gerechtigkeitsvorstellungen, die der politischen Ordnung zugrunde liegen. So lässt sich auch aus dieser liberal-demokratischen Perspektive ziviler Ungehorsam rechtfertigen.

In das Klimaschutzabkommen wurde von Seiten der Klimabewegung große Hoffnung gesetzt. Dass diese Zusagen und Gesetze nun nicht eingehalten werden, führt dazu, dass die Aktivist:innen mit immer größerem Nachdruck versuchen, die Politiker:innen zu den notwendigen Handlungen aufzufordern. Hinzu kommt ein großer zeitlicher Druck: Je mehr Zeit verstreicht, umso dringender und einschneidender werden die notwendigen Maßnahmen.

Insofern decken die aktuellen Proteste einen dramatischen demokratischen Missstand auf und leisten damit einen wichtigen Beitrag dazu, einer zentrale Katastrophe unserer Zeit zu begegnen. Dies belegt auch eine britische Studie zu den Protesten von Extinction Rebellion, die zeigt, dass Proteste dazu beitragen können, dass sich das Bewusstsein in Bezug auf die Klimakrise verändern kann, auch wenn sich die Zustimmung zu den Protesten nicht verändert.<sup>15</sup> Wir sollten daher zivilen Ungehorsam nicht wie in der überhitzten medialen Debatte als eine Form von Terror oder Erpressung verstehen, sondern sowohl mit Hannah Arendt als auch John Rawls als einen wichtigen Teil

einer intakten und lebendigen Demokratie im Angesicht existenzieller Herausforderungen.

## Nachweise

1. John Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 2020, S. 400.
2. Rainer Forst, Die Pflicht zur Gerechtigkeit, in: Ottfried Höffe (Hrsg.), John Rawls: Eine Theorie der Gerechtigkeit, 2006, S. 202.
3. Rawls, (Fn. 1), S. 421.
4. Rawls, (Fn. 1), S. 422.
5. Hannah Arendt, Ziviler Ungehorsam, in: Hannah Arendt, Zur Zeit. Politische Essays (1943-1975), 1986, S. 139.
6. Winfried Thaa, Ziviler Ungehorsam, in: Wolfgang Heuer, Bernd Heiter, Stefanie Rosenmüller (Hrsg.), Arendt-Handbuch, 2011, S. 338.
7. Vgl. Robin Celikates, Veränderungen an sich sind immer das Ergebnis von Handlungen außerrechtlicher Natur. Subjektive Rechte, ziviler Ungehorsam und Demokratie nach Arendt, in: RphZ Rechtsphilos. 2017, S. 39-40.
8. Robin Celikates, Ziviler Ungehorsam und radikale Demokratie. Konstituierende vs. konstituierte Macht? in: Thomas Bedorf und Kurt Röttgers (Hrsg.), Das Politische und die Politik, 2010, S. 290.
9. Vgl. Robin Celikates, Democratizing civil disobedience. in: Philosophy & Social Criticism, Jg. 42/10, 2016, S. 991.
10. Grit Straßenberger, Hannah Arendt zur Einführung, 2018, S. 114
11. Theodor Ebert, Erfolg durch Zivilen Ungehorsam?, in: Forschungsjournal Soz. Bewegungen 2012, 61.
12. BVerfGE 157, 30.
13. Yiannis Kountouris/Eleri Williams, Do protests influence environmental attitudes? Evidence from Extinction Rebellion, Environ. Res. Commun. 5 (2023), abrufbar unter <https://iopscience.iop.org/article>

/10.1088/2515-7620/ac9aeb/pdf, zuletzt abgerufen am 21.07.2023.



---

# STRAFVERFOLGUNG UND STRAFVERFAHREN





*Katrin Höffler*

# **„Klima-RAF“ herbeireden**

*Radikalisierung durch Labeling und Druck*





**D**erzeit erleben wir nahezu täglich und in ganz Europa, dass junge Menschen in unterschiedlichen Formen Protest erheben, um auf den voranschreitenden Klimawandel hinzuweisen.

Sie erhalten Gegenwind, zum einen von den sogenannten Klima-leugner\*innen, die vollends bestreiten, dass es den Klimawandel gibt, zum anderen aber auch „aus der Mitte der Bevölkerung“, einschließlich Repräsentant\*innen der CDU/CSU, die sich nicht darauf beschränken, Verurteilungen innerhalb der Anwendung des geltenden Rechts zu fordern, sondern sogar lautstark für Strafschärfungen eintreten.<sup>1</sup> Alexander Dobrindt forderte härtere Strafen für „Klima-Chaoten“, um eine Radikalisierung zu vermeiden.<sup>2</sup>

## 4 Degrees oder „This song is not a rebel song“<sup>3</sup>

Zu den zugrundeliegenden Sachverhalten (Festkleben an Verkehrswegen, Besetzungen von öffentlichen Räumen, Aktionen an Kunstwerken) und den daran anschließenden strafrechtlichen Bewertungen (in Frage stehen insbesondere Tatbestände wie Nötigung und Sachbeschädigung, und zuletzt – anlässlich des prominent diskutierten Falls einer verunfallten Radfahrerin<sup>4</sup> – Körperverletzungs- und Tötungsdelikte) erfolgten bereits zahlreiche Diskussionsbeiträge,<sup>5</sup> die materiell-strafrechtlichen Streitpunkte sollen hier nicht wiederholt werden. Denn sogar wenn wir als Ausgangspunkt eine eher traditionelle Lesart wählen, nämlich, dass das Festkleben an Straßen mit der Folge des Verursachen eines Staus eine Nötigung ist<sup>6</sup> (wie z.B. früher auch st. Rspr. bei der Blockade von Castor-Transporten), stellt sich eine kriminalpolitische Frage: Sollte der Protest besonders streng geahndet werden? Da Strafschärfungen mit einem massiv belastenden Eingriff in grundrechtlich geschützte Freiheiten einhergehen würden, müssten diese auch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten

in einem ersten Schritt jedenfalls geeignet sein, das Ziel (Radikalisierungsprävention) überhaupt zu erreichen.<sup>7</sup> Das Strafrecht ist das schärfste Schwert des Staates, und dies auch und erst recht, wenn es sich als Polizeirecht verkleidet, Stichwort „Präventivgewahrsam“ in Bayern. Meine These lautet, dass selbst im Falle einer Strafbarkeit ein Labeling als Öko-Terrorismus beziehungsweise Schwerekriminalität nicht nur falsch, sondern sogar schädlich ist.

## **Kriminalitätstheoretische Überlegungen oder “they are young and they do care”<sup>8</sup>**

Im Fokus derzeit ist insbesondere die Vereinigung „Letzte Generation“, die zwar Mitglieder bis ins hohe Alter hat, nichtsdestotrotz sind es – gerade auch in der öffentlichen Darstellung – junge Menschen, die die Aktionen durchführen. Dies ist bei der Frage nach einer Identifizierung mit den Akteur\*innen ein gewichtiger Umstand, denn sowohl die Aktivist\*innen selbst wie auch die Beobachter\*innen jüngeren Alters weisen zwangsläufig eine besondere Betroffenheit auf: um so jünger man ist, desto intensiver wird man den Folgen des Klimawandels ausgesetzt sein, einfach weil ältere Menschen nur noch eine kürzere Lebensdauer haben werden.<sup>9</sup> Dies hat zweierlei Relevanz: Zum einen erzeugt die unmittelbar erhöhte Betroffenheit aufgrund jüngeren Alters eine stärkere Motivation, die Zukunft lebensfähig gestalten zu wollen. Zum anderen sind jüngere Menschen nach den Erkenntnissen der Entwicklungskriminologie in stärkerem Maße vulnerabel dafür, Täter\*in zu werden. Diesen Befund kann man nun freilich nicht pauschal über alle Arten von Delinquenz und Menschen legen, allerdings ist dies auf gesellschaftlicher Ebene ein bekannter Befund. Es gibt unterschiedliche Erklärungsansätze hierfür, was zugleich ein Anzeichen dafür ist, dass die unterschiedlichen Kriminalitätstheorien

mit ihren differierenden Ansatzpunkten überdurchschnittlich oft einen Anknüpfungspunkt im jugendlichen/jungen Alter finden: Erhöhte Begeisterungsfähigkeit (weniger Halt, weniger (ausbalancierte<sup>10</sup>) Kontrolle<sup>11</sup>), noch weniger stark ausgeprägte Impulskontrolle, höhere Risikobereitschaft (Theory of Low Self Control<sup>12</sup>), Lernen durch Orientierung an den peers (Theorie der differentiellen Assoziation<sup>13</sup>) etc. Dies bringt mit sich, dass nicht nur mit Blick auf Kriminalität, sondern auch hinsichtlich anderer Ziele eine erhöhte Einsatzbereitschaft, weniger Abstumpfung, weniger Gewöhnung an die herkömmlichen Zustände der Welt vorzufinden ist.

Hinzukommt, dass es von den Protestierenden ihrerseits als quasi „kriminell“<sup>14</sup> eingestuft wird, was derzeit der Natur, der Umwelt und damit dem Klima angetan wird, so dass das eigene Verhalten, der Protest, von ihnen konsequenterweise sogar als geboten (und nicht als deviant) eingestuft wird (Theorie der Neutralisationstechniken<sup>15</sup>), mit der Besonderheit, dass die angestrebten Ziele<sup>16</sup> ja tatsächlich von großen Teilen der Bevölkerung geteilt werden.

## **Gewohnheitstiere mögen keine kognitive Dissonanz oder „When You Gonna Learn“<sup>17</sup>**

Ein bekannter Befund aus der Psychologie ist es, dass wir Umstände negativer Art, die mit unserem aktuellen Lebensstil konfliktieren, ausblenden, und zwar, um kognitive Dissonanz zu vermeiden. Der Zustand kognitiver Dissonanz ist schlicht unangenehm; noch leichter ist das Ausblenden des Unerwünschten, Unpassenden, wenn der „unpassende Umstand“ „weit weg“ und „schwer greifbar“ ist – es wird klar, dass dies gerade bei einem Phänomen wie dem Klimawandel scheinbar besonders leicht erscheint und vielen Menschen gelingt. Hinzukommt der weitere Umstand, dass der Mensch Halt und Struktur im

Gewohnten findet, eine völlig neue Sicht auf die Dinge zuzulassen, fällt schwer, und dies erst recht, wenn damit einhergeht, unter Umständen die komplette Struktur des (Wirtschafts-)Lebens anpassen zu müssen.

## I need to wake up<sup>18</sup>

Auf der anderen Seite ist der Klimawandel so existentiell, dass der Umgang mit ihm eben zentral dafür ist, ob und wie wir weiter auf dem Planeten Erde leben können. Der Klimawandel und seine Folgen bedeuten eine Zeit des Umbruchs, eine Situation die von der Gesellschaft wie auch den Einzelnen fordert, alles in Frage zu stellen und neu zu denken, neu zu leben. Nun ist es hier gerade von Vorteil, dass es jüngeren Menschen leichter fällt, Innovationen anzustoßen, neu zu denken, weniger stark in Gewohnheiten verhaftet zu sein. Es ist eine Art „positive Kehrseite“ der oben beschriebenen besonderen Vulnerabilität qua Risikofreude. Genau dieser Zustand führt dazu, dass sich große Teile der Bevölkerung eben trotz aller drohenden kognitiven Dissonanz damit auseinandersetzen, was die Klimawandelfolgen für unsere Erde bedeuten. Sie erkennen jedenfalls die ökologische Dimension der Krise in ihrer ganzen Existentialität. (Nur nebenbei: Es gibt auch eine soziale Existentialität, weil Klimafolgen ungleich verteilt sind und nach unten durchgereicht werden.)

Beobachtet man die Maßnahmen der Regierungen, so muss man derzeit feststellen, dass diese – im zur Verfügung stehenden Zeitfenster – nicht ausreichen werden, um die Krise zu bewältigen. Wir können insofern für den *status quo* ein Bild aus der Anomietheorie (Meriton/Durkheim) entlehnen: Man möchte gute Lebensumstände erreichen (und dazu gehört freilich ein Leben auf einem nicht kollabierten Planeten) und die zur Umsetzung nötigen Mittel stehen nicht zur Ver-

fügung, weil diese – jedenfalls ganz zentral auch – auf der Meta-Ebene (Staat, große Unternehmen) getroffen werden müssen. Die Anomietheorie sieht nun bekanntermaßen fünf mögliche Reaktionsweisen vor: Konformität, Innovation, Ritualismus, Eskapismus (Rückzug)<sup>19</sup> und Rebellion<sup>20</sup>. Während nun Großteile der zentralen Handlungsfiguren im Wirtschaftsleben in Ritualismus und Konformität verharren, finden wir eben auch Verhaltensweisen an der Grenze von Rebellion und Innovation. Diese beiden Reaktionsweisen werden üblicherweise dadurch voneinander abgegrenzt, dass bei Innovation die gesellschaftlich anerkannten Ziele noch weiterhin verfolgt werden (nur durch neue Mittel), während bei der Rebellion auch die Ziele ausgetauscht werden. Und genau an dieser Stelle zeigt sich ein ganz grundsätzlicher Punkt des derzeitigen Konfliktes: der gesellschaftliche Konsens bezüglich der Ziele verändert sich gegenwärtig; während ein Teil der Menschen noch das Aufhalten des Klimawandels unter die Bedingung des Funktionierens der freien Marktwirtschaft beziehungsweise des Kapitalismus stellt, sieht der andere Teil der Menschen das Ziel „Aufhalten des Klimawandels“ absolut, und zwar weil die Alternativlosigkeit erkannt und nicht länger ausgeblendet wurde. Nun mag es zwar auf die Perspektive der jeweils Analysierenden ankommen, allerdings ist in die Untersuchung der Umstand einzustellen, dass ein „funktionierender“ Planet die Lebensgrundlage von uns Menschen ist, und daher immer Vorbedingung für alles Folgende ist: so unter anderem für die gesellschaftlichen Systeme von Wirtschaft über Politik bis hin zum Recht. Diese Erkenntnis kann im ersten Schritt angesichts der Trägheit der Politik und Wirtschaft zu einer empfundenen Ohnmacht führen, ein Zustand, der wiederum als sehr unangenehm empfunden wird. Jeder Mensch sehnt sich nach Selbstwirksamkeit, so dass dann eben eine innovative beziehungsweise rebellische Reaktion gewählt wird, um diesen Ohnmachtszustand zu beenden.

Hinzu kommt unter Umständen auch, dass wir gerade alle, aber die jüngeren Generationen besonders eindrücklich, erlebt haben, dass doch alles plötzlich radikal anders gemacht werden kann, wenn es nur gewollt ist, Stichwort „Lockdown“, und vieles in besonderen politischen Lagen finanziert werden kann, Stichwort „Sondervermögen Bundeswehr“. Daher scheint es wohl gerade für jüngere Menschen besonders unbegreiflich, wenn die Dringlichkeit des Klimawandels nicht verstanden wird. Die Politik verliert derzeit aus dem Blick, dass sich unter jungen Menschen, die im Grundsatz doch sehr verantwortungsbewusst sind (sie wollen den Planeten retten!), zunehmend die Frage breit macht, ob der Staat der Aufgabe gewachsen ist, ihre und unser aller Lebensgrundlage zu sichern.

## **Under Pressure: Anomischer Druck durch Kriminalpolitik<sup>21</sup>**

Die Situation kann nun durch eine fehlgeleitete Kriminalpolitik verschärft werden: Wenn die Kriminalpolitik die Protestformen dem Terrorismus gleichstellt<sup>22</sup> und noch schärfere Strafen einführen würde, dann kann dies dazu führen, dass sich die rebellierenden Menschen noch stärker ausgegrenzt fühlen, ohnmächtiger, was dann wiederum auch dazu führen kann, dass die Rebellion sich in ihren Mitteln verschärft, in einer Art Fatalismus.

Aber das wäre freilich ein absolutes Versagen des Staates. Denn es gehört doch zu einem demokratischen Zusammenleben, dass der Diskurs mit seinen Mitgliedern immer aufrechterhalten wird. Hierzu gehört eben, die jungen Protestierenden als das anzusehen, was sie sind: Menschen, die unseren Planeten retten möchten. Zumal die von ihnen angewandte Protestform bereits seit Jahrzehnten praktiziert wird und damit längst eine etablierte Form der politischen Kommunikation und Aktion im demokratischen Diskurs ist. Die Reaktion muss also sein,



diese Stimmen zu hören, anstatt sie zu Sündenböcken (Mitscherlich 1963; Ostermeyer 1972) zu machen, sich auf die strafende Gesellschaft zurückzuziehen, die ihre eigene Ohnmacht (über die Komplexität der Aufgabe, den Klimawandel abzumildern) dadurch kaschiert, dass sie die Protestierenden abstrafte.

## Labeling

Die Rufe Dobrindts und Söders, Titulierungen wie „Klima-RAF“ sind keine bloßen Polemiken, sondern gefährliche Zuschreibungen, die zu einer Vertiefung der empfundenen Exklusion, zu einer weiteren Entfremdung führen können – und zeitgleich tief blicken lassen auf Hysterie und Straflust in einem nicht unerheblichen Teil der Bevölkerung. Der anlässlich eines dringlichen Ziels (Klimawandel anhalten) strafende Staat, der Gewaltformen durch diese Bezeichnung gleichstellt, die phänomenologisch stark differieren, ist nicht integrativ, schafft kein Vertrauen in die eigene Stärke, die Klimakrise zu meistern, sondern wirkt seinerseits ohnmächtig. Das Regeln der Staus ist doch nicht die zentrale Herausforderung, sondern das Regeln der Klimawandelfolgen.

Zu bedenken ist zudem, dass die Protestierenden ihre eigenen Körper in ihrer höchstureigenen Verletzlichkeit mithineingeben, dieses Sinnbild ist bei der Interpretation der Gewalt und bei der Wahl der darauffolgenden staatlichen Reaktion – neben der Motivation: Rettung des Planeten – zu berücksichtigen.

Wenn der Staat nun überlegt sein schärfstes Schwert, das Strafrecht, sogar noch zu schärfen, speziell für Klima-Protestierende, dann sei ihm zu gerufen: *Mercy Mercy Me*<sup>23</sup>. Kann der Staat nicht eine echte, inhaltliche Auseinandersetzung angehen, die dazu führt, dass sich die Proteste nicht verschärfen, sondern ein Miteinander-nach-Lösungen-

Suchen ermöglicht wird?<sup>24</sup>

## Straftheoretische Bedenken

Denn, und das sei ganz rational angemerkt: Die Hoffnung auf Abschreckung durch höhere Strafdrohungen wird nicht erfüllt werden; es ist ein bekannter Befund der Generalpräventionsforschung, dass nicht die Höhe der drohenden Strafen den Abschreckungscharakter der Strafe stärken, sondern wenn, dann nur ein erhöhtes Entdeckungs- und Verurteilungsrisiko, und das auch nur in geringem Maß. Es liegt wohl hoffentlich für die in Frage stehenden Fälle auf der Hand, dass sich das Risiko der Entdeckung der „Täter\*innen“ nicht mehr steigern lässt.

Im konkreten Feld könnte es zudem sogar in das Gegenteil umschlagen: Das (aktive) Erzeugen von Strafverfahren (durch die Aktionen) im Kontext der Rebellion kann ein Mittel ihrer selbst werden.<sup>25</sup> Daneben führt das (harte) Verurteilen von Sachverhalten, die von der Rechtsordnung bislang als weniger „verwerflich“<sup>26</sup> eingestuft wurden, zu einer Verstärkung von Solidarisierungseffekten mit den Verurteilten, zu einer weiteren Entfernung vom Staat, was nicht gewünscht sein kann.

Würde man Tittle Control-Balance-Theory auf die gesellschaftliche Ebene herauf-aggregieren, so würde klar, dass auch ein Zuviel an Kontrolle schädlich sein kann.<sup>27</sup>

Mitgegeben sei an dieser Stelle auch noch, dass (mit Blick auf spezialpräventive Erwägungen) nichts dafürspricht, dass wir es bei den Klimaprotestierenden mit einer besonders gefährlichen, weil viele Risikofaktoren aufweisenden Klientel zu tun haben. Anders als bei Rechtsextremist\*innen ist zum Beispiel auch nichts darüber zu lesen, dass sich die Klimaprotestierenden auf speziellen Klima-Konzerten aufputschen, um dann Autofahrer\*innen „klatschen“ zu gehen oder

Museen zur Hauptbesuchszeit anzuzünden. Dieses zugegebenermaßen auch polemische Beispiel wird mir hoffentlich verziehen. Was ich damit sagen möchte: während wir bei rechtem und religiösem Extremismus teilweise von einer gewissen Austauschbarkeit der Ausrichtung ausgehen und etwa Rechtsextremist\*innen Querverbindungen in die (gewaltbereite) Hooligan-Szene aufweisen, sind diese Befunde für die Klimaprotestierenden bisher nicht vorzufinden. Auch haben die Klimaprotestierenden kein Weltbild, das andere Menschen abwertet, sondern möchten doch gerade gemeinsam den Planeten retten. All dies sind Gesichtspunkte, die in spezialpräventiver Hinsicht einzustellen sind.

## **Beds are burning oder „Mother Earth“<sup>28</sup>**

Wenn Armin Nassehi in seinem Buch „Unbehagen“ (2022) ausarbeitet, dass es besonders herausfordernd ist, mit dem Zusammenspiel vieler Krisen umzugehen, so muss dieser Umstand auch das Handeln des Staates im Umgang mit den Klimaprotesten leiten: eine bloße Exklusion durch Labeling als schwerkriminelle Terrorist\*innen kann nur negativen Druck (Agnew 1985) erzeugen, da die Aussichtslosigkeit, die Welt positiv zu verändern, gerade in einer so komplexen Zeit noch gesteigert würde. Man kann einfach nicht ausblenden, dass es bei den Klimaprotesten um nicht weniger als unsere Lebensgrundlage geht.<sup>29</sup> Aus diesem Grund geht es gar nicht mehr um eine „Verhandlungsbereitschaft“ des Staates, sondern um eine Pflicht, die Kräfte, die sich am engagiertesten für unsere Erde einsetzen, wiederzugewinnen und mit ihnen gemeinsam für die Rettung der Natur anzutreten.

*Fast alle im Text genannten Songs sind in folgender Playlist<sup>30</sup> gesammelt.*

## Nachweise

1. Vgl. Antrag der Fraktion der CDU/CSU, Straßenblockierer und Museumsrandalierer härter bestrafen – Menschen und Kulturgüter vor radikalem Protest schützen, Deutscher Bundestag, Drucksache 20/4310, abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/btd/20/043/2004310.pdf>, zuletzt abgerufen am 10.08.2023.
2. ZEIT Online, „Die Entstehung einer Klima-RAF muss verhindert werden“, 06.11.2022, abrufbar unter <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2022-11/alexander-dobrindt-klimaaktivisten-strafen-raf>, zuletzt abgerufen am 10.08.2023.
3. „4 Degrees“, Song von Anohni. Einleitung Bonos zu „Sunday Bloody Sunday“, U2
4. Vgl. Ronen Steinke, Eine gewaltige Behauptung, Süddeutsche Zeitung (Online), 04.11.2022, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/letzte-generation-unfallopfer-verantwortung-1.5686895?reduced=true>, zuletzt abgerufen am 10.08.2023.
5. Vgl. etwa Daria Bayer, Auto fahren oder Klima retten? Ziviler Widerstand und die Zweck-Mittel-Relation, Verfassungsblog, 6.10.2022, <https://verfassungsblog.de/auto-fahren-oder-klima-retten/>, zuletzt abgerufen am 21.07.2023; Fynn Wenglarczyk, Feindbild Klimaaktivismus: Über den Ruf nach (härteren) Strafe(n) für Klimaaktivist\*innen, Verfassungsblog, 10.11.2022, <https://verfassungsblog.de/feindbild-klimaaktivismus/>, zuletzt abgerufen am 21.07.2023).
6. Dies instruktiv hinterfragend Daria Bayer, (Fn. 5). S.a. das Interview eines Berliner Amtsrichters durch Ronen Steinke, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/last-generation-klima-straffreiheit-1.5689461?reduced=true>, zuletzt abgerufen am 10.08.2023. Unter Rekurs auf diesen Richter auch Ulf Buermeyer, im

Podcast „Lage der Nation“, Ausgabe 311 vom 9.11.2022.

7. Dazu grundlegend für das Strafrecht Johannes Kaspar, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 2014.
8. Freie Abwandlung der Lyrics von Moscoman, „What do we care“ feat. Tom Sanders.
9. Vgl. dazu auch Maximilian Steinbeis, *Not All Right*, *Verfassungsblog*, 11.11.2022, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/not-all-right/>, zuletzt abgerufen am 10.08.2023.
10. Title (1995), dazu später auch auf der Makro-Ebene.
11. Reiss (1951); Reckless (1961).
12. Gottfredson&Hirschi (1990).
13. Sutherland (1939); Cressey (1974).
14. Dazu Jimmy Cliff in seinem Song „Save our planet earth“, der leider nicht in der Playlist verfügbar ist: „You better stop cutting down the forest. Stop, you’re under arrest. Stop killing out animals. Stop, you are a criminal.“
15. Sykes&Matza (1957).
16. Zur Zweck-Mittel-Relation s. a. später bei Analyse der anomischen Situation.
17. Song von Jamiroquai.
18. Song von Melissa Etheridge.
19. Klima-Song, der in Teilen zum Eskapismus passt: K.I.Z – „Hurra die Welt geht unter“.
20. „Where’s the revolution“, Song von Depeche Mode.
21. Man könnte beim weiteren Lesen sehr laut den Song von Muse „pressure“ hören. Oder – je nach persönlicher Reaktionsweise auch „un-

der pressure“ von Queen. Oder Billy Joels „pressure“. Es geht hier mehr um den emotionalen Hintergrund.

22. Gewalt: Die Zeilen in Hans Söllners Song „Hey Staat“: „Du zeigst die Wackersdorf Chaoten und zeigst, wie Pflastersteine fliegen. Und nicht die Typen, die zum Schutz vor deinen Polizisten stehen und rean. Ja, und ich schäm‘ mich für die Leute, die auf der Startbank geschossen haben. Aber du machst, du machst das jeder glaubt, dass wir alle auch so sind.“
23. Song von Marvin Gaye, natürlich auch anzuhören!
24. It takes time to build (Beastie Boys): “(...) What the real deal why you can’t connect Why you hating people that you never met Didn’t your mama teach you to show some respect? Why not open your mind for a sec?(...)“
25. Fernziel: Sehr viele Strafverfahren erzeugen, die die Justiz blockieren bzw. ab einem gewissen Grad indirekt zeigen: wenn jeder (friedlich) protestiert, dann kann es kein Unrecht mehr sein.
26. Zu diesem Punkt im Zusammenhang mit § 240 speziell vgl. z.B. wiederum Daria Bayer, (Fn. 5).
27. Zur Übertragung der Control-Balance-Theory von der Mikro- auf die Mesoebene s. Tobias Singelstein, Wirtschaft und Unternehmen als kriminogene Strukturen? Vernachlässigte Aspekte einer theoretischen Perspektive auf Corporate Deviance. In: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschrKrim) 2012, S. 52 ff. (61 f.).
28. Songs von Midnight Oil und Neil Young.
29. Die Autorin hörte während des Denkens über diesen Text sehr häufig den Song „An Tagen wie diesen“ (Fettes Brot); vielleicht stößt er auch bei der\*m eine\*n oder andere\*n Leser\*in etwas an.

30. *Mother Earth*. Spotify. url: <https://open.spotify.com/playlist/7txN8kGVGscCIwtbNKKKhZ> (besucht am 28.06.2023).





*Stefan König*

# Kurzer Prozess für Klimaaktivist:innen

*Warum Strafverfahren light der falsche Weg sind*





Um den Aktivist:innen der „Letzten Generation“ mit den Mitteln des Strafrechts zu Leibe zu rücken, schwingt die Generalstaatsanwaltschaft in München die große Keule des Vorwurfs organisierter Kriminalität unter Einsatz des § 129 StGB. Die Staatsanwaltschaft Berlin scheint sich jetzt in die entgegengesetzte Richtung zu bewegen. Sie greift in die strafprozessuale Mottenkiste und will das „beschleunigte Verfahren“ (§§ 417 ff. StPO) zum Einsatz bringen, ein zur Aburteilung Kleinkrimineller vorgesehenes Verfahren. Dazu sind Sonderabteilungen beim Amtsgericht Tiergarten geschaffen worden, die zur besonderen Verwendung durch die Staatsanwaltschaft Berlin eingerichtet sind. Das lässt den Eindruck von „Ausnahmegerichten“, eine Verletzung des Rechtes auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 GG), und eine Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit entstehen.

## **Strafverfahren sind keine Schießbudenveranstaltung**

Der Gesetzgeber des „Verbrechensbekämpfungsgesetzes“ (G v. 28. 10. 1994, BGBl I, S. 3186) hat schon in den 90er Jahren des vorigen Jahrhunderts versucht, das sogenannte beschleunigte Verfahren, dessen Besonderheit sich vorher in der Verkürzung des Zwischenverfahrens erschöpfte, für den Einsatz gegen Kleinkriminalität zu vereinfachen. Davon versprach er sich erhebliche Entlastungseffekte für die Strafjustiz. Anklage kann beim Amtsgericht (auch Schöffengericht) mündlich erhoben werden. Ein Zwischenverfahren gibt es nicht. Die Ladungsfrist beträgt 24 Stunden. Das Beweisantragsrecht entfällt. Die Verlesung von Vernehmungsniederschriften kann die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen auch dann ersetzen, wenn ein Angeklagter ohne Verteidiger:in zustimmt.

In diesem wesentlicher Beschuldigtenrechte entkleideten Schnellverfahren kann dennoch neben Geldstrafe auf Freiheitsstrafe bis zu

einem Jahr erkannt werden, auch ohne Bewährung. Die Mitwirkung eines Verteidigers ist – abgesehen von Fällen der flankierend eingeführten Hauptverhandlungshaft (§ 127b StPO) – erst dann notwendig, wenn Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten droht. Das beschleunigte Verfahren ist allerdings solchen Fällen vorbehalten, in denen „die Sache aufgrund des einfachen Sachverhalts oder der klaren Beweislage zur sofortigen Verhandlung geeignet ist.“ (§ 417 StPO)

Die Erwartungen des Gesetzgebers haben sich nicht erfüllt. Seine an Staatsanwaltschaften und Gerichte ausgestreckte Hand, sich der immer wieder beklagten Arbeitslast durch die Verwendung eines Strafverfahrens *light* entledigen zu können, befreit von den Fesseln prozessualer Förmlichkeiten und damit lästig hantierender Verteidiger:innen, ist nicht angenommen worden. Das spricht für die Strafjustiz. Bei allem Lamento über das unhandliche Verfahrensrecht herrscht dort doch immer noch die Überzeugung, dass ein Strafverfahren keine Schießbudenveranstaltung werden darf.

In Zahlen: Während der Anteil der beschleunigten Verfahren an der Gesamtzahl der amtsgerichtlichen Verfahren (bei starken regionalen Unterschieden) im Jahr 1990, also vor der Reform durch das „Verbrechensbekämpfungsgesetz“ bei 4,02 % lag (BT-Drs. 12/6853, S. 34), belief er sich im Jahr 2020 sogar nur noch auf 1,8 %.<sup>1</sup>

## Berechtigte Kritik an Strafverfahren *light* für Klimaaktivist:innen

Die Mitte Juni 2023 bekannt gewordene Ankündigung<sup>2</sup>, Klimaaktivist:innen in Berlin künftig diesem Strafverfahren *light* zuzuführen, hat sogleich die Kritik von Anwaltsverbänden auf den Plan gerufen. Republikanischer Anwält:innen Verein und die Vereinigung Berliner Strafverteidiger:innen wandten sich in einer gemeinsamen Presseer-

klärung vom 26. Juni 2023 gegen die Einrichtung von „Ausnahmegerichten für die ‚Letzte Generation‘“ in Berlin.<sup>3</sup> Was war geschehen?

Das Amtsgericht Tiergarten änderte seinen Geschäftsverteilungsplan, nachdem die Staatsanwaltschaft angekündigt hatte, künftig verstärkt Anträge nach § 417 StPO in den sich häufenden Verfahren, Klimaaktivist:innen betreffend, zu stellen. Es wurden fünf neue Abteilungen beim Amtsgericht eingerichtet, jeweils mit einem halben Richterpensum, von denen zwei bereits mit einer Proberichterin und einem Proberichter besetzt sind. Sie sind zuständig für beschleunigte Verfahren gegen Erwachsene, soweit es sich – und hier liegt ein besonders heikler Punkt – „um Verfahren auf Antrag der Staatsanwaltschaft Berlin handelt und eine Zuständigkeit der Richter des Bereitschaftsgericht nicht gegeben ist.“

Gewöhnlich werden in Berlin beschleunigte Verfahren auf Antrag der Staatsanwaltschaft eingeleitet. Hierfür bleiben die beiden bereits bestehenden Abteilungen zuständig, besetzt mit Lebenszeitrichterinnen mit vollem Pensum. Sie sitzen in Berlin im Gebäude des Polizeipräsidiams am Tempelhofer Damm, eine halbe Autostunde vom Kriminaljustizkomplex in Moabit entfernt. Hier werden in der Regel Verfahren gegen durchreisende Kleinkriminelle verhandelt, z.B. Personen, die im Kaufhaus erwischt wurden, als sie eine Handtasche mitnehmen wollten, ohne zu bezahlen.

Die Anwalt:innen bezweifeln die Eignung des beschleunigten Verfahrens für die strafrechtliche Beurteilung von „Straßenblockaden“. Denn die Beweislage sei schwierig, die rechtliche Würdigung umstritten und uneinheitlich. Sie befinden sich damit grundsätzlich in Übereinstimmung mit dem Leiter der Berliner Staatsanwaltschaft, LOStA Raupach, der jedenfalls noch im September letzten Jahres, Presseberichten zufolge, im Rechtsausschuss des Abgeordnetenhauses erklärt haben soll, das beschleunigte Verfahren sei für solche Fälle nicht ge-

eignet.<sup>4</sup> Jetzt soll aber der Druck der Vielzahl anhängiger Verfahren und auch der Zuwachs an Erfahrung damit bei der Staatsanwaltschaft zu der Änderung der Haltung der Behörde geführt haben.

Die Kritik der Anwaltsverbände an der fehlenden Eignung des beschleunigten Verfahrens ist berechtigt, zumindest soweit der Vorwurf der Nötigung gegen die Blockierer:innen erhoben wird. Der „taz“ war zu entnehmen, dass das Kammergericht in einer Revisionsentscheidung darauf hinwies, dass Blockaden nicht grundsätzlich als Nötigung zu werten seien.<sup>5</sup> Die konkreten Umstände des Einzelfalls müssten festgestellt werden. Etwa, in welchem Umfang sich ein Stau infolge der Aktion bilde. Das Landgericht Berlin hat einen Nötigungsvorwurf mit der Begründung zurückgewiesen, den Autofahrern sei ein Umsteigen auf den ÖPNV oder das Einplanen von mehr Zeit möglich. Aber auch einzelfallbezogene verfassungsrechtliche Abwägungen zwischen dem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit und der Handlungsfreiheit von Autofahrer:innen sind gerade im mit politischen Manifestationen ebenso wie mit Baustellen reich gesegneten Berlin nicht einfach in einem „kurzen Prozess“ vorzunehmen. Schließlich erfordert die Strafzumessung eine Auseinandersetzung mit den Motiven, der „Gesinnung, die aus der Tat spricht (§ 46 Abs.2 2.Alt. StGB), dem Vorleben des Täters (§ 46 Abs. 2 5.Alt. StGB) und weiterer für seine Schuld relevanter Umstände, die gerade bei Handlungen besonders sorgfältig zu würdigen sind, mit denen mögliche öffentliche Missstände kritisiert werden sollen.

## Verfassungsrechtlich zweifelhafter Weg in Berlin

Ob das beschleunigte Verfahren im Einzelfall für Klimakleber:innen in Betracht kommt, hat allerdings der angerufene Richter zu entscheiden. Die Staatsanwaltschaft hat lediglich die Möglichkeit, zwischen

verschiedenen in Betracht kommenden Gerichten das in ihren Augen geeignete auszuwählen. Die sogenannte bewegliche Zuständigkeit, die es der Staatsanwaltschaft nach dem Gerichtsverfassungsgesetz ermöglicht, Anklage je nach Besonderheit des Einzelfalls beim Amtsgericht, Einzelrichter oder Schöffengericht, oder gleich beim Landgericht zu erheben, hat das Bundesverfassungsgericht in mehreren Entscheidungen für verfassungsrechtlich unbedenklich gehalten.

In Berlin liegen jetzt aber besondere Umstände vor, die bei einer Gesamtwürdigung den eingeschlagenen Weg verfassungsrechtlich zweifelhaft erscheinen lassen. Der Vorwurf der Anwaltsverbände, hier würden „Ausnahmegerichte“ geschaffen, ist danach insgesamt berechtigt.

Die geschaffene Sonderzuständigkeit der neu eingerichteten Abteilungen beschränkt sich auf solche Verfahren, in denen nicht – wie üblich – die Staatsanwaltschaft die Einleitung des beschleunigten Verfahrens beantragt. Die Staatsanwaltschaft hat es also in der Hand, diese Zuständigkeit zu begründen, indem sie Fälle, die sonst die Staatsanwaltschaft bearbeitet, an sich zieht oder in Fällen, in denen sie genuin zuständig ist, im beschleunigten Verfahren anklagt. Es handelt sich, zugespitzt formuliert, um Abteilungen, eingerichtet zur besonderen Verwendung durch die Staatsanwaltschaft Berlin. Auf Nachfrage begründet das Amtsgericht diese eigentümliche Regelung damit, dass die am Tempelhofer Damm angesiedelten Richterinnen, die bisher für das beschleunigte Verfahren zuständig sind, nicht mit den weiteren Verfahren belastet werden sollen. Auch räumliche Kapazitäten spielten eine Rolle, so dass die hinzugekommenen im Moabiter Justizkomplex tätig sein sollen. Die gefundene Regelung gehe nicht auf einen Vorschlag der Staatsanwaltschaft zurück.

Rund 20 Verfahren hat die Staatsanwaltschaft bis Mitte Juli 2023 im beschleunigten Verfahren anhängig gemacht. Sie gerät dabei an

Richter:innen, deren Unabhängigkeit, weil sie Proberichter:innen sind, nicht vollständig gewährleistet ist. Anders als bei Lebenszeitrichter:innen können Proberichter:innen zum Ablauf des sechsten, zwölften, achtzehnten oder vierundzwanzigsten Monats nach ihrer Ernennung entlassen werden (§ 22 Abs.1 DRiG), in den beiden folgenden Jahren immer noch unter leichteren Voraussetzungen als bei Lebenszeitrichter:innen (§ 22 Abs.2 DRiG).

Werden sie das *standing* besitzen, die Durchführung des beschleunigten Verfahrens gegen Klimaaktivist:innen zu verweigern mit der Begründung, dass es für solche Verfahren nicht geeignet ist? Immerhin: Es kann ja sein, dass gerade jüngere Richter:innen (das sind Proberichter:innen in aller Regel) den Anliegen der „Letzten Generation“ näher stehen als ältere. Und dass sie, noch nicht abgestumpft von den Routinen amtsrichterlicher Tätigkeit, kritischer an die Verfahren herangehen als erfahrene Lebenszeitrichter:innen? Die ersten Erfahrungen mit dem Einsatz des beschleunigten Verfahrens am Amtsgericht Tiergarten gegen einen Klimakleber scheinen die gehegten Befürchtungen zu zerstreuen: So meldete Legal Tribune Online, die zuständige Richterin habe „nach knapp dreistündiger Verhandlung“ beschlossen, die Sache solle im normalen Verfahren verhandelt werden.<sup>6</sup> Es habe sich um einen „Test“ gehandelt, wird sie zitiert, die Sache sei aber nicht für beschleunigte Verhandlung geeignet. Es bleibt also abzuwarten, wie weitere „Tests“ verlaufen.

Problematisch bleibt der *Eindruck*, den die mit der Geschäftsverteilung geschaffene Regelung hinterlässt, hier solle mit einer bestimmten Gruppe politischer Protestierender kurzer Prozess gemacht werden. Mit der Garantie des gesetzlichen Richters, so hat das BVerfG mehrfach unterstrichen, soll die Unabhängigkeit der Rechtsprechung gewahrt und das Vertrauen der Rechtsuchenden und der Öffentlichkeit in die Unparteilichkeit und Sachlichkeit der Gerichte gesichert



werden. „Dieses Vertrauen nähme Schaden, müsste der rechtssuchende Bürger befürchten, sich einem Richter gegenüberzusehen, der mit Blick auf seinen Fall und seine Person bestellt worden ist.“<sup>7</sup>. Der von Staatsanwaltschaft und Amtsgericht eingeschlagene Weg droht den Sinn des Strafverfahrens zu desavouieren, Rechtsfrieden zu stiften. Strafverfahren *zero*?

Dass diese Befürchtung nun gerade (auch) bei Personen geschürt wird, die ohnehin den Prozeduren des demokratischen Rechtsstaat skeptisch gegenüberstehen, wird nicht dazu beitragen, sie dazu zu bewegen, ihre Ziele auf den von ihm vorgegebenen Wegen zu verfolgen.

## Politische Einflussnahme? Erwünscht, nur in die richtige Richtung

Der Abgeordnete der Berliner Linksfraktion Sebastian Schlüsselburg wird vom „Tagesspiegel“ mit den Worten zitiert: „Ich hoffe sehr, dass es hier keine politische Einflussnahme gegeben hat.“<sup>8</sup> Nach Presseberichten hat die Berliner Senatsverwaltung für Justiz allerdings dementiert, auf das Vorgehen der Staatsanwaltschaft Einfluss genommen zu haben. Aber was macht das besser? Ist es deshalb unpolitisch? Es ist eine seit vielen Jahren von den Berufsorganisationen der Staatsanwaltschaft verfolgte Forderung<sup>9</sup>, sie von der Weisungsabhängigkeit gegenüber den Justizministerien und -senaten (§ 147 GVG) zu befreien.<sup>10</sup> Das soll dem Einfluss der Politik auf ihre Arbeit Einhalt gebieten. Minister:innen und Senator:innen sind allerdings den Parlamenten gegenüber rechenschaftspflichtig. Eine unabhängige Staatsanwaltschaft wäre das nicht. Sie kann ihre Politik dann im parlamentarisch kontrollfreien Raum machen.<sup>11</sup>

Und sie macht auch in Berlin, auch durch das kritisierte Vorhaben, Politik. Sie will mit Klimaaktivisten „kurzen Prozess“ machen.

Die richtige Frage aus den Reihen des Parlaments ist daher nicht, ob es hier „politische Einflussnahme“ gegeben hat. Sie muss lauten: Warum nimmt die politisch verantwortliche Senatorin nicht Einfluss und unterbindet das Vorgehen der ihr nachgeordneten Staatsanwaltschaft? Mit der Einrichtung von Sonderzuständigkeiten für Verfahren gegen Klimaaktivisten wird man ihrer Störungen des öffentlichen Friedens nicht Herr werden. So wird nur noch mehr Schaden angerichtet.

## Nachweise

1. Rosenau in: SSW-StPO, 5.A., 2023. Rn. 4, wiederum mit regionalen Unterschieden.
2. Vgl. etwa Erik Peter, Berliner Justiz gegen Letzte Generation: Im Schnellverfahren, taz, 15.06.2023, abrufbar unter <https://taz.de/Berliner-Justiz-gegen-Letzte-Generation/!5937673/>, zuletzt abgerufen am 29.07.2023.
3. Vgl. Gemeinsame Erklärung von Vereinigung Berliner Strafverteidiger\*innen und RAV, abrufbar unter <https://www.rav.de/publikationen/mitteilungen/mitteilung/keine-ausnahmegerichte-fuer-die-letzte-generation-972>, zuletzt abgerufen am 29.07.2023.
4. Alexander Fröhlich, Härtere Linie gegen „Letzte Generation“: Berlin führt Schnell-Prozesse gegen Klimaaktivisten ein, Tagesspiegel (online), 15.06.2023, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/berlin/hartere-linie-gegen-letzte-generation-berlin-fuehrt-schnell-prozesse-gegen-klimaaktivisten-ein-9993112.html>, zuletzt abgerufen am 29.07.2023.
5. Vgl. Erik Peter, (Fn. 2).
6. LTO, Doch kein beschleunigtes Verfahren gegen Klimakleber, 11.07.2023, abrufbar unter [https://www.lto.de/recht/nachrichten/n-ag-tiergarten-klimakleber-aktivismus-noetigung-beschleunigtes-verfahren/?utm\\_source=Eloqua&utm\\_content=WKDE\\_LEG\\_NSL\\_LTO\\_Daily\\_EM&utm\\_campaign=wkde\\_leg\\_mp\\_lto\\_daily\\_ab13.05.2019&utm\\_econtactid=CWOLT000024761736&utm\\_medium=email\\_newsletter&utm\\_crmid=](https://www.lto.de/recht/nachrichten/n-ag-tiergarten-klimakleber-aktivismus-noetigung-beschleunigtes-verfahren/?utm_source=Eloqua&utm_content=WKDE_LEG_NSL_LTO_Daily_EM&utm_campaign=wkde_leg_mp_lto_daily_ab13.05.2019&utm_econtactid=CWOLT000024761736&utm_medium=email_newsletter&utm_crmid=), zuletzt abgerufen am 29.07.2023.
7. BVerfGE 95, 322 ff, 327.
8. Vgl. Alexander Fröhlich, (Fn. 4).

9. Legal Tribune Online, Verbände zur Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft: Kritik an BMJV-Plänen fürs Weisungsrecht, 21.01.2021, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/justiz/j/bmju-entwurf-weisungsrecht-justizminister-staatsanwaltschaft-unabhaengigkeit-kritik-drb-dav/>, zuletzt abgerufen am 29.07.2023.
10. Christoph Frank, Abschaffung des externen Weisungsrechts — Die Zeit ist reif, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 43 (2010), S. 147-149.
11. Vgl. dazu Deutscher Anwaltsverein, Stellungnahmen SN 06/21: Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft, abrufbar unter <https://anwaltsverein.de/de/newsroom/sn-6-21-unabh%C3%A4ngigkeit-der-staatsanwaltschaft>.

*Fynn Wenglarczyk*

# Wie man eine kriminelle Vereinigung macht

*Zu den Razzien gegen Mitglieder von „Letzte Generation“*





Mit den bundesweiten Hausdurchsuchungen gegen Mitglieder von „Letzte Generation“ erreicht der gesellschaftliche Konflikt um die Klima-Proteste nach der Verurteilung erster Aktivistinnen und Aktivisten zu Freiheitsstrafen ohne Bewährung<sup>1</sup> die nächste Eskalationsstufe. Nachdem die Staatsanwaltschaft Neuruppin bereits im Dezember 2022 Hausdurchsuchungen bei Mitgliedern von „Letzte Generation“ wegen des Verdachts der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung (§ 129 StGB) durchgeführt hatte und das Landgericht Potsdam die Annahme eines entsprechenden Tatverdachts im Anschluss für rechtmäßig erachtete<sup>2</sup>, kam es am 24. Mai 2023 auf Antrag der Generalstaatsanwaltschaft München erneut zu zahlreichen Hausdurchsuchungen bei Mitgliedern der „Letzten Generation“. Der ausweislich des Durchsuchungsbeschlusses des AG Münchens vom 16. Mai 2023 lautende Vorwurf jedenfalls gegen sechs Mitglieder von „Letzte Generation“: sich durch die Organisation einer Spendenaktion an einer kriminellen Vereinigung als Mitglied beteiligt bzw. diese unterstützt zu haben und sich dadurch nach § 129 StGB strafbar gemacht zu haben. Was zu diesem Zeitpunkt noch nicht klar war: Die Generalstaatsanwaltschaft München hatte bereits monatelang Telefongespräche von Mitgliedern von „Letzte Generation“ mit Pressevertreterinnen und -vertretern abgehört. Der Beschluss des AG München (erlassen durch dieselbe Richterin, die später die Durchsuchungen anordnen sollte) ordnete dabei sogar die Überwachung und Aufzeichnung eines Festnetzanschlusses an, der der „Letzten Generation“ als offizielles Pressetelefon dient.

Strafrechtlich geht es mit diesen Entwicklungen jetzt nicht mehr nur um die einzelnen Protestaktion, die etwa als Sitzblockade eine strafbare Nötigung darstellen können. Kriminell soll nun bereits die bloße Mitgliedschaft bei der Gruppe „Letzte Generation“ als solche sein. Mit der Annahme eines Anfangsverdachts der Mitgliedschaft

in einer kriminellen Vereinigung verbindet sich der Vorwurf, dass es sich nicht mehr nur um das „kriminelle“ Verhalten Einzelner handelt, sondern um ein strukturelles Problem, eine Großgefahr für die Gesellschaft, die es gerade mit den schärfsten Mitteln des Strafrechts zu bekämpfen gilt. Hierzu bedient man sich nun vorgelagerter Anknüpfungspunkte, indem der Zugriff des Strafrechts weit in das Vorfeld der eigentlichen Protestaktionen und damit verbundenen Rechtsgutsverletzungen verlagert wird. Damit werden nicht mehr nur die Einzelaktionen als strafbares Verhalten delegitimiert, sondern die Klimagerechtigkeitsbewegung im Ganzen, soweit sie sich in Zusammenschlüssen organisiert (aber auch organisieren muss), die auf zivilen Ungehorsam als Protestform setzen. Das von mir vor einigen Monaten auf dem Verfassungsblog beschriebene „Feindbild Klimaaktivismus“<sup>3</sup>, es nimmt mehr und mehr Kontur an.

## Zum Vorwurf des § 129 StGB (Bildung einer kriminellen Vereinigung)

Zunächst einmal ist der Vorwurf der Bildung einer kriminellen Vereinigung i.S.d. § 129 StGB juristisch allerdings nicht völlig abwegig. Andererseits kann es keineswegs als ausgemacht gelten, dass die Mitgliedschaft bei „Letzte Generation“ tatsächlich strafbar ist.

Nach allem, was man über „Letzte Generation“ weiß – Informationen über das Bündnis sind öffentlich einsehbar, die Initiative agiert weder im Verborgenen noch im Untergrund –, ist es nicht völlig fernliegend, anzunehmen, dass es sich bei der „Letzten Generation“ um eine *kriminelle Vereinigung* handelt. § 129 Abs. 2 StGB definiert die Vereinigung als „ein auf längere Dauer angelegter, von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss



von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses.“ Daran kann mit Blick auf die interne Organisation und Arbeitsteilung in verschiedenen internen Arbeitsgruppen bei „Letzte Generation“ kaum Zweifel bestehen. Nun geht es aber nicht um irgendwelche Vereinigungen, sondern um kriminelle. Das Strafgesetz beschreibt das tatbestandsmäßige Verhalten hier dementsprechend als Gründung (§ 129 Abs. 1, S. 1, 1. Alt. StGB) oder Beteiligung als Mitglied an einer solchen Vereinigung (§ 129 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. StGB), „deren Zweck oder Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten gerichtet ist, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren bedroht sind.“ Zwar ist der Zweck von „Letzte Generation“ sicherlich nicht auf die Begehung von Straftaten gerichtet – es ist ja nicht das *Ziel*, Straftaten zu begehen, sondern lediglich das *Mittel*, um die Bundesregierung zu weiteren, hinreichenden Klimaschutzmaßnahmen zu bewegen. Nicht von der Hand zu weisen ist allerdings, dass sich das Bündnis hierzu vor allem mit Sitzblockaden auch strafbarer Protestformen bedient und damit eine „Tätigkeit“ entfaltet, die zum Teil eben auch auf die „Begehung von Straftaten gerichtet ist, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren bedroht sind“ (der gesetzliche Strafrahmen der Nötigung, § 240 StGB, reicht von Geldstrafe bis Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren).

Und schließlich liegt es auch nicht fern, anzunehmen, dass die Organisation einer Spendenaktion oder auch die regelmäßige Teilnahme an Treffen oder der Durchführung von Aktionen ein Sich-Beteiligen als Mitglied im Sinne des § 129 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. StGB darstellt. Denn dafür genügt bereits die auf Dauer ausgerichtete Teilnahme an der Tätigkeit der Organisation.<sup>4</sup> Das kann neben der Beteiligung an Planungen oder organisatorischer oder administrativer Aufgaben auch finanzielle Unterstützung, wie regelmäßige oder erhebliche Spenden sein.

## Straftaten von „untergeordneter Bedeutung“

Dass eine Strafbarkeit von Mitgliedern von „Letzte Generation“ aber nicht zwingend gegeben sein muss, liegt allerdings an einem ebenfalls in § 129 StGB normierten Tatbestandsausschluss. In Absatz 3 heißt es, dass Absatz 1 nicht anzuwenden sei, „wenn die Begehung von Straftaten nur ein Zweck oder eine Tätigkeit von „untergeordneter Bedeutung“ ist. *Kuhli* und *Papenfuß* haben in einem Aufsatz für die Kriminalpolitische Zeitung vertreten, dass sich die Frage, ob Straftaten ein Zweck oder eine Tätigkeit von untergeordneter Bedeutung sind, an den betroffenen Rechtsgütern orientieren muss.<sup>5</sup> Handelt es sich um elementare Rechtsgüter, wie Leben, Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung, seien die Straftaten nicht von untergeordneter Bedeutung, während dies bei Eigentum oder der Willensfreiheit im Einzelfall angenommen werden könne. Aber das kann man sicherlich auch anders sehen und die Frage der „Bedeutung“ mit Blick auf andere Kriterien beurteilen.<sup>6</sup> Aber das ist auch gar nicht das Problem, um das es hier gehen soll.

## Einschüchterung und Abschreckung

Das „Problem“ mit den Hausdurchsuchungen ist nicht, dass Mitglieder von „Letzte Generation“ sich gegebenenfalls der Beteiligung als Mitglied an einer kriminellen Vereinigung strafbar gemacht haben oder strafbar machen können. Das Problem ist vielmehr der Tatbestand selbst und welche Auswirkungen die Annahme eines Anfangsverdachts haben kann. Bei der Strafvorschrift des § 129 StGB handelt es sich nämlich um einen Tatbestand, der (rechtspolitisch) ein anderes Ziel verfolgt, als es zunächst den Anschein hat. Nur auf den ersten Blick geht es um die Bestrafung des kriminellen Unrechts, ei-

ne kriminelle Vereinigung unterstützt zu haben bzw. durch Strafandrohung davon abzuschrecken. Der Tatbestand ist ein sogenannter „Türöffner-Paragraf“. Die Tür, die er öffnet, führt direkt in den dunklen Bereich strafprozessualer (heimlicher) Überwachungsmethoden, die zu den eingriffsintensivsten Maßnahmen gehören, die ein liberal-freiheitlicher Rechtsstaat aufzubieten in der Lage ist: Telekommunikationsüberwachung (§ 100a StPO), Online-Durchsuchung (§ 100b StPO) und akustische Wohnraumüberwachung (§ 100c StPO).<sup>7</sup>

Freilich müssen diese Maßnahmen ebenso wie Hausdurchsuchungen richterlich angeordnet werden und sind – zu Recht – nur unter sehr strengen Voraussetzungen zulässig. Aber allein die mit der Annahme eines Tatverdachts der Unterstützung einer kriminellen Vereinigung gem. § 129 StGB verbundene *Möglichkeit*, zu Hause in seinen Privaträumen durchsucht und überwacht oder am Telefon oder sonstigen mobilen Geräten abgehört zu werden, ist eine sehr, sehr heikle Angelegenheit – mit tiefgreifenden Folgen für die Betroffenen. Hier sind wir an dem Punkt, von dem aus betrachtet die „Razzien“ gegen Mitglieder der „Letzten Generation“ auf einmal in einem anderen Licht erscheinen. Es geht um den entgrenzten Zugriff des Staates auf die Kommunikation und die heimliche Ausleuchtung von Strukturen einer politischen Bewegung, um diese nach innen strafprozessual zu infiltrieren und in der öffentlichen Kommunikation nach außen zu delegitimieren. Die mit den strafprozessualen Möglichkeiten verbundene Machtdemonstration des Staates ist zugleich geeignet, eine Abschreckungs- und Einschüchterungswirkung zu entfalten, die sich dabei - und das ist entscheidend - nicht nur auf die beschuldigten Personen und Mitglieder von „Letzte Generation“ erstreckt. Auch Menschen, die sich zivilgesellschaftlich engagieren oder solche Bündnisse finanziell unterstützen wollen, die sich für Klimaschutz einsetzen, dürften es sich fortan zwei Mal überlegen - und überlegt ha-

ben -, ob sie das angesichts des Strafbarkeitsrisikos und der demonstrierten Strafverfolgungsmacht wirklich tun sollten. Dass die Telekommunikation von „Letzte Generation“ zum Zeitpunkt der Durchsuchungen bereits monatelang abgehört wurde, was aber erst später durch einen Bericht der Süddeutschen Zeitung (Ronen Steinke) bekannt wurde,<sup>8</sup> dürfte die latente Angst, der Staat könne zu jeder Zeit auch in Privat- und Intimsphäre „dabei sein“, nur genährt und vor allem bestätigt haben. Und das Schlimme an dieser Angst und der damit verbundenen Abschreckung ist, dass Menschen, die sich für Klimaschutz engagieren woll(t)en, dass in vielen Fällen auch dann unterlassen (haben) werden, wenn die Unterstützung oder das Engagement überhaupt gar nicht strafbar (gewesen) wäre. Diese überobligatorischen, also an sich gar nicht notwendige Freiheitseinschränkungen werden in der (Verfassungs-)Rechtswissenschaft als *chilling effects* bezeichnet.<sup>9</sup> Umschrieben werden damit abschreckende bzw. einschüchternde Nebeneffekte staatlichen Handelns auf das Verhalten bzw. die Grundrechtsausübung Dritter, also nicht den eigentlichen Adressaten der staatlichen (hier: strafprozessualen) Maßnahmen. Verfassungsrechtlich wird dieses Argumentationsmuster in Form erhöhter Rechtfertigungsvoraussetzungen operationalisiert. Nun scheint es gerade im Kontext der Strafverfolgungstätigkeiten gegen Klimaaktivistinnen und -aktivisten angemessen, erhöhte Rechtfertigungsanforderungen gerade auch an strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen wie Hausdurchsuchungen zu fordern. Denn Klima-Protest ist ein gesellschaftlich weit verbreitetes Phänomen, das ein ideelles Feld der Grundrechtsverwirklichung insbesondere der Kommunikationsgrundrechte der Art. 5, 8 GG darstellt. Klima-Protest ist im Grundsatz Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung *durch zivilen Ungehorsam*. Razzien, Telekommunikationsüberwachung und andere strafprozessuale Maßnahmen auf Grundlage eines Tatbestandes, der, folgte man der Argu-

mentation des AG München, eigentlich auf jede Bewegung, die sich der verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässigen Protestform des zivilen Ungehorsams bedient, Anwendung finden müsste, behindert diese Form der Teilhabe an dieser Form öffentlicher Meinungsbildung *strukturell*. Einschüchterungseffekte, die mit der intensiven Strafverfolgung einhergehen, sollten deshalb gerade hier in besonderem Maße berücksichtigt werden.

## **Kriminelle Vereinigung als selbsterfüllende Prophezeiung oder: wie man eine kriminelle Vereinigung macht**

Bauchschmerzen bereitet (mir) schließlich noch eine weitere Sorge. Es ist nicht völlig auszuschließen, dass Strafverfolgungstätigkeiten auf Grundlage von § 129 StGB einen Effekt haben, der gewissermaßen eine selbsterfüllende Prophezeiung darstellen könnte. Die Rede von der „Klima-RAF“ oder „Klima-Terrorismus“ in Verbindung mit einer strafrechtlichen Konzentration auf die Organisation selbst und nicht mehr die einzelnen Mitglieder könnte ihre an sich völlig neben der Sache liegende Einordnung bzw. Zuschreibung in näherer Zukunft möglicherweise zur Realität werden lassen. Die sich nunmehr gegen das Bündnis selbst und die interne Struktur von „Letzte Generation“ richtende Strafverfolgung könnte nämlich dazu führen, dass einige Mitglieder mit ihrem Protest in den Untergrund gedrängt werden, was mit weiterer Desozialisierung und Isolation verbunden ist. Das wiederum kann, worauf Katrin Höffler hier dem Verfassungsblog schon vor einigen Monaten hingewiesen hat („Klima-RAF“ herbeireden“<sup>10</sup>) zur weiteren Radikalisierung führen – so macht man dann wirklich *kriminelle* Vereinigungen.

## Nachweise

1. Vgl. Fynn Wenglarczyk/Jana Wolf, Warum Haftstrafen für „Klimakleber“ die falsche Antwort sind, Verfassungsblog, 02.05.2023, <https://verfassungsblog.de/warum-haftstrafen-fur-klima-kleber-die-falsche-antwort-sind/>, zuletzt abgerufen am 21.07.2023.
2. DER SPIEGEL, Landgericht bestätigt Anfangsverdacht einer kriminellen Vereinigung bei „Letzter Generation“, 15.05.2023, <https://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/letzte-generation-landgericht-bestaetigt-anfangsverdacht-einer-kriminellen-vereinigung-a-c838cca3-0890-415d-a1b4-3501dc7891db>, zuletzt abgerufen am 21.07.2023.
3. Vgl. Fynn Wenglarczyk, Feindbild Klimaaktivismus: Über den Ruf nach (härteren) Strafe(n) für Klimaaktivist\*innen, Verfassungsblog, 10.11.2023, <https://verfassungsblog.de/feindbild-klimaaktivismus/>, zuletzt abgerufen am 21.07.2023.
4. Fischer, Strafgesetzbuch Kommentar, 70. Auflage 2023, § 129 Rn. 36.
5. Milan Kuhli/Judith Papenfuß, Warum die „Letzte Generation“ (noch) keine kriminelle Vereinigung ist, KripoZ 2 (2023), 71 ff.
6. Vgl. hierzu etwa den Beitrag „Organisierte ‚Klimakleber‘ als kriminelle Vereinigung? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Perspektive“ von Klaus Ferdinand Gärditz in diesem Band.
7. Online-Durchsuchung und akustische Wohnraumüberwachung sind im Fall der „Letzten Generation“ aber fernliegend, worauf Gärditz in seinem Kapitel „Organisierte ‚Klimakleber‘ als kriminelle Vereinigung?“ in diesem Band zurecht hinweist. Diese Maßnahmen kommen nur bei besonders schweren Fällen in Betracht, wenn die Vereinigung also etwa darauf gerichtet ist, „besonders schwere Straftaten“ im Sinne des § 100b Abs. 2 Nr. 1 lit. a, b, d–f, h–o, Nr. 2–8, 10 StPO zu

begehen. Das sind z.B. Straftaten des Hochverrats, Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung etc.

8. Ronen Steinke, Polizei hörte Gespräche der „Letzten Generation“ mit Journalisten ab, Süddeutsche Zeitung (online), 23.06.2023.
9. Siehe hierzu die Arbeit von Staben, Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung (2016). Zu chilling effects durch unbestimmtes Strafrecht siehe aber auch Jahn, Bestimmtheitsgrundsatz und Wesentlichkeitstheorie im Strafverfassungsrecht: „It’s the interpretation, stupid“, in: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, 2023, S. 205, 213 und Jahn/Schmitt-Leonardy/Wenglarczyk, Chilling effects durch changierende Freiheitsräume?, in: Festschrift für Stephan Barton zum 70. Geburtstag, 2023, S. 373, 378 ff.
10. Vgl. dazu auch das gleichnamige Kapitel in diesem Band





*Michael Kubiciel*

# Manövrieren an den Grenzen des § 129 StGB





**G**renzfälle sind ein Test für die Tragfähigkeit juristischer Dogmatik. In dieser Hinsicht unterscheiden sich die sog. Raser-Fälle, die u.a. zu einer vertieften Befassung mit der Vorsatzlehre veranlasst haben, nicht von den Taten jener, die Straßen blockieren, um mehr Klimaschutz anzumahnen. Die Aktionen der sog. „Letzten Generation“ haben unter anderem eine Debatte um die Grenzen des Nötigungstatbestandes und die Weite des Notwehrrechts angestoßen. Noch bevor sich Gerichte höherer Instanz näher mit dem Verhältnis zwischen Versammlungsfreiheit und Verwerflichkeit im Sinne des § 240 Abs. 2 StGB befasst haben, begegnet der interessierten Fachöffentlichkeit und vor allem den Mitgliedern der „Letzten Generation“ ein neues Problem: Stellt das Bündnis von Klimaaktivisten eine kriminelle Vereinigung dar, deren Unterstützung strafbar sein könnte?

Um einen Grenzfall handelt es sich dabei zunächst in tatsächlicher Hinsicht. Typischerweise agieren kriminelle Vereinigungen arkan oder verbergen jedenfalls ihre Straftaten hinter legalen Tätigkeiten: Man denke an kleine Unternehmen, die vordergründig einen Geschäftsbetrieb unterhalten, vor allem aber der Geldwäsche dienen, oder an Motorradclubs, deren Mitglieder gelegentlich nicht einmal über eine Fahrerlaubnis verfügen, wohl aber von Einnahmen aus dem Handel mit Betäubungsmitteln profitieren. Diejenigen hingegen, die sich auf Straßen festkleben oder anderweitig den Verkehr blockieren, verdecken ihr Verhalten nicht, sondern handeln vor den Augen der Öffentlichkeit; sie stellen sich bereitwillig der Strafverfolgung. Dies auch deshalb, weil ihr Handeln nicht von egoistischen Motiven getragen ist, sondern weil sie sich auf einen altruistischen Zweck berufen: Sie wollen den Gesetzgeber zur Verabschiedung von Gesetzen veranlassen, die der Erreichung völkerrechtlich verbindlicher und verfassungsrechtlich zwingender Ziele dienen. Daher ist es, beiseite gesprochen, auch falsch, ihnen eine Fehlvorstellung von einer repräsentativen,

parlamentarischen Demokratie zu unterstellen; vielmehr nutzen sie den öffentlichen Raum, um im politischen Feld Impulse auszulösen, die den Gesetzgeber zum Handeln veranlassen.

Der wesentliche Unterschied zu anderen Interessenvertretungen besteht darin, dass die „Letzte Generation“ diesen Einfluss nicht durch Hintergrundgespräche, (lancierte) Presseartikel oder Gutachten zu nehmen versucht, sondern durch Verkehrsblockaden, die vor allem Nicht-Mitglieder des Deutschen Bundestags treffen und die sich daher – nicht zu Unrecht – als Objekte fühlen, auf deren Rücken die Auseinandersetzungen ausgetragen werden. Ob sie dadurch auch Opfer strafbarer Nötigungen geworden sind, ist noch nicht endgültig ausgemacht. Dies hängt von versammlungsrechtlichen Einzelfragen (Anmeldung, Auflösungszeitpunkt etc.) und den angedeuteten verfassungsrechtlichen Grundfragen ab. Zudem wäre sub specie § 240 StGB zu klären, ob das Festkleben auf der Straße anders zu behandeln ist als beispielsweise das Lahmlegen des Verkehrs durch Fahrten hunderter Lastwagen oder Traktoren durch Berlin oder das „Spazieren“ auf Verkehrsflächen in Dresden.

Obleich all diese Fragen gegenwärtig offen sind, wird wegen der Gründung von bzw. der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung ermittelt. Einige der von § 129 StGB aufgeworfenen Rechtsfragen sind bereits angesprochen worden;<sup>1</sup> im Kern dreht sich diese Debatte um die Berücksichtigungsfähigkeit sog. Fernziele. Hinzu kommen jedoch zwei weitere Aspekte. Sie werden bei der Prüfung relevant, ob die Begehung von Straftaten „eine Tätigkeit von untergeordneter Bedeutung ist“ und die „Letzte Generation“ daher gemäß § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB aus dem durch § 129 Abs. 2 StGB sehr weit gefassten Anwendungsbereich auszuscheiden ist. Zum einen ist von Bedeutung, in welchem Verhältnis die tatsächlich strafbaren Taten zu anderen nicht strafbaren Aktionen stehen. Angriffe auf die Pipelines und andere Einrich-

tungen der kritischen Infrastruktur sind klar strafbar, bislang aber zum Glück vereinzelt geblieben und prägen daher nicht das Erscheinungsbild der „Letzten Generation“; sie sind auch nicht repräsentativ für ihr Tätigkeitsspektrum. So bleiben im Wesentlichen Verkehrsblockaden, von denen, wie gesagt, abzuwarten bleibt, ob sie auch nach höchstrichterlicher Befassung überwiegend als strafbar einzustufen sind. Selbst wenn aber die Mehrheit der Klebeaktionen als strafbare Nötigung erachtet werden sollte, bliebe zu beachten, dass die strafrechtliche Beurteilung von Verkehrsblockaden nichts daran ändert, dass die Teilnehmer im Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG agiert haben. Nicht das Fernziel, wohl aber die Form, mit der das Ziel angestrebt wird, wäre dann bei einer grundrechtssensiblen Prüfung des § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB zu berücksichtigen. Diese könnte dann zu dem Ergebnis führen, dass das Unrecht insgesamt betrachtet gering und daher die Straftaten von untergeordneter Bedeutung im Verhältnis der Gesamttätigkeit der „Letzten Generation“ sind.

All dies zeigt, dass die Ermittlungen wegen § 129 StGB zu einem sehr frühen Zeitpunkt begonnen haben und auf einer rechtlich alles andere als sicheren Grundlage stehen. Die Strafverfolgungsbehörden manövrieren an der Grenze des Tatbestandes. Dies heißt aber auch, dass alle, die die „Letzte Generation“ als Mitglied unterstützen, sich der Gefahr von Ermittlungsmaßnahmen aussetzen, also an der Grenze dessen agieren, was man sich selbst guten Gewissens zumuten möchte und kann. Schon die Ermittlungen wegen § 129 StGB haben damit eine prohibitive Wirkung. Da die Prüfung des Verdachts in aller Regel viele Monate dauert, haben sie das Potenzial, ausgerechnet jene Personen der bürgerlichen Mitte von der „Letzten Generation“ zu distanzieren, die diese Vereinigung vor einer Radikalisierung bewahren. Damit könnten die Ermittlungsverfahren auch und gerade dann eine fatale Wirkung entfalten, wenn sie letztlich im Sande verlaufen sollten.

## Nachweise

1. Vgl. das Kapitel *Organisierte „Klimakleber“ als kriminelle Vereinigung?* von Klaus Ferdinand Gärditz und das Kapitel *„Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat“* von Katrin Höffler in diesem Band.

*Klaus Ferdinand Gärditz*

# **Organisierte „Klimakleber“ als kriminelle Vereinigung?**

*Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Perspektive*







**I**m Kontext der Aktionen der „Letzten Generation“, die durch Ankleben auf Verkehrswegen oder an Kunstwerken Aufmerksamkeit für ihre klimapolitischen Anliegen zu erreichen versuchen, ist zuletzt die Frage aufgeworfen worden, ob Straftaten nach § 129 Abs. 1 StGB (Bildung krimineller Vereinigungen) verwirklicht sein könnten. Nachdem die Generalstaatsanwaltschaft München bundesweit wegen eines entsprechenden Anfangsverdachts (§ 152 Abs. 2 StPO) hat Hausdurchsuchungen durchführen lassen, rollte eine vorhersehbare Welle der Empörung. Der Vorgang ist jedoch strafrechtlich eher banal<sup>1</sup> und verfassungsrechtlich unbedenklich.

## Straftatbestand

Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird nach § 129 Abs. 1 Satz 1 StGB bestraft, wer eine Vereinigung gründet oder sich an einer Vereinigung als Mitglied beteiligt, deren Zweck oder Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten gerichtet ist, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren bedroht sind. Auf ein besonderes Gewicht der Straftaten kommt es durch die Verweisung auf eine präzise bezeichnete Höchststrafe nicht (mehr) an. Nur wenige Bezugsstrafatbestände fallen aus dem Anwendungsbereich, weil die gesetzliche Höchststrafe unter zwei Jahren liegt, z. B. Hausfriedensbruch (§ 123 StGB), Beleidigung (§ 185 StGB), Missbrauch von Titeln, Berufsbezeichnungen und Abzeichen (§ 132a StGB) oder Störung der Tätigkeit eines Gesetzgebungsorgans (§ 106b StGB). Auf der Rechtsebene hat § 129 Abs. 1 Satz 1 StGB einen Strafraum typischer Alltagskriminalität wie z. B. bei Diebstahl (§ 242 StGB), Betrug (§ 263 StGB) oder Sichbeschaffen von Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG). Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird nach § 129 Abs. 1 Satz 2 StGB zudem bestraft, wer eine solche Verei-

nigung unterstützt oder für sie um Mitglieder oder Unterstützer wirbt. Das ist ein niedriger Strafraumen, vergleichbar der Belohnung und Billigung von Straftaten (§ 140 StGB), dem unerlaubten Entfernen vom Unfallort (§ 142 Abs. 1 StGB), der falschen Versicherung an Eides Statt (§ 156 StGB) oder der Störung einer Bestattungsfeier (§ 167a StGB).

Natürlich macht es einen Unterschied, ob man Geld für die kalabrische Mafia, den Ku-Klux-Klan oder „Klimakleber“ sammelt. Aber das ist – wie bei anderen Vergehen auch – eine Frage der Verfolgungsoportunität (§§ 153, 153a StPO) sowie letztlich der tatproportionalen Strafzumessung (§ 46 StGB). Auch der Diebstahl einer Packung Lollis aus dem Drogeriemarkt wird im Rahmen des § 242 StGB anders sanktioniert als der von diamantbesetzten Goldketten beim Juwelier.

## Bezugsstraftaten

Dass die Aktionen der „Letzten Generation“ jedenfalls auch Straftaten einschließen, dürfte nicht ernsthaft in Frage stehen. Nötigung (§ 240 Abs. 1 StGB), gemeinschädliche Sachbeschädigung (§ 304 StGB), Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 Abs. 1 StGB) oder gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (§ 315b StGB) haben auch den erforderlichen Strafraumen. Die damit verbundenen Auslegungsfragen können hier nicht vertieft werden. Politische Ziele spielen jedenfalls für die strafrechtliche Bewertung richtigerweise keine Rolle, erst recht nicht eine vermeintliche Verfassungskonformität des Fernziels. Das Argument, man verfolge ja nur Ziele, die das BVerfG in seinem Klimaschutzbeschluss<sup>2</sup> selbst als verpflichtend angesehen habe und zwingen gleichsam den Staat nur zu verfassungskonformem Handeln, was nicht verwerflich (§ 240 Abs. 2 StGB) sein könne, erscheint reichlich verstiegen. Das demokratische Verfahren beruht auf der prozeduralen Formalisierung sozialer Konfliktbewältigung und damit auch darauf,

dass niemand demokratisch gesetztes Recht schlicht deswegen brechen darf, weil sie oder er sich selbst bescheinigt, einen guten Zweck zu verfolgen, der einfach zu Unrecht nicht mehrheitsfähig sei.

Verfassungsrechtliche Schutzaufträge sind zudem ubiquitär, aber für die Frage der legitimen Mittelwahl zivilgesellschaftlicher Politisierung nicht von unmittelbarer Relevanz. Das BVerfG hat etwa den wirk-samen Schutz des Lebensrechts von Embryonen<sup>5</sup> oder der nachhaltigen Leistungsfähigkeit des demokratischen Rechts- und Sozialstaats gegen überbordende Staatsverschuldung<sup>4</sup> eingefordert. Dass es verfassungsunmittelbar deshalb gerechtfertigt wäre, wenn militante Abtreibungsgegnerinnen sich vor den Eingang einer Abtreibungsklinik kleben oder aggressive Austeritätsaktivisten die Werkszugänge von Rheinmetall blockieren, um die Herstellung milliardenteurer Panzer für die Bundeswehr und damit neue Staatsschulden zu verhindern, erscheint abwegig.

Zudem kommt es darauf an, ob die organisatorischen Anforderungen an eine Vereinigung nach § 129 Abs. 2 StGB erfüllt sind. Die Schwelle ist nicht sonderlich hoch und die Anforderungen an einen Anfangsverdacht (§ 152 Abs. 2 StPO) dürften allemal erfüllt sein. Die bei den Durchsuchungen beschlagnahmten Beweismittel dürften vermutlich vor allem dazu dienen, die innere Kommunikationsstruktur von „Letzte Generation“ und damit die organisatorische Verfestigung aufzuklären. Allenfalls kann man diskutieren, ob eine Strafbarkeit nach der tatbestandlichen Rückausnahme des § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB entfällt, weil „die Begehung von Straftaten nur ein Zweck oder eine Tätigkeit von untergeordneter Bedeutung ist“. Auch das dürfte nicht greifen, wenn Straftaten organisiert gerade als sozialkommunikatives Verstärkungsmittel für politische Botschaften eingesetzt werden. Ohne die öffentlichkeitswirksamen strafbaren Aktionen, die den Kern der kollektiven Tätigkeit ausmachen, wäre die „Letzte Generation“ eine

der vielen biederen Protestgruppen, für die sich niemand interessiert.

## Ein „Türöffner-Paragraf“?

Ist denn § 129 StGB wenigstens ein „Türöffner-Paragraf“, der akzessorisch weitergehende Eingriffsermächtigungen nach sich zieht und das prozessuale Handlungsspektrum der Strafverfolgungsbehörden erweitert?<sup>5</sup> Auch strafprozessrechtlich löst § 129 StGB wenig besondere Folgen aus. Wie bei anderer Kriminalität auch steht das allgemeine Spektrum des strafprozessualen Eingriffsrechts von der Durchsuchung (§§ 102 ff. StPO) über die Beschlagnahme von Beweismitteln (§§ 94 ff. StPO) bis – im Extremfall – zur Untersuchungshaft (§ 112 StPO) zur Verfügung. Das gilt auch für den „Fahrraddiebstahl“ oder die „Unfallflucht“; jede Maßnahme zur Erforschung des Sachverhalts ist daher an der Verhältnismäßigkeit zu messen. Sofern es im Einzelfall zu unverhältnismäßigen Eingriffen kommen sollte (wofür bislang nichts spricht), wäre das ohnehin kein Problem des Designs des materiellen Straftatbestandes, sondern der Anwendung des Prozessrechts.

Die einzige qualifizierte Eingriffsermächtigung, in deren Rahmen § 129 Abs. 1 StGB als Katalogtat fungiert, ist die Telefonüberwachung (§ 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. d StPO) – eine inzwischen bis hinein in die Alltagskriminalität ubiquitäre Standardmaßnahme. Eine Online-Durchsuchung (§ 100b Abs. 2 Nr. 1 lit. c StPO) oder eine Erhebung von Verkehrsdaten (§ 100g Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 lit. c StPO) kommt nur bei besonders schweren Fällen in Betracht, wenn die gebildete Vereinigung auf die Begehung von schwerster Kriminalität nach § 129 Abs. 5 Satz 3 StGB (i. V. mit § 100b Abs. 2 Nr. 1 lit. a, b, d-f und h-o, Nr. 2-8 und 10 StPO) gerichtet ist,<sup>6</sup> also etwa eine Vereinigung, die organisiert Hochverrat, Vergewaltigung, Verbreitung von Kinderpornografie oder Bestechung begeht. Eine Vermögensbeschlagnahme ist möglich

(§ 443 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO), was aber in der Ratio des § 129 StGB begründet ist, systematischer Straftatbegehung die organisatorische Infrastruktur zu entziehen. Zu einer substantiellen Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden führt also der Verdacht einer Straftat nach § 129 StGB nicht.

Auch im präventiven Bereich ist § 129 StGB durchweg keine Katalogtat, die besondere Maßnahmen eröffnet. Würde man die „Letzte Generation“ als verfassungsfeindliche Bestrebung i. S. der §§ 3, 4 BVerfSchG ansehen, was wohl derzeit noch nicht naheliegt, könnte der Verfassungsschutz beispielsweise keine individuellen Beschränkungen der Telekommunikation nach § 3 G10 beantragen und bliebe damit im Ermächtigungsspektrum hinter den Strafverfolgungsbehörden zurück.

## Vorfeldkriminalisierung als Verfassungsproblem

Letztlich verbleibt nur die Frage, ob die mit § 129 StGB fraglos einhergehende Vorverlagerung der Strafbarkeit in das verbreiterte logistische Umfeld der Straftatorganisation jenseits der unmittelbaren Tatbeteiligung (§§ 25, 26, 27 StGB) verhältnismäßig ist. Das vermeintliche Vorfeldproblem ist freilich alt und wurde bereits seit den gesetzlichen Reaktionen auf den RAF-Terrorismus ausgiebig diskutiert.<sup>7</sup> Die bisweilen geäußerten Bedenken haben sich mit Recht nicht durchgesetzt. Die Verhältnismäßigkeit sowohl der zugrundeliegenden Verhaltensnorm (des Verbots, eine entsprechende Vereinigung zu bilden) als auch der akzessorischen Verbotsnorm (der Kriminalisierung) richtet sich nach dem Grad der sozialen Gefährlichkeit des Verhaltens. Hierfür gibt es keinen fixierten Korridor. Die Frage der sozialen Risikotoleranz ist auch im Strafrecht immer wieder neu auszuhandeln. So hat man etwa konstruktiv darüber gestritten, ob der Straftatbe-

stand der sexuellen Belästigung (§ 184i StGB) – so ein traditionalistischer Reflex – eine erneute illiberale Überdehnung des Kriminalstrafrechts oder nicht eher – deutlich plausibler – eine Aktualisierung des seinerseits liberalen Versprechens ist, die sexuelle Selbstbestimmung besser zu schützen. Das ist keine Verfassungs-, sondern politisch-demokratische Aushandlungs- und Entscheidungsfrage.

## Keine Rechtsgutsromantik

Die Vorbehalte gegen eine Vorfeldkriminalisierung hängen eng zusammen mit einer reichlich anachronistischen, in der Strafrechtswissenschaft aber noch verbreiteten Doktrin, Strafgesetzgebung sei nur gerechtfertigt, wenn sie Rechtsgüter (was auch immer das ist) schütze. Risiken im Vorfeld des unmittelbaren Angriffs auf ein Schutzgut erscheinen dann als illegitime Vorverlagerung des strafrechtlichen Handlungsinstrumentariums in den Bereich sozialadäquater Risiken. Das BVerfG ist solcher Rechtsgutsromantik mit Recht nicht gefolgt.<sup>8</sup> Rechtsgüter sind keine ontischen Kategorien, sondern Konstrukte der Rechtsordnung, deren bewegliche Gestaltung im Wesentlichen in der Hand des einfachen Gesetzgebers liegt. Die verfassungskonforme Bewertung der sozialen Gefährlichkeit muss natürlich plausiblen Gründen folgen und darf nicht grundrechtliche Bewegungsfreiheit unangemessen einschränken. Die legislativen Spielräume sind hierbei aber sehr weit.

Ob mit der Gefährlichkeit von konkretem Verhalten gerechtfertigte Verbote rein ordnungsrechtlich durchgesetzt, als bloße Ordnungswidrigkeit behandelt oder ins Kriminalstrafrecht eingegliedert werden, ist vornehmlich eine Frage der Praktikabilität. Verfassungsrechtliche Direktiven gibt es hierfür kaum. Mit einer sich verschärfenden Klimakrise könnte man sicher auch das Rasen auf der Autobahn oder

das unerlaubte Beheizen des Swimmingpools zu niederschweligen Straftaten machen, um Gemeinwohlbelange des ökologischen Klimaschutzes und der sozialen Energieversorgung effektiv durchzusetzen. Man sehe einmal in das verwaltungsakzessorische Nebenstrafrecht in den Fachgesetzen des besonderen Verwaltungsrechts, welche Trivia heute bereits strafbar sind!

Der Straftatbestand des § 129 Abs. 1 StGB soll „die erhöhte kriminelle Intensität erfassen, die in der Gründung oder Fortführung einer festgefügtten Organisation ihren Ausdruck findet, die kraft der ihr innewohnenden Eigendynamik eine erhöhte Gefährlichkeit für wichtige Rechtsgüter der Gemeinschaft mit sich bringt“.<sup>9</sup> Begegnet wird also dem sozialen Risiko, dass die Häufigkeit, Intensität und/oder Zielgerichtetheit von Straftaten steigt, wenn sie aus einer organisierten Gruppe heraus begangen werden, die entweder die Motivation oder die Logistik hierfür liefert. Wer im konkreten Anlasszenario organisiert Geld sammelt oder dafür wirbt, dass Straßenblockaden organisiert oder Kunstwerke beschädigt werden, eskaliert eben die systematische Begehung von Straftaten. § 129 Abs. 1 StGB schützt hier nur flankierend die öffentlichen Interessen, die schon die sehr vielfältigen Bezugsstraftatbestände schützen sollen, und dient insoweit einem verfassungsrechtlich legitimen Ziel. Die Verhältnismäßigkeit der Kriminalisierung ist angesichts der mit Recht weit gefassten Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers über den Mitteleinsatz nicht ernsthaft angreifbar. Das logistische Umfeld einzubeziehen (Abs. 1 Satz 2), ist dann nur konsequent, der Tatproportionalität wird durch den abgesenkten Strafraum hinreichend Rechnung getragen.

## Keine Privilegierung des Politischen

Wenn eine Vereinigungsstraftat nach § 129 Abs. 1 StGB im Kontext politischer Auseinandersetzungen erfolgt, ergibt sich jedenfalls verfassungsrechtlich keine Verpflichtung, politische Motive zu privilegieren. Weder die politischen Grundrechte, die selbstverständlich den Inhalt der transportierten Botschaften schützen (Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 GG), noch die (aus historischer Erfahrung meistens rosig gemalten) Fernziele (hier: Schutz insbesondere von Art. 2 Abs. 2 Satz 1, 20a GG) erfordern es, bei der gesetzlichen Ausgestaltung der legalen Grenzen des Mitteleinsatzes darauf Rücksicht zu nehmen, dass bzw. inwiefern Verhalten politisch motiviert ist. Gerade die freie öffentliche Auseinandersetzung über Ziele der Politik ist nur möglich, wenn sich diese auf kommunikative Mittel beschränkt und nicht Rechte anderer verletzt. Freiheit ist in einer Rechtsgemeinschaft immer konditioniert, auch die politische. Illegale Druckmittel und Emphasizer symbolisch einzusetzen, um dem eigenen Anliegen ersehnte schnelle Sichtbarkeit zu verschaffen, ist gerade ein Angriff auf die Kommunikationsstruktur des demokratischen Prozesses, der erst die politische Gestaltung des Miteinanders auf der Grundlage der gleichen Freiheit aller sichert. Die Selbstprivilegierung, sich kraft erfüllter höherer Einsicht oder aus narzisstischem Sendungsbewusstsein über die gleiche Freiheit der anderen zu stellen, die für ihre – zunächst einmal ebenfalls legitimen – Anliegen um Mehrheiten werben müssen, ist anti-demokratisch,<sup>10</sup> anti-egalitär und letztlich autoritär. Weder Gesetzgeber noch Strafverfolgungsbehörden und Gerichte sind verfassungsrechtlich in der Pflicht, dies im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu honorieren.



## Entpolitisiertes Strafrecht und politische Bigotterie

Wir sind bislang gut damit gefahren, das Strafrecht möglichst inhaltlich zu entpolitisieren, also das politische Framing von Handlungen auszublenden und allenfalls als Strafzumessungsproblem zu behandeln. Es wäre z. B. an der Grenze zur Rechtssatire abwegig, die Maskenverweigerung<sup>11</sup> auf einer Querdenkerdemo als gerechtfertigt anzusehen, weil man nun einmal gegen die Maskenpflicht demonstriert, oder das organisierte Spendensammeln für die gewaltsame Blockade einer Flüchtlingsunterkunft zu schonen, weil „besorgte Bürger“ doch wohl noch eine „migrationskritische“ Meinung haben dürften. Dass dies jeweils sanktionierbares Unrecht ist, sollte selbstverständlich sein. Irritierend ist daher eher der bisweilen bizarre Erfindungsreichtum, mit dem nunmehr aus politischem Opportunismus versucht wird, „Klimakleber“ mit der Brechstange vor einer Bestrafung zu schützen, die diese bewusst herbeigeführt haben, um den Staat vorzuführen. Die Ermittlungsverfahren folgen hier nur dem Legalitätsprinzip (§ 152 Abs. 1 StPO), die Durchsuchungen sind kaum vermeidbare Routinemaßnahmen, um Beweismittel zu sichern.

„Klimakleber“ schützen nicht das Klima, sie setzen nur unter Klebstoffeinsatz von der Rechtsordnung verfassungskonform kriminalisierte Mittel ein, um einem politischen Anliegen zu größerer Wahrnehmung zu helfen. Wer Straftaten begeht, um Aufmerksamkeit zu erlangen, muss damit leben, dass diese Taten dann auch in regulären Strafverfahren verfolgt werden. Die aufgeblasene Aufregung hierüber ist dann nur Bigotterie.

## Nachweise

1. Sehr instruktiv und sachlich Thomas Fischer, Ist die „Letzte Generation“ eine kriminelle Vereinigung?, Legal Tribune Online, 22.05.2023, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/meinung/m/kriminelle-vereinigung-thomas-fischer-letzte-generation/>, zuletzt abgerufen am 29.07.2023.
2. BVerfGE 157, 30 ff.
3. BVerfGE 88, 203 (251 ff.).
4. BVerfGE 119, 96 (142).
5. So die Behauptung von Fynn Wenglarczyk in diesem Band, Wie man eine kriminelle Vereinigung macht: Zu den Razzien gegen Mitglieder von „Letzte Generation“.
6. Die Ermächtigung zur akustischen Wohnraumüberwachung nach § 110c Abs. 1 Nr. 1 StPO verweist ebenfalls auf den Katalog des § 110b Abs. 2 StPO und verlangt darüber hinaus weitere Qualifikationen wie die besondere Schwere der Tat im Einzelfall (§ 110c Abs. 1 Nr. 2 StPO), was hier völlig fernliegend ist. Verzerrend daher Wenglarczyk, in diesem Band.
7. Wobei es bei dem einschlägigen § 129a Abs. 1-2 StGB um einen Verbrechenstatbestand (§ 12 Abs. 1 StGB) geht, bei dem eine Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren angedroht wird, und das prozessuale Eingriffsinstrumentarium das weiteste ist.
8. BVerfGE 120, 224 (240).
9. BGHSt 31, 202 (207).
10. Vgl. Christoph Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 2008, S. 80.
11. Ordnungswidrig nach § 73 Abs. 1a Nr. 11b IfSG.

*Thorsten Koch*

# Verhältnismäßigkeit, Normenklarheit und § 129 StGB





**D**er Anwendungsbereich der Strafvorschrift über die "Bildung krimineller Vereinigungen" (§ 129 StGB) wirft mehr Fragen auf, als es klare Antworten gibt; dabei kreist die strafrechtliche Diskussion erkennbar um das „Ob“ und „Wie“ der Begrenzung eines zu weit geratenen oder jedenfalls als zu weit empfundenen Tatbestands.<sup>1</sup> Daraus resultiert offenbar auch, dass die Frage, inwieweit die Unterbrechung von Routinen und täglichen Abläufen durch Aktionen der „Letzten Generation“ sich unter diese Norm subsumieren lässt, allgemein als offen angesehen wird. In einer aktuell in den Medien geführten Diskussion<sup>2</sup> wird einerseits betont, dass der gesetzliche Tatbestand derartige Aktivitäten ohne Weiteres zu erfassen vermöge, was in der Tat naheliegend erscheint: Insbesondere der etwas treuherzige Einwand, dass Zweck und Tätigkeit der Aktivisten auf den Klimaschutz, nicht aber die Begehung von Straftaten gerichtet seien, erscheint als wenig tragfähig, da die Aktivisten die gewünschte Aufmerksamkeit gerade durch die Blockade des Straßenverkehrs erreichen wollen, so dass dieser Effekt folglich (ebenfalls) bezweckt ist. Die Gegenposition<sup>3</sup> zielt denn auch darauf ab, den Anwendungsbereich von § 129 StGB durch ungeschriebene Tatbestandsmerkmale wie etwa das Erfordernis einer erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit zu begrenzen, was mit Blick auf die hier in Rede stehenden Aktivitäten zu neuen Unklarheiten führt<sup>4</sup>. Schon diese Gegebenheiten legen jedoch nahe, dass es geboten ist, den gordischen Knoten strafrechtsdogmatischer Erwägungen mit dem scharfen Schwert des Verfassungsrechts zu durchschneiden: § 129 StGB ist in seiner derzeitigen Form verfassungswidrig!

## **Verhältnismäßigkeit und verfassungskonforme Interpretation**

Die Bemühungen um eine Restriktion des Tatbestandes von § 129 StGB knüpfen erkennbar an Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes an,

der schon mit Blick auf frühere Fassungen der Norm verlangte, dass die in Rede stehenden Straftaten unter dem Blickwinkel einer erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit von einigem Gewicht sein mussten;<sup>5</sup> hierfür waren offenbar Erwägungen maßgeblich, die im Verhältnismäßigkeitsprinzip wurzeln.<sup>6</sup> Mit der Anpassung an unionsrechtliche Vorgaben aus dem Rahmenbeschluss 2008/841/JI des Rates vom 24. Oktober 2008<sup>7</sup> ist der gesetzliche Tatbestand im Jahre 2017 indes verändert – zum Teil verengt und zum Teil erweitert – worden, letztlich aber auch im Vergleich zu Vorgaben des Unionsrechts bemerkenswert weit geblieben. Der genannte Rahmenbeschluss definiert in seinem Art. 1 Nr. 1 „kriminelle Vereinigungen“ (einschränkend) dahin, dass deren Tätigkeit darauf gerichtet sein muss „sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen“; diese Wendung wurde in das deutsche Recht nicht übernommen. Auch knüpft Art. 1 Nr. 1 des Rahmenbeschlusses an Taten an, die „im Höchstmaß“ mit einer Strafe von mindestens vier Jahren bedroht sind; das deutsche Recht lässt hingegen zwei Jahre genügen. Damit ist der mitgliedstaatliche Gesetzgeber bei der Definition krimineller Vereinigungen über die Vorgaben des Unionsrechts hinausgegangen.<sup>8</sup> Das steht ihm frei, führt aber zu dem Problem, wie mit Sachverhalten umzugehen ist, die sich bei der Verfolgung verfassungsrechtlich geschützter – wenn nicht geforderter – Zwecke ereignen.

Der Gesetzgeber war sich der Problematik der Weite seiner Regelung offenbar bewusst: In den Gesetzesmaterialien wird die erwähnte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ausdrücklich aufgegriffen und aus dem Schutzzweck der Norm, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und der Bedeutung von § 129 StGB als Katalogtat für die auch von F. Wenglarczyk<sup>9</sup> betonten strafprozessualen Möglichkeiten der Ermittlungsbehörden<sup>10</sup> gefolgert, „dass die von der Vereinigung geplanten oder begangenen Straftaten eine erhebliche Gefahr für die

öffentliche Sicherheit bedeuten und unter diesem Gesichtspunkt von einigem Gewicht sein müssen“;<sup>11</sup> offenbar soll es sich dabei um eine verfassungsrechtliche Vorgabe handeln. Die Verfasser des Gesetzentwurfs gingen danach selbst davon aus, dass die gesetzliche Regelung ohne die Restriktionen nach Maßgabe der vorangegangenen Rechtsprechung auf Bedenken unter Aspekten der Verhältnismäßigkeit stoßen würde.

Das dürfte auch naheliegen, denn es ist zu bezweifeln, dass eine Vorverlagerung der Strafbarkeit durch ein Präventiv-Strafrecht zu Zwecken des Rechtsgüterschutzes erforderlich und angemessen (verhältnismäßig ieS) ist, wenn die genannten einengenden Voraussetzungen nicht vorliegen. Zwar begegnet es keinen Bedenken, wenn gewalttätige Aktionen gegen Personen oder Sachen bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen der Norm von § 129 StGB erfasst werden. Ob dies auch für die Aktivitäten der „Letzen Generation“ gilt, erscheint jenseits des spezifischen Gewaltbegriffs des § 240 StGB aber als zweifelhaft: Entgegen einer gelegentlich immer noch anzutreffenden Fehlvorstellung ist der öffentliche Raum nicht allein ein Raum für den (motorisierten) Individualverkehr, sondern auch ein Kommunikationsraum, was Demonstrationen und andere Veranstaltungen einschließt. Damit sind „unvermeidbar gewisse nötigende Wirkungen in Gestalt von Behinderungen Dritter verbunden“.<sup>12</sup> Dies ändert zwar nichts daran, dass das durch Art. 8 GG eingeräumte Selbstbestimmungsrecht über Ort, Zeitpunkt sowie Art und Inhalt einer Versammlung durch den Schutz der Rechtsgüter Dritter und der Allgemeinheit begrenzt ist und deshalb nicht auch die Entscheidung umfassen kann, „welche Beeinträchtigungen die Träger kollidierender Rechtsgüter hinzunehmen haben“.<sup>13</sup> Auch wenn eine durch nicht angemeldete Versammlungen provozierte Beeinträchtigung des Fortkommens anderer Personen nicht die (eng verstandene) „Unfriedlichkeit“ einer

Versammlung“ iSv Art. 8 GG zur Folge hat, bleibt sie daher rechtswidrig. Gleichwohl hatte aber der Gesetzgeber erkennbare Zweifel, ob ein solcher Rechtsverstoß und die damit einhergehende Beeinträchtigung anderer Personen eine Bedeutung hat, die ausreichend ist, um eine Strafbarkeit nach Maßgabe von § 129 StGB einschließlich der damit verbundenen Möglichkeiten des Strafprozessrechts wie etwa Hausdurchsuchungen durch bewaffnete Einsatzkräfte im Morgengrauen zu rechtfertigen.

## Bestimmtheit und Normenklarheit

Allerdings haben sich diese Zweifel nur in der Weise manifestiert, dass in dem Gesetzentwurf der Bundesregierung auf die den Tatbestand einschränkende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hingewiesen wurde; in den Gesetzestext Eingang gefunden haben diese Erwägungen hingegen nicht. Offenbar sollte danach mit der Inbezugnahme der vorangegangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshof eine verfassungsrechtlich gebotene, aber gleichwohl ungeschriebene Restriktion des Tatbestandes erfolgen. Eine solche gesetzgeberische Vorstellung ist für die Justiz indes schon nicht verbindlich, wenn sie im Gesetz keinen Ausdruck gefunden hat.<sup>14</sup> Von größerer Bedeutung sind im vorliegenden Zusammenhang aber zwei weitere Aspekte.

Zunächst entbehrt das Erfordernis einer erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit von einigem Gewicht der hinreichenden tatbestandlichen Bestimmtheit, wie sich auch an der Diskussion darüber ablesen lässt, ob die Aktivitäten der „Letzten Generation“ beispielsweise aufgrund einer etwaigen Behinderung von Rettungsfahrzeugen diese Voraussetzungen erfüllen. Wenn in diesem Zusammenhang auf eine „Gesamtwürdigung“<sup>15</sup> des Geschehens unter wertender Einbeziehung der Gesamtumstände<sup>16</sup> abgestellt wird, liegt auf der Hand, dass



eine solche (ungeschriebene) Strafbarkeitsvoraussetzung den Anforderungen an Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit einer Normanwendung nicht zu genügen vermag.

Im Übrigen bestehen schon grundsätzliche Bedenken gegen die verbreitete Annahme, dass sich unklare oder zu weitgehende gesetzliche Regelungen über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach Belieben „eindampfen“ lassen. Das Bundesverfassungsgericht hat jüngst klargestellt, dass der Anwendungsbereich zu weit gefasster Vorschriften nicht uneingeschränkt durch eine verfassungskonforme Reduktion oder allgemeine Verhältnismäßigkeitserwägungen reduziert werden kann, weil auch in diesen Fällen die Anforderungen an Bestimmtheit und Normenklarheit zu beachten sind.<sup>17</sup> Dies zu Recht: Präzise, klare und verhältnismäßige Normen zu schaffen ist die originäre Aufgabe des Gesetzgebers. Er kann sie nicht dergestalt an die Justiz delegieren, dass es ihr überlassen bleibt, durch im Tatbestand einer Norm nicht enthaltene und im Einzelnen nicht vorhersehbare Restriktionen verfassungsmäßige Regelungen und Zustände zu schaffen.

## **Konsequenzen**

Damit ergibt sich: Schon die Verfasser\*innen des aktuellen Gesetzestextes hatten berechtigte Zweifel an der Verhältnis- und Verfassungsmäßigkeit der Norm. Eine entsprechende Absicherung sollte durch eine ungeschriebene und allein in den Gesetzesmaterialien erwähnte Begrenzung des Tatbestandes erfolgen, die aber der hinreichenden Bestimmtheit entbehrt und deren ausdrückliche Aufnahme in das Gesetz aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten gewesen wäre. Die Regelung kann daher in ihrer derzeitigen Fassung nicht als verfassungskonform angesehen werden.

## Nachweise

1. Dazu etwa Schäfer/Anstötz, in: Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl., 2021, § 129 Rn. 38 ff.; Sternberg-Lieben / Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., 2019, § 129 Rn. 6, die nur „Bagatelldelikte“ ausklammern wollen.
2. Alexander Fröhlich, Debatte über „Letzte Generation“: Kriminelle Vereinigung? Es kommt drauf an, Tagesspiegel, 25.05.2023, <https://www.tagesspiegel.de/berlin/razzia-bei-der-letzten-generation-kriminelle-vereinigung-es-kommt-drauf-an-9880445.html>, zuletzt abgerufen am 21.07.2023.
3. Streitgespräch Jahn vs Fischer, Ist die Letzte Generation eine kriminelle Vereinigung?, Legal Tribune Online, <https://www.tagesspiegel.de/berlin/razzia-bei-der-letzten-generation-kriminelle-vereinigung-es-kommt-drauf-an-9880445.html>, zuletzt abgerufen am 21.07.2023.
4. Markus Sehl, Wie das Gericht die „kriminelle Vereinigung“ begründet, Legal Tribune Online, 25.05.2023, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/letzte-generation-kriminelle-vereinigung-durchsuchungsbeschluss-muenchen-bayern-justiz-razzia/>, zuletzt abgerufen am 21.07.2023.
5. Vgl. etwa BGH, NJW 1995, 3395 (3396 sub II.); BGH, NStZ 1995, 340, 341 sub II. 2. a).
6. Vgl. BGH, NStZ 1995, 340, 341 sub II. 2. a).
7. ABl. L 300 vom 11.11.2008, S. 42
8. Vgl. dazu die wenig Klarheit vermittelnden Ausführungen in BT-Drs. 18/11275, S. 10 und 11.
9. Vgl. das Kapitel von Wenglarczyk in diesem Band.

10. Siehe hierzu auch BGH, NStZ 1995, 340, 341 sub II. 2. a).
11. BT-Drs. 18/11275, S. 11.
12. BVerfG, B. v. 24.10.2001 – 1 BvR 1190/90 u.a., Rn. 51.
13. BVerfG a.a.O.
14. Vgl. BGH, NStZ 1995, 340, 342 sub II. 2. a) aa).
15. Schäfer/Anstötz a.a.O. (Anm. 1), Rn. 42; BGH, NStZ 1995, 340, 341 sub II. 2. a).
16. BGH, NStZ 1995, 340, 342 sub II. 2. a) aa).
17. BVerfG, B. v. 09.12.2022 – 1 BvR 1345/21, Rn. 121.



*Jochen von Bernstorff*

# **Ist der Umgang mit Klimaprotesten in Deutschland mensenrechtswidrig?**





In einem bemerkenswerten und für die Geschichte der Bundesrepublik wohl präzedenzlosen Schritt hat sich der Sprecher des UN-Generalsekretärs Antonio Guterres, dem höchsten Vertreter der Weltorganisation, im Mai 2023 zum staatlichen Umgang mit Klimaprotesten in Deutschland geäußert:

„Klimaaktivisten – angeführt von der moralischen Stimme junger Menschen – haben ihre Ziele auch in den dunkelsten Tagen weiterverfolgt. Sie müssen geschützt werden, und wir brauchen sie jetzt mehr denn je.“

Konkreter Anlass waren Fragen zu den im Auftrag der Generalstaatsanwaltschaft München durchgeführten bundesweiten Durchsuchungen gegen Mitglieder der Protestbewegung „Letzte Generation“. Die Bayerische Zentralstelle zur Bekämpfung von Extremismus und Terrorismus der Generalstaatsanwaltschaft hatte die Ermittlungen wegen des Verdachts auf die „Bildung einer kriminellen Vereinigung“ (§129 StGB) „aufgrund zahlreicher Strafanzeigen aus der Bevölkerung“ aufgenommen.<sup>1</sup> Wenn man andere Stellungnahmen der spezialisierten Menschenrechtsorgane zum Schutz des weltweit unter Druck stehenden Versammlungsrechts aus jüngster Zeit heranzieht, zeigt sich, dass derartige Reaktionen einer konkreten Besorgnis über einen zunehmend versammlungsfeindlichen Umgang mit Protestgruppen auch in Deutschland entspringen. Es finden sich dort nicht nur kritische Äußerungen zu autoritären Regimen, sondern auch zu europäischen Staaten, wie z.B. dem Vereinigten Königreich oder Deutschland.<sup>2</sup> Ähnliche Kritik an Einschränkungen der Versammlungsfreiheit trifft sonst in der Regel halbautokratische und autokratische Regime. Es muss sich also um ein Versehen handeln, oder waren die UN-Leitungsgremien und Menschenrechtsorgane einfach falsch informiert worden?

Wegen der in vielen Staaten der Welt zunehmenden Repressionen

gegenüber friedfertigen Protestbewegungen, die vor allem auf Sitzblockaden zurückgreifen, hatten der UN-Menschenrechtsausschuss und auch der UN-Sonderberichterstatter sich in den letzten beiden Jahren wiederholt zu den menschenrechtlichen Standards im Umgang mit störenden Protestformen positioniert. Die dort identifizierten Gefahren für das Menschenrecht auf Versammlungsfreiheit sind auch für die deutsche Situation aufschlussreich.

## Pauschale Kriminalisierung?

Der ebenenübergreifende grund- und menschenrechtliche Standard zur Problematik der Sitzblockaden ist ein eindeutiges Regel-Ausnahmeverhältnis: Störende, aber friedfertige Proteste, insbesondere Sitzblockaden, sind in der Regel von der grund- und menschenrechtlich garantierten Versammlungsfreiheit geschützt. Beeinträchtigungen Dritter wie z.B. solche durch Verkehrsbehinderungen sind laut Bundesverfassungsgericht, UN-Menschenrechtsausschuss und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte keine „Gewalt“ im versammlungsrechtlichen Sinn, führen also nicht zur Unfriedlichkeit der Versammlung und heben den Schutz der Versammlungsfreiheit grundsätzlich nicht auf.<sup>3</sup>

In diesem Zusammenhang weisen der UN-Menschenrechtsausschuss wie das Bundesverfassungsgericht explizit darauf hin, dass auch von privaten Einrichtungen und der Gesellschaft insgesamt erwartet werden kann, dass sie ein gewisses Maß an Störungen als Ergebnis der Ausübung dieses Rechts akzeptieren.<sup>4</sup>

Auch zur Frage der Strafbarkeit von Sitzblockaden finden sich konkrete Hinweise auf menschenrechtliche Grenzen bei den jüngeren Äußerungen der UN-Menschenrechtsorgane:

“Where criminal or administrative sanctions are imposed



on organizers of or participants in a peaceful assembly for their unlawful conduct, such sanctions must be proportionate, non-discriminatory in nature and must not be based on ambiguous or overbroadly defined offences, or suppress conduct protected under the Covenant”<sup>5</sup>

Danach darf der Staat nach den zuständigen regionalen und universalen Menschenrechtsgremien zwar konkrete von den Protesten ausgehende Störungen im Einzelfall in verhältnismäßiger Weise begrenzen. Hier kommt regelmäßig das Ordnungswidrigkeitenrecht zur Anwendung. Eine ausnahmsweise zulässige strafrechtliche Verfolgung jedoch setzt nach allen Menschenrechtsgremien eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen dem Recht auf Protest und den konkret betroffenen Rechten Dritter voraus.<sup>6</sup>

Zudem beobachten die UN-Berichte in vielen Staaten die Einführung oder Anwendung von weiten Straftatbeständen, die friedliche Proteste unter hohe Strafandrohungen stellen. Ein neues britisches Strafgesetz gegen störende Protestformen wurde vom UN-Hochkommissar vor wenigen Wochen für menschenrechtswidrig befunden<sup>7,8</sup>. Auch in Deutschland ist eine Diskussion darüber entbrannt, ob eine Verfolgung von friedlichen Protestgruppen über § 129 StGB, der ein Strafmaß von bis zu fünf Jahren für die Bildung einer „kriminellen Vereinigung“ vorsieht, die richtige und vor allem grundrechtskonforme staatliche Antwort auf störende Sitzblockaden darstellt.

Eine strafrechtliche Verfolgung von friedlichen Protestformen über § 129 setzt voraus, dass mit den Protesten, also der Tätigkeit der Organisation, Straftaten, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren bedroht sind, begangen werden. Allerdings muss nach dem oben dargelegten Standard jede Protestaktion einzeln und unter Berücksichtigung des Grund- und Menschenrechts auf Versammlungsfreiheit auf ihre Strafwürdigkeit hin überprüft werden. Ei-

ne pauschale staatliche Gleichsetzung von störenden Protesten mit dem Vergehen der Nötigung im Sinne von § 240 StGB oder anderen Straftatbeständen ist als solche bereits grund- und menschenrechtswidrig.<sup>9</sup> Aus demselben Grund sind auch pauschale Verbote im Vorfeld von Versammlungen durch die zuständigen Behörden ohne konkrete Hinweise auf geplante Straftaten unverhältnismäßig.<sup>10</sup>

## Der „Chilling Effect“

Die pauschale Kriminalisierung von Versammlungsformen geht regelmäßig mit einer Einschüchterung von Protestgruppen und Sympathisanten einher. Hinzu kommen erweiterte Überwachungsmöglichkeiten des Staates, wenn trotz Friedfertigkeit der Proteste von Seiten des Staates die Schwelle zur strafrechtlichen Verfolgung überschritten wird. In Deutschland sind mit dem Anfangsverdacht einer Straftat nach § 129 StGB grundrechtsintensive strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen verbunden.<sup>11</sup> Ähnlich abschreckende Überwachungsmaßnahmen von Protestgruppen werden von der UN derzeit in einer Reihe von überwiegend autokratischen Staaten beobachtet:

“Extensive surveillance by law enforcement is another result of the criminalization of environmental protesters and organizations. Such surveillance provides a channel through which the authorities can obtain information to later be used in thwarting protests and advocacy campaigns [...] [and] creates a chilling effect which may deter others from participating in assemblies or joining organizations for the purpose of pursuing climate justice.“<sup>12</sup>

Insbesondere eine präventiv-pauschalisierende Kriminalisierung friedlicher Protestformen, wie sie z.B. beim Vorgehen der bayrischen Staatsanwaltschaft als Motiv erkennbar ist, ist nach den UN-Organen

grundsätzlich menschenrechtswidrig.<sup>13</sup> Nicht zuletzt der von der Generalstaatsanwaltschaft und dem bayrischen LKA angebrachte Hinweis auf der Webseite der Protestgruppe „Die Letzte Generation stellt eine kriminelle Vereinigung gemäß § 129 StGB dar!“ zeigt ein problematisches staatliches Verhältnis nicht nur zur Versammlungsfreiheit, sondern auch zur Unschuldsvermutung, und damit zu zwei zentralen Werten des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates. Dasselbe gilt selbstredend für die ebenfalls in Bayern letztes Jahr angeordnete über Wochen andauernde Präventivhaft für Klimaaktivisten, die als solche gegen zentrale *habeas-corporis*-Rechte und die Versammlungsfreiheit verstieß und damit menschenrechtlich nicht zu rechtfertigen war.<sup>14</sup> Zuletzt hatte der UN-Menschenrechtsausschuss eine vergleichbare Praxis zur Präventivhaft für Demonstranten in Aserbeidschan für menschenrechtswidrig erklärt.<sup>15</sup>

Die UN-Organe verweisen zu Recht auf den sog. *chilling effect* von solchen pauschal-kriminalisierenden Maßnahmen, der in einem versammlungsfreundlichen, d.h. menschenrechtskonformen Gemeinwesen nicht eintreten darf. Dasselbe gilt wie gesagt für lange Haftstrafen für friedfertige Demonstranten, die auf der UN-Ebene und vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte regelmäßig als unverhältnismäßig und damit menschenrechtswidrig moniert werden.<sup>16</sup>

Insgesamt scheint es auch in Deutschland im öffentlichen Raum für viele Menschen schwieriger geworden zu sein, andere Meinungen und politischen Protest auszuhalten.<sup>17</sup> Staatliche Organe sollten, so die diplomatischen Hinweise aus New York und Genf, aus menschenrechtlicher Sicht diesen medial verstärkten Trend nicht weiter befördern, sondern basalen Respekt auch vor der Meinung von Minderheiten vorleben und einfordern. Das gilt übrigens für alle friedfertigen Proteste gleich welcher politischer Couleur, von Abtreibungsgegnern über Corona-Leugner bis hin zur Friedensbewegung und eben den Kli-

maaktivisten. Dass es den staatlichen Organen und Gerichten insofern grundsätzlich verwehrt bleibt, das kommunikative Anliegen der Proteste inhaltlich zu bewerten, ist aber als solches kein taugliches Argument dafür, die gebotene verfassungs- bzw. menschenrechtskonforme Auslegung von weiten Straftatbeständen zu unterlassen.<sup>18</sup> Mit den jüngsten Razzien bei gewaltlos agierenden Protestgruppen bewegt sich die bayrische Generalstaatsanwaltschaft zwar in einem globalen (repressiven) Trend, befindet sich dort aber eben in keiner guten Gesellschaft.

## Nachweise

1. Zu der Frage, ob § 129 StGB im Fall der „Letzten Generation“ einschlägig ist, siehe die Beiträge von Wenglarczyk, Höffler, Kubiciel und Gärditz in diesem Band; siehe daneben auch Fischer, Ist die „Letzte Generation“ eine kriminelle Vereinigung?, Legal Tribune Online, 22.05.2023, <https://www.lto.de/recht/meinung/m/kriminelle-vereinigung-thomas-fischer-letzte-generation/>, zuletzt abgerufen am 21.07.2023.
2. 2021 Bericht des UN-Sonderberichterstatters für Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit über die Ausübung der Rechte auf Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit als wesentliche Voraussetzung für die Förderung der Klimagerechtigkeit, A/76/222, Rn. 22-26; Menschenrechtskommentar der Menschenrechtskommissarin des Europarats vom 2.6.2023: <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/crackdowns-on-peaceful-environmental-protests-should-stop-and-give-way-to-more-social-dialogue>, zuletzt abgerufen am 21.07.2023.
3. Einhellige Meinung: Menschenrechtsausschuss General Comment No. 37 (2020) (CCPR/C/GC/37), Rn. 31; EGMR Barraco v. France, 2009, Rn. 39; auch das BVerfG im Beschl. v. 7. 3. 2011 – 1 BvR 388/05, Rn. 33, das von einer Unfriedlichkeit erst dann ausgeht „wenn Handlungen von einiger Gefährlichkeit wie etwa aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen oder sonstige Gewalttätigkeiten stattfinden, nicht aber schon, wenn es zu Behinderungen Dritter kommt, seien diese auch gewollt und nicht nur in Kauf genommen“.
4. Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 37 (2020), CC-PR/C/GC/37, Rn. 31; BVerfG, Beschl. v. 7.3.2011 – 1 BvR 388/05, Rn. 39. Natürlich trifft die Toleranzpflicht in erster Linie die staatlichen

- Behörden, wenn die menschenrechtlich garantierte Versammlungsfreiheit nicht völlig ausgehöhlt werden soll. Siehe EGMR, Nurettin Aldemir and Others v. Turkey, Rn. 46; Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 37 (2020), CCPR/C/GC/37, Rn. 44.
5. Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 37 (2020), CCPR/C/GC/37, Rn. 67.
  6. 2021 Bericht des UN-Sonderberichterstatters für Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit Report, A/76/222, Rn. 64.
  7. UN High Commissioner for Human Rights, The Public Order Act will have a chilling effect on your civic freedoms – it must be repealed, 28.05.2023, <https://www.ohchr.org/en/opinion-editorial/2023/05/public-order-act-will-have-chilling-effect-your-civic-freedoms-it-must-be>, zuletzt abgerufen am 21.07.2023.
  8. Siehe die Communication der fünf zuständigen Sonderberichterstatter unter anderem für das Recht auf Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit an Großbritannien, OL GBR 16/2022.
  9. Hierdurch werden die „zum Schutz der Versammlungsfreiheit vor übermäßigen Sanktionen“ aufgestellten besonderen versammlungsrechtlichen Anforderungen für die Anwendung und Auslegung der Verwerflichkeitsklausel nach § 240 Abs. 2 StGB umgangen, BVerfG, Beschl. v. 7.3.2011 – 1 BvR 388/05, Rn. 38 f. Anders hierzu Gärditz in diesem Band (Organisierte „Klimakleber“ als kriminelle Vereinigung?).
  10. Im Fall Korea z.B. CCPR/C/79/Add.114 (1999), Rn. 18, hielt der Menschenrechtsausschuss das pauschale Verbot aller Versammlungen auf Hauptverkehrsstraßen in der koreanischen Hauptstadt für unvereinbar mit Artikel 21 ICCPR. Vgl. hierzu auch das umstrittene NRW-Versammlungsgesetz, welches Versammlungen auf Autobahnen pauschal verbietet. Dieses findet im 2021 Bericht des UN-

Sonderberichterstatters für Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit Erwähnung (Rn. 26). Dazu auch Katharina Leusch, Demonstrieren schwer gemacht: Das Versammlungsgesetz in Nordrhein-Westfalen auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, Verfassungsblog, 16.01.2023, <https://verfassungsblog.de/demonstrieren-schwer-gemacht>, zuletzt abgerufen am 28.07.2023.

11. Sog. Türöffner-Paragraf. Siehe den Beitrag von Wenglarczyk in diesem Band und Fischer (Fn 1); anders Gärditz in diesem Band.
12. 2021 Bericht des UN-Sonderberichterstatters für Versammlungs- und VereinigungsfreiheitReport, A/76/222, Rn. 34.
13. Siehe OSCE/ODIHR/Venice Commission Guidelines on Freedom, Rn. 140.
14. Vgl. zur Präventivhaft als Verstoß gegen die Versammlungsfreiheit: Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 37, Rn. 82; EGMR in Schwabe and M.G. v. Germany (2011), Rn. 85; siehe auch Stellungnahme des Deutschen Instituts für Menschenrechte „Präventiver Freiheitsentzug für Klima-Aktivist\*innen?“, <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/publikationen/detail/praeventiver-freiheitsentzug-fuer-klima-aktivistinnen>, zuletzt abgerufen am 21.07.2023.
15. CCPR/C/AZE/CO/4, Rn. 38 f.
16. So der EGMR in Shmorgunov and Others v. Ukraine, 2021, Rn. 492; Barabanov v. Russia, 2018, Rn. 74 f.; Yaroslav Belousov v. Russia, 2016, Rn. 180.
17. Siehe zu Diskreditierungsstrategien auch Akbarian in diesem Band.
18. So aber offenbar Gärditz in diesem Band (Organisierte „Klimakleber“ als kriminelle Vereinigung?).





*Fin-Jasper Langmack, Anna-Mira Brandau*

# Die „Letzte Generation“, die EMRK und das Strafrecht





Die Aktionen der „Letzten Generation“ haben den gesellschaftlichen und juristischen Diskurs der letzten Monate geprägt. Neben mehr Debatten über den Klimaschutz haben sie intensive verfassungsrechtliche, demokratiethoretische und strafrechtliche Diskussionen entfacht. So engagiert die juristische Diskussion jedoch geführt wird, so sehr verharrt sie ganz überwiegend noch im nationalen Recht. Erst Jochen von Bernstorff hat mit dem Einfluss der UN-Menschenrechtspakte die menschenrechtliche Dimension angesprochen.<sup>1</sup> Daneben müssen deutsche Gerichte im Umgang mit der „Letzten Generation“ jedoch auch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) bei der Auslegung des Strafrechts beachten. Dies betrifft zum einen Fragen der Kriminalisierung und Strafzumessung, sowie zum anderen die Auslegung des Notwehrrechts von Verkehrsteilnehmer:innen gegen Blockaden der „Letzten Generation“.

## **Blockierende Klimaaktivist:innen: Friedlich Versammelte oder Kriminelle? Oder beides?**

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Görgülü Entscheidung<sup>2</sup> dargelegt, dass deutsche Gerichte die EMRK und die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) „im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung“<sup>3</sup> zu beachten haben. Sollte die verlangte „gebührende Auseinandersetzung“<sup>4</sup> mit den Konventionsrechten fehlen, können Betroffene eine Verletzung dieser Rechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip durch eine Verfassungsbeschwerde (Artikel 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) bzw. durch eine Individualbeschwerde (Artikel 34 EMRK) rügen.

Doch gilt das auch für Aktivist:innen, die sich auf ihre Versammlungsfreiheit berufen? Die Antwort lautet ja: denn Artikel 11 Abs. 1 EMRK garantiert jeder Person „das Recht [...], sich frei und friedlich mit

anderen zu versammeln“. Ähnlich wie das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf Artikel 8 GG,<sup>5</sup> werden auch die Richter:innen in Straßburg nicht müde, die herausgehobene Bedeutung des Rechts auf Versammlungsfreiheit für eine demokratische Gesellschaft und die öffentliche Willensbildung zu betonen.<sup>6</sup> Konsequenterweise erteilt das Gericht Bestrebungen, den Schutzbereich des Rechts restriktiv auszulegen, regelmäßig eine Absage.<sup>7</sup> Um der Gefahr einer restriktiven Auslegung vorzubeugen, hat der Gerichtshof sogar davon abgesehen, den Begriff der Versammlung zu definieren.<sup>8</sup> Stattdessen stellt er vor allem auf einen von allen Beteiligten gemeinsam verfolgten Versammlungszweck ab.<sup>9</sup> Dies lässt sich bei den Blockadeaktionen der „Letzten Generation“ kaum in Abrede stellen, bezwecken sie doch die Erzwingung effektiverer Klimaschutzmaßnahmen.

Auch dürften die Straßenblockaden „friedlich“ i.S.d. Artikel 11 Abs. 1 EMRK sein. In seinem Urteil *Navalnyy v. Russia* [GC]<sup>10</sup> stellte der Gerichtshof einmal mehr klar, dass die Friedlichkeit einer Versammlung erst entfallt, wenn die Organisator:innen und Teilnehmenden „zu Gewalt aufrufen oder auf andere Weise die Grundlagen einer demokratischen Gesellschaft ablehnen.“ Die letztere Einschränkung könnte zwar von denjenigen bemüht werden, die den Aktivist:innen vorwerfen, parlamentarische Prozesse zu umgehen.<sup>11</sup> Doch auch ein solcher Einwand muss anerkennen, dass das Kernanliegen der Blockierenden ein höchst demokratisches ist: das Ende einer Klimapolitik, die den im Klimaschutzgesetz festgelegten Zielen offensichtlich nicht gerecht wird.<sup>12</sup> Auch die Annahme, dass Blockaden „gewalttätig“ sind, dürfte fernliegen. Tatsächlich hat der Gerichtshof in zahlreichen Fällen Straßenblockaden als friedliche Protestform im Sinne des Artikel 11 Abs. 1 EMRK angesehen.<sup>13</sup> Auch Versammlungen, die eindeutig gegen nationales Recht verstoßen, zum Beispiel aufgrund einer fehlenden Anmeldung, verlieren dadurch nicht ihren „friedlichen“ Charakter.<sup>14</sup>

Darüber hinaus kann sich die „Letzte Generation“ als freiwilliger Zusammenschluss von Personen, die einen gemeinsamen Zweck verfolgen, auch auf den Schutz der Vereinigungsfreiheit – ebenfalls Artikel 11 Abs. 1 EMRK – berufen.

## Einflüsse auf das Strafrecht I: Kriminalisierung und Strafzumessung

Damit müssen deutsche Strafgerichte die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit nach Artikel 11 Abs. 1 EMRK bei der Auslegung des nationalen Strafrechts berücksichtigen. Das beeinflusst zunächst die Frage, inwieweit die „Letzte Generation“ als kriminelle Vereinigung, § 129 StGB, und ihre Proteste als Nötigung, § 240 StGB, kriminalisiert werden dürfen.

Grundsätzlich ist der EGMR skeptisch gegenüber der Kriminalisierung von Protest und Vereinigungen.<sup>15</sup> Bereits unterhalb der Kriminalisierungsschwelle werden staatliche Maßnahmen aus Sorge vor einem möglichen *chilling effect* kritisch gesehen.<sup>16</sup> Konsequenterweise erlaubt Artikel 11 Abs. 1 EMRK daher nur eine äußerst zurückhaltende Anwendung von Strafvorschriften in Fällen, in denen überzeugende und zwingende Gründe dies gebieten.<sup>17</sup> Diese angemahnte Zurückhaltung dürfte nicht nur für Verurteilungen gelten, sondern auch bereits auf Ermittlungsmaßnahmen Anwendung finden. Andererseits lässt der Gerichtshof den Mitgliedsstaaten einen weiten Ermessensspielraum bei der strafrechtlichen Verfolgung von Protesten, die auf eine Störung des öffentlichen Lebens über das notwendige Maß hinaus gerichtet sind, auch da diese nicht mehr zum Kern des Schutzbereiches von Artikel 11 Abs. 1 EMRK gehören.<sup>18</sup>

Eine Einordnung der „Letzten Generation“ als kriminelle Vereinigung i.S.d. § 129 StGB würde allerdings nicht nur deren Protestformen,

sondern die Vereinigung selbst kriminalisieren. Das würde ihre weitere Aktivität und Finanzierung derart erschweren, dass es ihrer Auflösung gleichkommen dürfte. Zum Schutze der Vereinigungsfreiheit lässt der EGMR dies nur in den schwersten denkbaren Fällen zu, z.B. bei paramilitärisch auftretenden oder gewalttätigen Organisationen.<sup>19</sup> Selbst repressive Maßnahmen unterhalb der Auflösung dürfen nur in aufgrund einer dringenden Notwendigkeit gegen Vereinigungen getroffen werden, die staatliche Institutionen oder Bürger:innen gefährden. Angesichts dieser hohen Rechtfertigungslast dürfte den EGMR der unflexible Verweis auf die niedrige Erheblichkeitsschwelle des § 129 StGB,<sup>20</sup> nach der die angestrebten Taten im Höchstmaß mit mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe bedroht sein müssen, nicht befriedigen. Stattdessen stärkt Artikel 11 EMRK die bereits nach nationalem Recht überzeugende Ansicht,<sup>21</sup> dass § 129 StGB Straftaten von gewisser Schwere verlangt, die eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit bedeuten. Das dürfte bei der „Letzten Generation“ nicht der Fall sein: sie drängt auf die Einhaltung des Klimaschutzgesetzes und letztlich der Verfassung durch Blockaden, deren Kriminalisierung der EGMR schon nicht ohne Weiteres akzeptiert. Soweit keine schwereren Straftaten im Raum stehen, wäre eine Kriminalisierung der „Letzten Generation“ nach § 129 StGB daher konventionswidrig.

Die strafrechtliche Sanktionierung von Straßenblockaden belässt der EGMR hingegen dem staatlichen Ermessensspielraum, selbst wenn nur geringfügige Störungen verursacht werden.<sup>22</sup> Artikel 11 Abs. 1 EMRK beeinflusst hier aber die Strafzumessung. Teilnehmenden an friedlichen, auch unrechtmäßigen Protesten sollen im Regelfall keine strafrechtlichen Sanktionen drohen.<sup>23</sup> Ausnahmen verlangen nach besonderer Rechtfertigung, insbesondere einer rigorosen Verhältnismäßigkeitsprüfung.<sup>24</sup> Speziell für Straßenblockaden hielt das Gericht Haftstrafen von wenigen Tagen – denen in Deutschland § 38 Abs. 2

StGB entgegensteht – für verhältnismäßig.<sup>25</sup> Bei darüber hinausgehender Haft von wenigen Monaten betonten die Richter:innen, dass sie zur Bewährung ausgesetzt wurde und deswegen kaum Konsequenzen für die Protestierenden hatte.<sup>26</sup> Mehrmonatige unbedingte Freiheitsstrafen würde das Gericht wohl kritisch sehen. Zwar lassen sich Vorstrafen, die aus ähnlichen Protesten herrühren, und die Ankündigung weiterer potentiell strafbarer Proteste strafscharfend berücksichtigen.<sup>27</sup> Ansonsten ergäbe sich ein Widerspruch zur zulässigen Kriminalisierung. Hier kommt aber besonders die Gefahr eines *chilling effect* zum Tragen, da gerade die mehrfache Teilnahme an Demonstrationen bzw. die künftige Teilnahme sanktioniert wird. Auch hier sollte Artikel 11 Abs. 1 EMRK deswegen zu großer Zurückhaltung mahnen.

## Einflüsse auf das Strafrecht II: Notwehr

Wenn die Blockaden strafbar sein können, dürfen Verkehrsteilnehmende die Demonstrierenden dann in Notwehr von der Straße reißen – selbst wenn sie nur zur Sportschau<sup>28</sup> wollen?<sup>29</sup>

Zu einem Notwehrrecht gegenüber Versammlungsteilnehmenden hat sich der EGMR bisher nicht geäußert. Allerdings verpflichtet Artikel 11 Abs. 1 EMRK den Staat, Versammlungen vor Gewalt durch Dritte zu schützen.<sup>30</sup> Der Umfang dieser Schutzpflichten hängt vom Einzelfall ab, wobei Behörden ein weiter Ermessensspielraum zukommt.<sup>31</sup> Schutzpflichten können vorherige Warnungen und spätere Ermittlungen gegen Störer:innen umfassen.<sup>32</sup> Dies gilt im Grundsatz auch für unrechtmäßige Versammlungen.<sup>33</sup> Soweit der EGMR hier Schutzpflichten geringeren Umfangs annimmt,<sup>34</sup> dürfte sich das durch die größeren Schwierigkeiten erklären, unangemeldete Versammlungen zu schützen. Im Übrigen betont das Gericht bei beiden Versammlungen ohne Abstufung die Pflicht zur Deeskalation und Verhinderung

von Gewalt.<sup>35</sup> Soweit der Staat Schutzpflichten auch gegenüber den blockierten Verkehrsteilnehmenden hat, sind diese mit den konfligierenden Pflichten unter Artikel 11 EMRK abzuwägen.<sup>36</sup>

Diese Grundsätze haben deutsche Gerichte bei der Frage zu berücksichtigen, ob Autofahrenden ein Notwehrrecht nach § 32 StGB zusteht. Anknüpfungspunkt ist hierfür das auslegungsbedürftige Merkmal der „Gebotenheit“ in § 32 StGB.<sup>37</sup> Ein Notwehrrecht gegen Aktivist:innen der „Letzten Generation“ würde Gewalt und letztlich die Versammlungsauflösung durch Private erlauben und ermutigen. Gleichzeitig stünden dem Staat bei Annahme eines Notwehrrechts kaum Schutzmöglichkeiten gegen die erwartbare Gewalt zur Verfügung: Die Polizei kann nicht immer vor Ort sein. Warnungen stünden im Widerspruch zur Rechtslage und würden damit unglaubwürdig. Ermittlungen wären nicht möglich. Da der EGMR dem Schutz auch rechtswidriger Versammlungen hohes Gewicht beimisst, dürfte die Fortbewegungsfreiheit der Verkehrsteilnehmenden allein nicht ausreichen, um eine solche Schutzlosstellung der Demonstrierenden zu rechtfertigen. Stattdessen bedürfte es wohl außergewöhnlicher Umstände, die den Rechten der Verkehrsteilnehmenden besonderes Gewicht verleihen; zum Beispiel die – wohl häufiger argumentativ bemühte als vorkommende – blockierte Fahrt ins Krankenhaus wegen einer bevorstehenden Geburt.

Demgegenüber lässt sich nicht einwenden, dass Demonstrierende durch die Wahl ihrer Protestform bewusst auf staatlichen Schutz verzichten. Unrechtmäßige Demonstrationen verlieren den Schutz aus Artikel 11 Abs. 1 EMRK nicht. Der unterschiedliche Grad an Schutzpflichten erklärt sich aus der beschränkten Reaktionsfähigkeit des Staates und dient nicht der Bestrafung der Demonstrierenden für die fehlende Anmeldung.

Damit scheint es mit der EMRK unvereinbar, § 32 StGB in Rich-



tung eines generellen Notwehrrechts gegen die Proteste der „Letzten Generation“ auszulegen. Die EMRK steht der berühmt-berüchtigten Schneidigkeit des deutschen Notwehrrechts<sup>38</sup> insoweit in nichts nach. Solange keine weiteren außergewöhnlich gewichtigen Rechtsgüter für die Autofahrenden streiten, dürfte Artikel 11 Abs. 1 EMRK blockierte Sportschauliebhaber:innen unter ihnen auf die Mediathek verweisen.

## Fazit

Die zuständigen deutschen Strafrichter:innen werden sich dem Blick nach Straßburg nicht entziehen können – die Blockadeaktionen der „Letzten Generation“ stehen unter dem Schutz der in Artikel 11 Abs. 1 EMRK kodifizierten Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit. Dieser Schutz steht einer strafrechtlichen Sanktionierung der Aktionen nicht grundsätzlich im Weg; eine Rückbesinnung auf die menschenrechtliche Dimension der Proteste kann und sollte aber ein Korrektiv für allzu ausgeartete Kriminalisierungs- bzw. Selbstjustizfantasien darstellen.

*Die Autor:innen haben im Rahmen des Referendariats ihre Stationsausbildung beim EGMR absolviert. Der Beitrag spiegelt allein ihre persönlichen Auffassungen wieder und wurde unabhängig von der institutionellen Anbindung verfasst.*

## Nachweise

1. Vgl. das Kapitel von Jochen von Bernstorff in diesem Band.
2. BVerfG, Beschluss vom 14.10.2004 - 2 BvR 1481/04, abrufbar unter <https://openjur.de/u/174491.html>, zuletzt abgerufen am 25.07.2023
3. Ebenda.
4. Ebenda.
5. BVerfG, Beschluss vom 14.05.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81; BVerfG, Urteil vom 22.01.2011 – 1 BvR 699/06.
6. EGMR, Djavit An v. Turkey, Urteil vom 20.02.2003 – 20652/92; EGMR, Kudrevičius and Others v. Lithuania, Urteil vom 15.10.2015 – 37553/05.
7. EGMR, Kudrevičius and Others; EGMR, Taranenko v. Russia, Urteil vom 15.05.2014 – 19554/05.
8. EGMR, Navalnyy v. Russia, Urteil vom 15.11.2018 – 29580/12.
9. EGMR, Primov and Others v. Russia, Urteil vom 12.06.2014 – 17391/06.
10. EGMR, Navalnyy v. Russia.
11. Vgl. DER SPIEGEL, 20.04.2023, Kubicki warnt Klimaaktivisten: "Wer sich festklebt, versündigt sich an unserer Demokratie", abrufbar unter <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/wolfgang-kubicki-uber-klimaaktivisten-wer-sich-festklebt-versuedigt-sich-an-unserer-demokratie-a-3babb462-80da-41e1-9530-bec145e49ff1>, zuletzt abgerufen am 25.07.2023.
12. Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Eröffnungsbilanz Klimaschutz, 13.01.2022, abrufbar unter [https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Energie/220111\\_er](https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Energie/220111_er)

oeffnungsbilanz\_klimaschutz.pdf?\_\_blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 25.07.2023.

13. EGMR, Baraco c. France, Urteil vom 05.03.2009 – 31684/05; EGMR, Lucas v. The United Kingdom, Urteil vom 18.03.2003 – 39013/02; EGMR, Kudrevičius and Others v. Lithuania.
14. EGMR, Tuskia and Others v. Georgia, Urteil vom 11.10.2018 – 14237/07.
15. EGMR, Akgöl and Göl v. Turkey, Urteil vom 17.05.2011 – 28495/06, 28516/06; EGMR, Ecodefence and Others v. Russia, Urteil vom 14.06.2022 – 9988/13.
16. EGMR, Akgöl and Göl v. Turkey, Urteil vom 17.05.2011 – 28495/06, 28516/06; EGMR, Ecodefence and Others v. Russia, Urteil vom 14.06.2022 – 9988/13.
17. EGMR, Akgöl and Göl v. Turkey.
18. EGMR, Kudrevičius and Others v. Lithuania.
19. EGMR, Association Rhino and Others v. Switzerland, Urteil vom 11.10.2011 – 48848/07; EGMR, Vona v. Hungary, Urteil vom 09.07.2013 – 35943/10; EGMR, Les Authentiks et Supras Auteuil 91 c. France, Urteil vom 27.10.2016 – 4696/11, 4703/11.
20. Vgl. hierzu etwa das Kapitel von Klaus Ferdinand Gärditz in diesem Band, Organisierte „Klimakleber“ als kriminelle Vereinigung?
21. Schönke/Schröder, StGB § 129 Rn. 6.
22. EGMR, Kudrevičius and Others v. Lithuania; EGMR, Baraco c. France; EGMR, Lucas v. The United Kingdom.
23. EGMR, Akgöl and Göl v. Turkey.
24. EGMR, Ekrem Can and Others v. Turkey, Urteil vom 08.03.2022 – 10613/10.

25. EGMR, Makarashvili and Others v. Georgia, Urteil vom 01.09.2022 – 23158/20.
26. EGMR, Kudrevičius and Others v. Lithuania; EGMR, Baraco c. France.
27. EGMR, Chkartishvili v. Georgia, Urteil vom 11.05.2023 – 31349/20.
28. Constantin van Lijnden, Die Rechte der ausgebremsten Bürger, Welt Online, 18.11.2022, abrufbar unter <https://www.welt.de/politik/deutschland/plus242078995/Klimaaktivisten-Wie-wehren-Die-Notwehr-Regeln-fuer-Autofahrer-gegen-Klima-Kleber.html>, zuletzt abgerufen am, 25.07.2023.
29. Zur nationalen Diskussion siehe Thomas Fischer, Notwehr gegen Blockade-Demonstranten?, Legal Tribune Online, 04.12.2022, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/meinung/m/frage-an-fischer-notwehrrecht-klimaaktivisten-blockade/>, zuletzt aufgerufen am 22.07.2023; Tobias Gafus, Gewaltfantasien und Gewaltmonopol, in diesem Band; Katharina Reisch/Tim Nicklas Festerling, Strafrechtliche Fragen und Antworten zu den Klimaprotesten, Legal Tribune Online, 08.02.2023, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/examensspezial-teil-2-strafrecht-klimaproteste/>, zuletzt aufgerufen am 22.07.2023).
30. EGMR, United Macedonian Organisation Ilinden and Ivanov v. Bulgaria, Urteil vom 20.10.2005 – 44079/98.
31. EGMR, Protopapa v. Turkey, Urteil vom 24.02.2009 – 16084/90.
32. EGMR, Identoba and Others v. Georgia, Urteil vom 12.05.2015 – 73235/12; EGMR, Promo Lex and Others v. The Republic of Moldova, Urteil vom 24.02.2015 – 42757/09.
33. EGMR, Navalnyy v. Russia.
34. Ebenda.
35. Vgl. EGMR, Kudrevičius and Others v. Lithuania; EGMR, Frumkin v.

Russia, Urteil vom 05.01.2016 – 74568/12.

36. EGMR, Kudrevičius and Others v. Lithuania.
37. Thomas Fischer, Notwehr gegen Blockade-Demonstranten?, Legal Tribune Online, 04.12.2022, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/meinung/m/frage-an-fischer-notwehrrecht-klimaaktivisten-blockade/>, zuletzt abgerufen am 25.07.2023.
38. Vgl. Jendrik Wüstenberg, Wider die Relativierung des scharfen Notwehrrechts, JuWissBlog, 11.04.2023, abrufbar unter <https://www.juwiss.de/13-2023/>, zuletzt abgerufen am 25.07.2023.



---

# NOTWEHR UND NOTSTAND





*Tobias Gafus*

# **Gewaltfantasien und Gewaltmonopol**

*Zur Zulässigkeit der Notwehr gegen Straßenblockaden für den Klimaschutz*





**A**uf Welt.de ist im November 2022 ein Stück Service-Journalismus der besonderen Art erschienen. Der Redakteur Constantin van Lijnden hat die Rechte der „ausgebremsten Bürger“ zusammengetragen.<sup>1</sup> Was kann man tun gegen die Störenfriede der Letzten Generation, die sich fortwährend auf Straßen festkleben, um auf ihre Forderungen („Tempolimit von 100km/h auf Autobahnen und die Einführung eines 9-Euro-Tickets“) aufmerksam zu machen? Der Staat, jedenfalls in Berlin, leider nur wenig, so der Tenor. Dabei wird der Evergreen tendenziös-inkompetenter Kriminalberichterstattung gleich im ersten Satz des Berichts untergebracht: Die Angabe der absoluten Höhe der Geldstrafe anstatt der Berechnungsfaktoren Anzahl der Tagessätze und Tagessatzhöhe. Der Leser erfährt „die bislang verhängten meist dreistelligen Geldstrafen reichen offensichtlich nicht aus, um die Aktivisten von weiteren Aktionen abzuhalten“. Was der Leser nicht erfährt, ist dass sich die Angabe der absoluten Höhe von Geldstrafen zwar für das Schüren von Stimmungen eignet, nicht aber für seriösen Journalismus; ein solcher gibt jedenfalls die Anzahl der Tagessätze gemäß § 40 StGB an, denn nur anhand dieser lässt sich die Schwere des Schuldvorwurfs erkennen.

Auch jenseits des suggeriert zu milden Strafrechts steht es aber – so erfährt der Leser im Subtext – in Berlin nicht gut um die staatlichen Möglichkeiten, der Freiheit ihre asphaltierte Gasse freizuräumen. Während im gelobten Lande Bayern die Störer kurzerhand bis zu 30 Tage (verlängerbar um weitere 30 Tage) in Präventivhaft gesteckt werden können,<sup>2</sup> um weitere Klebe-Proteste zu verhindern, ist die Lage in Berlin anders: Maximal 48 Stunden Präventivhaft erlaubt das Berliner Polizeigesetz und nicht einmal die werden ausgenutzt.

Dies dürfte dazu beitragen, dass Berlin „sich zum Epizentrum entsprechender Aktionen entwickelt hat“, resümiert der Artikel – und präsentiert unmittelbar im Anschluss das schneidige deutsche Not-

wehrrecht als Ausgang des im Stau stehenden Menschen aus seiner unverschuldeten Unbeweglichkeit, denn: „Die im Stau feststehenden Bürger können sich allerdings auch selber helfen“. Zwar gibt es, so informiert der Artikel richtig, eine Grenze bei einem „extremen Missverhältnis zwischen Angriff und Verteidigung“ und auch Beleidigungen, Bedrohungen oder körperliche Angriffe seien verboten, „weil“ sie zur Beseitigung der Blockade nichts beitragen. Jedenfalls mit Bezug auf die körperlichen Angriffe ist statt „weil“ aber eher „falls“ gemeint, denn der Artikel liefert sodann folgende Handreichung zur Notwehr gegen Straßenblockaden:

„Die Aktivisten von der Fahrbahn loszureißen und wegzutragen ist hingegen eindeutig zulässig, auch wenn das wegen des Klebers zu erheblichen Handverletzungen führen sollte“, sagt Elisa Hoven, Professorin für Strafrecht an der Universität Leipzig. Dabei komme es auch nicht auf die Dauer der Blockade oder die Bedeutung der Termine an, die die im Stau Gefangenen andernfalls verpassen könnten. „Es gilt die klare Regel, dass das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht – egal, ob man auf dem Weg zu einem wichtigen Geschäftstermin ist oder einfach nur die ‚Sportschau‘ nicht verpassen möchte.“

Das ist ein recht forscher Rechtsrat. Wer ihn beherzigt, läuft Gefahr, sich strafbar zu machen. Denn anders als behauptet ist hier so gut wie gar nichts „eindeutig“, höchstens der Anfang der Prüfung: Wer angeklebte Aktivisten so von der Fahrbahn losreißt, dass dadurch „erhebliche Handverletzungen“ entstehen, erfüllt den Tatbestand der Körperverletzung; falls (was das realistischere Szenario sein dürfte) mehrere Leute aktiv werden, geht es um gemeinschaftliche gefährliche Körperverletzung gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB.

Eine Strafbarkeit scheidet aber aus, falls das Von-Der-Straße-

Reißen durch Notwehr gemäß § 32 StGB gerechtfertigt ist. Hier wird nun der potenzielle Schutz der Demonstrierenden durch das Grundrecht der Versammlungsfreiheit gemäß Art. 8 GG relevant. Soweit ihr Verhalten im Einklang mit Art. 8 GG steht, dürfen sie nicht einfach von Privaten mit Gewalt und unter Zufügung „erheblicher Handverletzungen“ straflos von der Straße gerissen werden. Was Recht und was Unrecht ist, wer also wem nicht zu weichen braucht, ist dabei mitnichten so eindeutig, wie der Artikel suggeriert.

## **Sind die Proteste überhaupt rechtswidrig?**

Anknüpfend an die Tatbestandsmerkmale des § 32 StGB ist zunächst zu klären, ob der in der Blockade der Fahrbahn liegende Angriff auf die Fortbewegungsfreiheit der Autofahrer „rechtswidrig“ im Sinne des § 32 StGB ist. Dafür genügt grundsätzlich jede Form des Handlungsunrechts, es ist nicht erforderlich, dass das Festkleben einen Straftatbestand erfüllt (MüKo/Erb § 32 StGB Rn. 41, 53).

Es kommt deshalb für die Notwehrbefugnisse nicht darauf an, ob die Protestaktion als Nötigung gemäß § 240 StGB strafbar ist. Rechtswidrig im Sinne des § 32 StGB ist die Protestaktion aber dann nicht, wenn sich ihre Teilnehmer im Rahmen des ihnen von Art. 8 GG Erlaubten bewegen. Zumindest dem Schutzbereich der Versammlungsfreiheit unterfallen die Sitzblockaden, die Aufmerksamkeit für politische Forderungen erregen wollen, auch dann, wenn sie nach dem geschundenen Gewaltbegriff der Rechtsprechung „Gewalt“ im Sinne des § 240 II StGB sind: Für die Schutzbereichseröffnung maßgeblich ist nur, ob die Versammlung „friedlich“ im Sinne des Art. 8 GG ist, was mehr voraussetzt als „Gewalt“ im Sinne des § 240 II StGB und etwa erst bei aggressiven Ausschreitungen nicht gegeben wäre.<sup>3</sup> So dann sind zur Bestimmung der Rechtswidrigkeit das Grundrecht der

Versammlungsfreiheit der Protestierenden und die Fortbewegungsfreiheit der Autofahrer in praktische Konkordanz, also in möglichst schonenden Ausgleich, zu bringen. Dabei gibt es zwar eine überbordende, heftig umstrittene und über die Jahre wechselhafte Rechtsprechung zur Nötigung durch Sitzblockaden im Straßenverkehr (jüngst und maßgeblich die bereits genannten Beschlüsse); diese Rechtsprechung hatte aber stets die Frage zu klären, ob ein bestimmtes Verhalten der Protestierenden gemäß § 240 StGB strafrechtlich sanktionierbar ist. In der hiesigen Konstellation geht es hingegen nicht um die Strafbarkeit der Demonstrierenden, sondern umgekehrt um die Strafbarkeit derjenigen, die gewaltsam gegen sie vorgehen. Anders gewendet geht es um die Frage, ob Private die Demonstrierenden strafrei attackieren und damit faktisch die Versammlung auflösen dürfen. Dabei werden jedoch der Sache nach die gleichen Kriterien maßgeblich sein, wenngleich womöglich die unter Nutzung dieser Kriterien zu überschreitende Schwelle niedriger ist, da es nur um die Rechtswidrigkeit der Versammlung und nicht auch um deren strafrechtliche Sanktionierung geht. Ausgehend davon, dass es den Demonstrierenden offensteht Ort und Zuschnitt ihres Protestes selbst zu bestimmen, richtet sich die Zulässigkeit der damit verbundenen Beeinträchtigung Dritter maßgeblich nach dem Kommunikationszweck, der Dauer und Intensität der Aktion, einer etwaigen vorherigen Bekanntgabe, Ausweichmöglichkeiten, der Dringlichkeit des blockierten Transports und dem Sachbezug zwischen den in ihrer Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen und dem Protestgegenstand<sup>4</sup> Die Behauptung, es komme „nicht auf die Dauer der Blockade oder die Bedeutung der Termine an“, steht damit nicht im Einklang. Ganz im Gegenteil sind beides zentrale Faktoren, um zu bestimmen, ob die konkrete Blockade notwehrfähig ist oder nicht. Natürlich macht es einen Unterschied, ob eine Person im Stau die Sportschau, ein Bewerbungsgespräch oder die

letzten Atemzüge ihrer im Sterben liegenden Mutter verpasst. Darüber hinaus sind zahlreiche weitere Besonderheiten des Einzelfalles maßgeblich, die eine pauschale Bewertung verbieten, etwa welche Straße wie lange mit welcher vorherigen Ankündigung und welchen Ausweichmöglichkeiten gesperrt wird.

Jenseits dieser Einzelfallspezifika scheint das Grundkonzept der Demonstrationen im Übrigen eher für als gegen ihre Zulässigkeit zu streiten: „Stehen die äußere Gestaltung und die durch sie ausgelösten Behinderungen in einem Zusammenhang mit dem Versammlungsthemata oder betrifft das Anliegen auch die von der Demonstration nachteilig Betroffenen, kann die Beeinträchtigung ihrer Freiheitsrechte unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände möglicherweise eher sozial erträglich und dann in größerem Maße hinzunehmen sein, als wenn dies nicht der Fall ist.“<sup>5</sup> Der Zusammenhang zwischen den erhobenen Forderungen (Tempolimit und 9-Euro-Ticket) und der gewählten Protestform liegt dabei auf der Hand und das Anliegen der Demonstrierenden betrifft auch die vom Protest nachteilig Betroffenen, unabhängig davon, ob man dafür auf die konkreten Forderungen oder das übergeordnete Ziel des Klimaschutzes abstellt.

Damit ist jener Punkt der Abwägung angesprochen, in dem dogmatisch die meiste Musik steckt: Wie genau sind die erhobenen Forderungen in die Abwägung einzustellen? Die Berücksichtigungsfähigkeit solcher „Fernziele“ ist jedenfalls im Kontext der Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB ungeklärt, wobei der BGH vor über 30 Jahren eine ablehnende Haltung eingenommen hat, während das BVerfG später in den erwähnten Entscheidungen durch das Abstellen auch auf den Kommunikationszweck jedenfalls eine gewisse Öffnung nahelegt, ohne dass es bisher zu einer Klärung der Frage gekommen ist (Einzelheiten bei MüKo/Sinn, § 240 StGB Rn. 142 ff.). Während es sich offensichtlich verbietet, die Fernziele nach dem Kriterium der „inhalt-

lichen Richtigkeit“ des Anliegens zu berücksichtigen, da diese inhaltliche Richtigkeit politischer Forderungen nicht gerichtlich festgelegt, sondern politisch und gesellschaftlich ausgehandelt wird, könnte eine Lösung in der Berücksichtigung der „sozialen Gewichtigkeit des verfolgten Anliegens“ liegen (Schönke/Schröder/Eisele § 240 StGB Rn. 29a). Zwar ist auch die Gewichtigkeit einzelner Anliegen eine für politische Aushandlungsprozesse offene Wertungsentscheidung – aber sofern bestimmten Zielen im Verfassungstext eine besondere Bedeutung zugewiesen wird, spricht dies durchaus für eine besondere Gewichtigkeit. Die Frage nach der genauen dogmatischen Berücksichtigung des Kommunikationsanliegens ist damit im Zusammenhang mit Klimaprotesten vor dem Hintergrund des kürzlich ergangenen Klimabeschlusses des BVerfG,<sup>6</sup> der die Relevanz des Art. 20a GG unterstrichen hat, von besonderer Bedeutung.<sup>7</sup> Es ist sehr wahrscheinlich, dass der BGH und später das Bundesverfassungsgericht hierzu Stellung beziehen werden, sobald die zahlreichen aktuell laufenden Strafverfahren den Instanzenzug nach oben geklettert sind. Ob die einzelnen Proteste tatsächlich rechtswidrig und damit grundsätzlich notwehrfähig sind, lässt sich damit zurzeit selbst im Einzelfall kaum verlässlich vorhersagen.

## **Erforderlichkeit und Gebotenheit der Notwehrhandlung**

Dabei ist die Notwehrprüfung mit der „Rechtswidrigkeit“ des Angriffs noch nicht abgeschlossen. Vielmehr wäre – ohne dass dies hier vertieft werden kann – auch die Erforderlichkeit der Notwehrhandlung kritisch zu überprüfen. Die Handlung müsste dazu das mildeste, gleichgeeignete Mittel zur Verhinderung des Angriffs sein. Vorrangig dürfte in den hier üblichen Konstellationen jedoch die Inanspruchnahme hoheitlicher Hilfe sein, selbst wenn diese erst noch informiert und herbei-



geholt werden muss. Ein solches Herbeiholen ist jedenfalls dann zumutbar, wenn es nicht zu einer maßgeblichen Risikoerhöhung für den Angegriffenen führt (str., Schönke/Schröder/Perron/Eisele § 32 Rn. 41 m.w.N.). Zwar werden hieran typischerweise nur geringe Anforderungen gestellt, aber die Situation bei verkehrsbehindernden Sitzblockaden ist atypisch: Anders als etwa bei einem schnell stattfindenden und die Schwelle von Gefahr zu Verletzung schlagartig überschreitenden Angriff auf die körperliche Unversehrtheit (etwa einer Messerattacke) handelt es sich bei der Verkehrsstauung um eine Dauerbeeinträchtigung, deren Intensität bei Zuwarten nicht kategorisch, sondern nur graduell verändert wird und die noch dazu als solche (also unabhängig von ihrer im konkreten Fall rechtswidrigen Ursache) alltäglich ist. Jedenfalls sofern die Polizei wie in Großstädten üblich innerhalb von Minuten anwesend sein kann, ist ihre Informierung vorrangig.

Denkbar wäre ferner die Gebotenheit der Notwehrhandlung in Frage zu stellen. Die Fallgruppe eines krassen Missverhältnisses der Abwehrmaßnahme angesichts eines nur geringfügigen Angriffs ist dabei zwar nicht einschlägig, denn diese Grenze wäre nach herrschender Auffassung erst bei tödlichen Verletzungen erreicht (und selbst das würden manche bestreiten). Denkbar ist aber eine neue Fallgruppe der Gebotenheit bei Notwehrmaßnahmen gegen (auch rechtswidrige) Versammlungen, sofern lediglich die Fortbewegungsfreiheit für absehbare Zeit, nicht aber auch die körperliche Unversehrtheit oder gar das Leben durch die Versammlung beeinträchtigt wird. Dafür spricht der besondere verfassungsrechtliche Schutz, den Versammlungen bis zu ihrer förmlichen Auflösung genießen (vgl. Wackersdorf, Rn. 50 f.). Es spricht einiges dafür, dass die Auflösung einer Versammlung der Staatsgewalt vorbehalten bleiben muss und nicht über den Umweg der Notwehr faktisch in die Hand Privater gelegt wird. Dies wird durch das erhebliche Eskalationspotenzial unterstrichen, das Versammlung-

gen typisch ist, da sich üblicherweise größere Menschenmengen in politisch und persönlich aufgeheizter Stimmung und der festen Überzeugung jeweils im Recht zu sein, gegenüberstehen.

## **Der Aufruf zum Faustrecht ist doppelt unverantwortlich**

Damit ist mitnichten gesagt, dass die einzelnen Klimaproteste der Letzten Generation rechtmäßig sind oder straffrei bleiben müssen – aber die Behauptung man könne gegen diese stets Notwehr üben, erscheint doch als reichlich steile These. Denn selbst wenn die hier vorgestellten Überlegungen zur Erforderlichkeit und Gebotenheit nicht allgemein konsentiert und teilweise neu sind, bleibt jedenfalls der Punkt, dass sich die Rechtswidrigkeit der Proteste nur im Einzelfall – und ad hoc meist gar nicht – beurteilen lässt.

Wer vor diesem Hintergrund massenmedial zum Faustrecht aufruft, handelt doppelt unverantwortlich. Einmal gegenüber den eigenen Lesern, die er der Gefahr der Strafbarkeit aussetzt. Wer sich wegen (gefährlicher) Körperverletzung angeklagt sieht, wird sich nicht darauf berufen können, wegen des pauschalen one-size-fits-all-Rechtsrats aus der Onlinezeitung einem unvermeidbaren Verbotsirrtum gemäß § 17 StGB in Form eines Erlaubnisirrtums unterlegen zu sein. Unverantwortlich ist dieses Verhalten zweitens aber auch gegenüber dem gesellschaftlichen Klima und politischen Diskurs. Man kann die Straßenblockaden der Letzten Generation für eine unerträgliche Zumutung halten, die verhängten Strafen für zu gering und die Berliner Präventivhaft für zu lasch. Und man kann ausgehend davon natürlich neue, schärfere Gesetze fordern (wie Teile der Union)<sup>8</sup> oder die schärfere Anwendung geltender Gesetze verlangen.

Aber wer erst die Unzulänglichkeit staatlicher Maßnahmen propagiert und sodann die private Rechtsdurchsetzung mittels Notwehr

als Ausweg präsentiert, spielt mit dem Feuer. Die gesamtgesellschaftliche Stimmung ist gereizt genug und wird sich in absehbarer Zeit mit den durch die Inflation und wirtschaftliche Eintrübung hervorgerufenen und im Einzelfall bis zur Existenzgefährdung reichenden Wohlstandsverlusten weiter aufheizen. Sonstige Konfliktthemen wie drohende Energieversorgungsengpässe oder das Dauerreizthema Pandemie kommen hinzu. Egal warum in Zukunft Straßen blockiert werden – ob für oder gegen ein Tempolimit, für oder gegen höhere Spritpreise, für oder gegen die Verwendung von Atomkraft – die Lösung kann nicht sein, sich gegenseitig von der Straße zu prügeln. Man sollte sich davor hüten, das Ausleben persönlicher Gewaltfantasien gegenüber politisch Andersdenkenden oder schlicht störenden Mitbürgern über die Propagierung eines Notwehrrechts mit dem Signum der guten Tat der Rechtsbewährung zu versehen. Im Gegenteil: Wer meint, aus der empfundenen Unzulänglichkeit staatlicher Maßnahmen zur Lösung eines Problems folge die Berechtigung zur privaten Gewaltanwendung, begeht selbst den gleichen Fehler, den er den Demonstrierenden zum Vorwurf macht.

## Nachweise

1. Constantin van Lijnden, Die Rechte der ausgebremsten Bürger, Welt Online, 18.11.2022, abrufbar unter <https://www.welt.de/politik/deutschland/plus242078995/Klimaaktivisten-Wie-wehren-Die-Notwehr-Regeln-fuer-Autofahrer-gegen-Klima-Kleber.html>, zuletzt abgerufen am, 25.07.2023.
2. Und auch werden, vgl. nur Netzpolitik.org, Polizeilicher Gewahrsam: Klimaaktivisten ohne Gerichtsverfahren in Haft, 7.11.2022, abrufbar unter <https://netzpolitik.org/2022/polizeilicher-gewahrsam-klimaaktivisten-ohne-gerichtsverfahren-in-haft/>, zuletzt abgerufen am 25.07.2023.
3. BVerfG, Beschl. v. 24. Oktober 2001 – 1 BvR 1190/90, *Wackersdorf*, Rn. 46 ff.; BVerfG, Beschl. v. 7. März 2011 – 1 BvR 388/05, *Zweite Reihe*, Rn. 33).
4. Vgl. BVerfG, *Wackersdorf*, Rn. 59 ff.; *Zweite Reihe*, Rn. 39.
5. BVerfG, *Wackersdorf*, Rn. 64, *Zweite Reihe*, Rn. 39.
6. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021 - 1 BvR 2656/18 -, abrufbar unter [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/03/rs20210324\\_1bvr265618.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/03/rs20210324_1bvr265618.html), zuletzt abgerufen am 25.07.2023.
7. Siehe dazu auch Daria Bayer, Auto fahren oder Klima retten? Ziviler Widerstand und die Zweck-Mittel-Relation, Verfassungsblog, 6.10.2022, <https://verfassungsblog.de/auto-fahren-oder-klima-rette-n/>, zuletzt abgerufen am 21.07.2023.
8. Hasso Sulikak, Union will härtere Strafen für Klimaaktivisten: "Der Radikalisierung Einhalt gebieten", Legal Tribune Online, 07.11.2022, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/haertere-s>

trafen-union-klimaschutz-aktivisten-strassenblockaen-noetigung-k  
unstwerke-beschaedigung-haft/, zuletzt abgerufen am 25.07.2022.



*Jana Wolf*

# Flensburger Einhorn

*Klimaschutz als rechtfertigender Notstand*







Das Urteil des Amtsgerichts Flensburg zu Klimaschutz als rechtfertigendem Notstand stößt auf Begeisterung und scharfe Ablehnung. Nachdem der Freispruch eines Klimaaktivisten durch das Gericht bereits im November bekannt wurde, sind nun die Urteilsgründe veröffentlicht worden. Inmitten der zunehmend intensiver geführten Debatte um den juristisch „richtigen“ Umgang mit Klimaaktivismus schlägt das Urteil eine ebenso ungewohnte wie mutige Richtung ein.

Ein Klimaaktivist, der einen Baum besetzte und so dessen Rodung zu verhindern suchte, wurde vom Vorwurf des Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB) freigesprochen. Aus folgendem Grund: Der Angeklagte handelte zwar tatbestandsmäßig, jedoch im Ergebnis nicht rechtswidrig. Vielmehr war er nach Auffassung des Gerichts aufgrund eines Notstands gem. § 34 StGB gerechtfertigt. Auf allgemeine strafrechtliche Erwägungen im Zusammenhang mit diesem Urteil und der Rechtfertigung klimaaktivistischer Protestaktionen wurde bereits eingegangen.<sup>1</sup> Anders als die bisher auf dem Verfassungsblog erschienen und auch in diesem Buch abgedruckten Texte zu dem Urteil<sup>2</sup> sollen im Folgenden jedoch noch einmal Schritt für Schritt die Urteilsgründe nachgezeichnet und besprochen werden. Dabei zeigt sich, dass die Erwägungen des Gerichts aus strafrechtlicher Perspektive nicht abwegig sind, sondern vielmehr spezifische Besonderheiten des Klimawandels beachten.

## Das Urteil

Beinahe lehrbuchartig prüft das Gericht die Voraussetzungen des § 34 StGB, der als Rechtfertigungsgrund Situationen berücksichtigt, in denen „der Verstoß gegen ein Verbot die einzige Möglichkeit zur Abwendung drohender Schäden darstellt, deren Hinnahme für die Rechtsordnung im Einzelfall weitaus schwerer zu ertragen wäre.“<sup>3</sup> Das Ge-

richt bejaht u.a. sowohl, dass eine Notstandslage vorliegt, als auch, dass die Besetzung des Baums eine geeignete Notstandshandlung darstellt. Auffällig ist die klimaspezifische und verfassungsrechtliche Argumentation des Gerichts, die sich darum bemüht, die Kernaussagen des Klimabeschlusses des BVerfG für die strafrechtliche Prüfung des § 34 StGB fruchtbar zu machen. Und schließlich ist auch die explizite Berücksichtigung naturwissenschaftlicher Erkenntnisse und Besonderheiten der anthropogenen Erderwärmung erfreulich.

## Die Notstandslage

Das Gericht bejaht zunächst, dass eine Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut vorliegt und stellt dabei auf den Klimaschutz selbst als kollektives Rechtsgut ab. Dessen verfassungsrechtliche Grundlage liege in Art. 20a GG, der „als unmittelbar geltende und justiziable Rechtsnorm alle staatlichen Organe [bindet].“<sup>4</sup> Diese konstitutionelle Verankerung und die damit einhergehende Verpflichtung, „unbestimmte Rechtsbegriffe des einfachen Rechts (...) iSd § 34 StGB im Lichte und unter Berücksichtigung einer effektiven Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Klimaschutzverpflichtung gem. Art. 20a GG auszulegen“ (S. 6), bildet nach Ansicht des Gerichts die Grundlage des Klimaschutzes als notstandsfähiges Rechtsgut. An dieser Stelle wird bereits deutlich, wie sich das Gericht um eine verfassungskonforme, die Wertungen des Art. 20a GG berücksichtigende Auslegung des § 34 StGB bemüht, auf die es auch in der weiteren Erörterung des Notstands zurückgreift.

Dass für das Rechtsgut „Klimaschutz“ auch eine Gefahr besteht, wird relativ zügig unter Rückgriff auf naturwissenschaftliche Grundlagen und die Weite des Gefahrenbegriffs des § 34 StGB bejaht. Wissenschaftlich gesicherte Erkenntnisse über die „negativen Folgen wie Hit-

zwellen, Überschwemmungen oder Wirbelstürme“ (S. 7) seien hierfür ein Beispiel. An dieser Stelle zeigt sich jedoch eine gewisse Unstimmigkeit zum eingangs herangezogenen Rechtsgut des Klimaschutzes – nicht der Klimaschutz ist es, der durch die Erderwärmung in Form von Natur- und Extremwetterereignissen bedroht ist, sondern vielmehr das humane Klima als Kollektivrechtsgut selbst.<sup>5</sup> Überzeugender und stimmiger scheint es daher, auf das für das menschliche Leben, für die menschliche Zivilisation<sup>6</sup> geeignete *Klima als bedrohtes Rechtsgut* abzustellen – die Gefahr ist selbstredend der Klimawandel selbst.

Dass auch eine *gegenwärtige* Gefahr (für den Klimaschutz bzw. für das Rechtsgut „humanes, die menschliche Zivilisation erlaubendes Klima“, s.o.) besteht, bejaht das Gericht recht zügig und in der Argumentation erfreulich wissenschaftlich. Die drohenden Folgen der aktuellen Erderwärmung sind hinreichend belegt, sodass „ein Zustand, bei dem es nach den konkreten tatsächlichen Umständen wahrscheinlich ist, dass es zum Eintritt eines schädigenden Ereignisses kommt“ (S. 7), mithin eine Gefahr, vorliegt. In Bezug auf das Kriterium der *Gegenwärtigkeit* wird überzeugend klargestellt, dass eine Gefahr nicht nur dann gegenwärtig ist, wenn der Schadenseintritt unmittelbar bevorsteht, sondern auch dann, „wenn zwar der weitere Schadenseintritt möglicherweise nicht unmittelbar bevorsteht, er jedoch nur noch durch sofortiges Handeln abgewendet werden kann (S. 8). Der *Gegenwärtigkeit* steht also nicht entgegen, dass die derzeitige Erderwärmung 1,5 bzw. 2 Grad noch nicht erreicht hat.“<sup>7</sup>

In dieser Hinsicht berücksichtigt das Gericht, dass die derzeitigen Klimaschutzbemühungen „in vertretbarer Weise als insgesamt unzureichend“ wahrgenommen werden können (S. 7) und betont dabei, dass den „mit hoher Wahrscheinlichkeit vielfach irreversiblen Schäden durch entsprechende Maßnahmen des Klimaschutzes (...) [nicht mehr] wirksam begegnet werden könnte“ (S. 8). Das sofortige und un-

bedingte Interventionsbedürfnis zur Eindämmung des Klimawandels rechtfertigt damit, die Gegenwärtigkeit der Gefahr zu bejahen.

## Die Notstandshandlung

Ferner muss die Notstandshandlung – das Besetzen des Baumes – *geeignet* zur Abwehr der Gefahr – dem Klimawandel – sein, was das Gericht zugunsten des Baumbesetzers bejaht.

Zu diesem Ergebnis kommt das Gericht, indem es einen konkreten „unmittelbare[n] Wirkungszusammenhang zwischen der Tat des Angeklagten und der Abwendung der Gefahr für das notstandsfähige Rechtsgut“ (S. 9) bejaht. So ist das Fällen des einzelnen Baumes bzw. des durch die Rodung bedrohten Waldes insgesamt als klimaschädliche Maßnahme anzusehen, denn die „zentrale Bedeutung von Bäumen (...) zur Bindung des Treibhausgases CO<sub>2</sub> und damit zur Verhinderung des Klimawandels ist wissenschaftlich erwiesen“ (S. 9). Die Besetzung des Baumes zur Verhinderung seiner Rodung leistet damit einen Beitrag zu Eindämmung des Klimawandels. Das Gericht gesteht zwar zu, dass jener Beitrag nur als vergleichsweise gering zur Abwendung der globalen Gefahr des Klimawandels einzuordnen ist. Allerdings wird an dieser Stelle dessen komplexe und multidimensionale Gefahreneigenschaft erkannt. Auch nur geringfügig wirkende Rettungshandlungen können daher geeignet sein. Dem Klimawandel ist es nämlich gerade immanent, dass er „nur noch durch eine Vielzahl von Maßnahmen und Einschränkungen bewältigt werden kann“ (S. 10). Einzelne Maßnahmen sind für sich genommen damit nie geeignet, den Klimawandel als solchen aufzuhalten. Dieses Erfordernis eines langfristigen, komplexen Vorgehens zur Eindämmung der Erderwärmung wird damit erfreulicherweise bei der Beurteilung der individuellen Notstandshandlung berücksichtigt. Die rein physikalische Ar-

gumentation, die Rettung eines einzelnen Baumes sei als nur unwesentlicher Beitrag zum Schutz des Klimas ungeeignet, kann damit bei solch komplexen Vorgängen wie dem Klimawandel nicht überzeugen.

Im Rahmen der *Erforderlichkeit* stellt das Gericht fest, dass das Besetzen des Baumes auch das relativ mildeste Mittel zur Gefahrenabwehr war. Dies gelingt vorliegend (nur) mit einigem Begründungsaufwand und zeigt eine doch erstaunliche Tendenz des Gerichts, wenn nicht sogar ein vorsichtiges Eingeständnis staatlichen Unvermögens in der Klimafrage. So wird der im Rahmen des § 34 StGB geltende Vorrang staatlichen Handelns grundsätzlich anerkannt. Allerdings gilt dieser Vorrang des staatlichen Gewaltmonopols nicht absolut, sondern kann in Fällen behördlicher oder staatlicher Aussichtslosigkeit<sup>8</sup> durchbrochen werden. Dahingehend konstatiert das Gericht, dass „staatliche Gefahrenabwehrmaßnahmen zur Verhinderung des Klimawandels und zur Herstellung von Klimaneutralität (...) keine objektiv gleiche Eignung aufweisen“ (S. 14). Auch wenn man sich an der Pauschalität dieser Aussage und der fehlenden Erörterung der eingereichten verwaltungsgerichtlichen Klage gegen die Baugenehmigung mit guten Gründen stören kann,<sup>9</sup> steht das Ergebnis letztlich im Einklang mit aktuellen Einschätzungen der (deutschen) Klimaschutzpolitik. Diese ist nämlich seit Jahren unzureichend. Aktuelle Prognosen sehen es als unwahrscheinlich an, dass die deutschen Klimaschutzziele bis 2030 erreicht werden.<sup>10</sup> Berücksichtigt man damit das staatliche Handeln (bzw. Unterlassen) zur Abwehr der Gefahr „Klimawandel“ insgesamt, so ist die Annahme, dass dieses ungeeignet ist, tatsächlich nicht fernliegend.<sup>11</sup> Die Einschätzung, wonach der Angeklagte in hinreichend vertretbarer Weise von der Ungeeignetheit staatlicher Maßnahmen ausgehen durfte (S. 15), untermauert das Gericht letztlich mit der Auslegung des § 34 StGB im Lichte der Verfassung sowie unter Rekurs auf den Klimabeschluss des BVerfG. Eine dezidierte Auseinander-

setzung mit den Rechtsmitteln im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit wäre zwar wünschenswert, kann im Übrigen aber die gerichtliche Argumentation nicht entkräften.

Anzumerken sei an dieser Stelle, dass das staatliche Gewaltmonopol ebenfalls in Fällen des „zeitkritischen Moments“ oder bei Verletzung von grundrechtlichen Schutzpflichten durchbrochen werden kann.<sup>12</sup> Dass dies Fallgruppen sind, die bei zunehmendem Fortschritt des Klimawandels und konstant unzureichenden Maßnahmen – auch wenn eine Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten im Klimabeschluss des BVerfG gegenwärtig gerade noch nicht festgestellt wurde – herangezogen werden können, liegt jedenfalls nicht fern.

## Die Hürden der Interessenabwägung und Angemessenheit

Überraschend und gleichsam überzeugend ist, dass auch die Interessenabwägung und letztlich die Angemessenheit zu Gunsten des Angeklagten ausfallen. Zwar liegt vorliegend nach Ansicht des Gerichts kein sog. ziviler Ungehorsam vor, der überwiegend – mangels Angemessenheit – als nicht gem. § 34 StGB rechtfertigbar bewertet wird.<sup>13</sup> Dennoch handelt es sich bei der Interessenabwägung und Angemessenheit um anspruchsvolle Prüfungsschritte, die das Gericht mittels verfassungskonformer Auslegung<sup>14</sup> und unter Berücksichtigung klimaspezifischer Besonderheiten jedoch bewältigt.

Zunächst zur Interessenabwägung, die ein wesentliches Überwiegen des Erhaltungsguts (hier: humanes Klima) gegenüber dem Eingriffsgut (hier: Hausrecht) fordert. Neben einer abstrakten Gegenüberstellung der betroffenen Rechtsgüter ist eine umfassende Gesamtabwägung vorzunehmen.<sup>15</sup>

Das Gericht setzt sich zunächst ausführlich mit dem Klima(schutz) als Erhaltungsgut auseinander und zieht dabei insbesondere

verfassungsrechtliche Aspekte heran, die die „zentrale Bedeutung des Klimaschutzes verdeutlichen“ (S. 15): Seine normative Verankerung in Art. 20a GG, die „systematische Position des Klimaschutzes als Staatszielbestimmung (...) unmittelbar im Anschluss an die (...) Fundamentalnorm des Art. 20 GG“ (S. 15) sowie die Zunahme des „relative[n] Gewicht[s] des Klimaschutzgebots in der Abwägung bei fortschreitendem Klimawandel“. <sup>16</sup> Demgegenüber ist das beeinträchtigte Rechtsgut des § 123 StGB (Hausrecht) zwar an sich ein „wichtiges rechtlich geschütztes Interesse“, letztlich aber ein sog. Bagatelldelikt mit „geringe[m] Strafbedürfnis“ (S. 16).

Zudem gilt es den Grad der drohenden Gefahren zu berücksichtigen. Diese wird in Form des Klimawandels als hoch, in Form der Verletzung des Hausrechts des Eigentümers als gering eingeschätzt. Zum einen drohen durch die Erderwärmung negative Folgen, die „sich nach aktuellem (...) Stand (...) in noch signifikant größerem Umfang realisieren werden“ (S. 17), während das Interesse am Hausrecht an einem Waldgelände (im Gegensatz etwa zu bewohnten Häusern) geringer gewichtet wird.

Neben dem Grad der drohenden Gefahren muss jedoch auch die Rettungschance durch die Notstandshandlung Eingang in die Abwägung finden. Diese Rettungschance zur Abwendung des Klimawandels durch das Baumbesetzen ist aber – wie bereits festgestellt – vergleichsweise gering, sodass das Gewicht des beeinträchtigten Rechtsguts – das Hausrecht – grundsätzlich höher anzusetzen wäre. <sup>17</sup> *Eigentlich*, denn das Gericht erklärt diesen Grundsatz für „Konstellationen (...), in denen (...) eine sehr komplexe und längerfristige Herausforderung gegeben ist, die zum heutigen Zeitpunkt nur noch durch eine Vielzahl von Maßnahmen und Einschränkungen bewältigt werden kann“, für nicht anwendbar (S. 17) – und berücksichtigt damit gerade die klimawandelspezifische Gefahreneigenschaft. Für diese folgenrei-

che Relativierung, die auch auf andere klimaaktivistische Sachverhalte übertragbar scheint, spricht auch der Grundsatz, dass „das Risiko eines Misslingens (...) umso höher sein [darf], je größer die Gefahr und je schutzwürdiger das Erhaltungsgut bzw. je unbedeutender der Schaden auf der Eingriffsseite ist.“<sup>18</sup> Wie vorliegend der Klimawandel einerseits und die Verletzung des Hausrechts andererseits zu gewichten wären, liegt auf der Hand.

Im Rahmen der Angemessenheit setzt sich das Gericht insbesondere mit der Vereinbarkeit der Notstandshandlung mit verfassungsrechtlichen Wertungen auseinander. Es stellt dabei nicht nur keinen Widerspruch zu grundlegenden Verfassungsprinzipien fest, sondern konstatiert vielmehr sogar ausdrücklich, „dass Handlungen, die das Ziel des Klimaschutzes verfolgen, im Grundsatz sogar ausdrücklich in Übereinstimmung mit übergeordneten verfassungsrechtlichen Wertsetzungen stehen“ (S. 18). So ist der Klimaschutz gleich in mehrdimensionaler Hinsicht (gesetzlich) verankert: Das verfassungsrechtliche Gebot des Art. 20a GG, die einfachgesetzliche Festlegung bestimmter Ziele im Bundes-Klimaschutzgesetz, das völkervertraglich vereinbarte Ziel von 1,5 bzw. 2 Grad im Paris Abkommen. Es ist also gerade nicht so, dass der „Baumbesetzer doch eher gegen die anerkannten Wertmaßstäbe [protestiert], die nach seinem Dafürhalten den Klimaschutz nicht hoch gewichten.“ Vielmehr sind es damit festgelegte Maßstäbe, die eine Forderung nach einem „Mehr“ an Klimaschutz objektiv rechtfertigen. An dieser Stelle zeigt sich letztlich die im Rahmen der Klimaschutzpolitik offenkundig bestehende Diskrepanz von Vereinbarung und tatsächlicher Umsetzung, von klimaschützenden (verfassungsrechtlichen, einfachgesetzlichen, völkervertraglichen) Vorgaben und realer Anwendung (siehe die rechtmäßig erteilte Baugenehmigung und Umwidmung des Waldes im vorliegenden Fall).

Dass der Einzelne auf rechtlich geordnete, staatliche Verfahren zur



Lösung der Konfliktlage (etwa die Klage zum VG Schleswig) zu verweisen sei, verneint das Gericht mit Hinweis auf die entsprechende Argumentation im Rahmen der Erforderlichkeit (unzureichendes staatliches Handeln).

## **Ausblick: Ein mutiger richterlicher Schritt**

Das Urteil ist und bleibt ein juristisches Einhorn.<sup>19</sup> Die richterliche Argumentation ist mutig: Explizit werden klimaspezifische Besonderheiten rechtlich verarbeitet, die Bedeutung und Tragweite des Klimawandels betont und in schonungsloser Ehrlichkeit darauf hingewiesen, dass staatliche Klimaschutzmaßnahmen „keine gleich geeignete Handlungsalternative“ (S. 15) seien.

Und dennoch ist das Urteil – wie ausdrücklich betont wird – kein „Freibrief“ (S. 12) für Klimaaktivist:innen. Das Gericht grenzt seine Argumentation klar von der Bewertung rein symbolischer Protesttaten wie den gegenwärtigen Straßenblockaden ab – und schafft damit gerade keinen richterlichen Anreiz für (unterstellt) rechtswidrige aktivistische Verhaltensweisen. Zudem ist und bleibt jede rechtliche Würdigung eine Einzelfallentscheidung – und kein richterlicher Aktivismus<sup>20</sup>. Ob sich dieses ungewohnte Urteil des AG Flensburg in der Revisionsinstanz bewährt, bleibt mit Spannung abzuwarten.

## Nachweise

1. Vgl. Jana Wolf, Klimaschutz als rechtfertigender Notstand: Zum Freispruch von Klimaaktivist:innen durch das Amtsgericht Flensburg, Verfassungsblog, 14.11.2022, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/klimaschutz-als-rechtfertigender-notstand/>, zuletzt abgerufen am 25.07.2023.
2. Vgl. hierzu die Kapitel von Jan-Louis Wiedmann und Rouven Dieckjobst in diesem Band.
3. Erb in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 6, 4. Auflage 2020.
4. BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723, 1741 (Rn. 205 ff.).
5. Vgl. Wolf (Fn. 1); vgl. daneben auch Ruth Anthea Kienzerle, Anmerkung zu OLG Celle: Keine Rechtfertigung einer Sachbeschädigung wegen zivilen Ungehorsams aus Klimaschutzgründen, FD-StrafR 2022, 451633, die vom „Erhalt natürlicher Lebensgrundlagen“ als notstandsfähiges Rechtsgut der Allgemeinheit spricht.
6. Mathis Bönte, Ziviler Ungehorsam im Klimanotstand, HRRS 2021, 164 (166), spricht von einer „existenzielle[n] Gefahr für die menschliche Zivilisation“.
7. Wolf, Fn. (1); vgl. auch Bönte, Fn. (6), 164 (166 ff.); siehe zum aktuellen Stand der Erderwärmung IPCC, 2021: Summary for Policymakers. In: Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, A.1.3; <https://climateactiontracker.org/global/temperatures/> (Stand: 12/22).
8. Vgl. hierzu auch das Urteil des OLG Naumburg vom 22.02.2018 – 2 Rv

157/17, NJW 2018, 2064, das für eine Parallelwertung – bei Anerkennung der Sachverhaltsunterschiede – herangezogen wird.

9. Vgl. hierzu Rouven Diekjobst in diesem Band, Klimanotstand über Gewaltenteilung? Zur Annahme eines rechtfertigenden Notstandes aufgrund der Klimakrise durch das Amtsgericht Flensburg.
10. Expertenrat für Klimafragen, Zweijahresgutachten 2022, S. 207 Rn. 279.
11. So auch die Bewertung des Climate Action Tracker hinsichtlich der deutschen Klimaschutzpolitik, die als „insufficient“ eingestuft wird, <https://climateactiontracker.org/countries/germany/> (Stand: 12/22).
12. Stefanie Bock, Straftaten im Dienste der Allgemeinheit - Notwehr- und Notstandsrechte als polizeiliche Generalklauseln für jedermann?, ZStW 131 (2019), 555, (570, 573 ff.)
13. Perron in: Schönke/Schröder, § 34 Rn. 41a, 30. Auflage 2019 (verortet in der Interessenabwägung); Erb in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 256, 4. Auflage 2020; ähnlich und weiterführend Winfried Hassemer, Ziviler Ungehorsam - ein Rechtfertigungsgrund?, in: FS Wassermann, 1985, S. 325; a.A. Bönte (Fn. 6), 164 (171 f.)
14. Vgl. hierzu auch Rouven Diekjobst in diesem Band.
15. Bock (Fn. 12), 555 (569); Erb in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 130 ff., 4. Auflage 2020.
16. BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723, 1740 (Rn. 198)
17. Perron in: Schönke/Schröder, § 34 Rn. 29, 30. Auflage 2019
18. Schönke/Schröder/Perron, 30. Auflage 2019, § 34 Rn. 29.
19. Wolf, Fn. (1).
20. So aber Diekjobst (Fn. 9)



*Rouven Diekjobst*

# **Klimanotstand über Gewaltenteilung?**

*Zur Annahme eines rechtfertigenden Notstandes aufgrund der Klimakrise  
durch das Amtsgericht Flensburg*





„Das magische Baumhaus“ ist eine Kinderbuchreihe, in der Kinder mittels eines verzauberten Baumhauses an jeden Ort und in jede Zeit reisen können. Die meisten Kinder, die in den 90er Jahren mit diesen Büchern aufgewachsen sind, würden sich wohl am liebsten in eine Welt wünschen, in der ihre Zukunft nicht von einer stetig schlimmer werdenden Klimakatastrophe bedroht ist. Die einzigen Baumhäuser, die Klimaaktivist\*innen und -Aktivisten jedoch im Kampf gegen den Klimawandel zur Verfügung stehen, sind selbstgebaute Baumhäuser in Wäldern, die vor der Rodung stehen. Bereits vor im November 2022 wurde bekannt<sup>1</sup>, dass das Amtsgericht Flensburg einen Klimaaktivisten freigesprochen hatte, der einen Baum auf einem Privatgrundstück besetzt hatte.<sup>2</sup> Der Baum – genauer: der Wald – sollte auf Grundlage einer Baugenehmigung gerodet werden, gegen die auch eine verwaltungsgerichtliche Klage eingereicht worden war. Im Dezember 2022 wurde die Urteilbegründung veröffentlicht: Das Gericht sah § 123 StGB – Hausfriedensbruch – zwar tatbestandlich erfüllt, jedoch aufgrund von § 34 StGB in einer Art „Klimanotstand“<sup>3</sup> gerechtfertigt.

Diese Annahme wird im vorliegenden Beitrag kritisch hinterfragt – strafrechtlich, aber vor allem verfassungsrechtlich und demokratietheoretisch. Dabei ist mir wichtig zu betonen, dass ich grundlegende Sympathie für die Berücksichtigung von Klimabelangen in der Rechtsprechung habe.<sup>4</sup> Dies gilt jedenfalls, soweit diese Berücksichtigung im Rahmen methodisch nachvollziehbarer Interpretation stattfindet, was vorliegend nicht der Fall ist. Dies wirft die Frage auf, ob es sich um einen Akt richterlichen Aktivismus handelt, und wie dieser zu bewerten ist.

## Einschätzung des Urteils

Im Fokus des Urteils steht § 34 StGB, der einen Rechtfertigungsgrund für die Abwehr gegenwärtiger, nicht anders abwendbarer Gefahren für ein notstandsfähiges Rechtsgut gewährt, sofern eine Interessenabwägung zugunsten des geschützten Rechtsguts ausfällt und die Tat insgesamt angemessen ist. Die folgende Einschätzung der Entscheidung beschränkt sich auf drei Punkte: Die Geeignetheit der Baumbesetzung zur Abwehr einer Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut, die Erforderlichkeit dieser Handlung und schließlich die Bedeutung der vom Gericht bemühten verfassungskonformen Auslegung.

## Den Baum vor lauter Wäldern nicht gesehen

Das Urteil stellt auf den Klimaschutz als gefährdetes Rechtsgut ab. Die grundlegende Annahme – Klimaschutz ist ein notstandsfähiges Rechtsgut – steht nicht in Frage; sie wird im Urteil ausführlich herausgearbeitet (S. 5f.) und wurde zuletzt auch von Jana Wolf auf diesem Blog erläutert<sup>5</sup>. Mit seiner Aktion verhinderte der Demonstrant kurzzeitig die Abholzung eines Baumes. Dass sein Protest dem (Fern-)Ziel des Klimaschutzes dienen sollte, darf man wohl unterstellen. Insofern ist es aber wichtig zu betonen, dass nicht der Protest als solcher – also etwa Art. 5 Abs. 1 S. 1, Art. 8 Abs. 1 GG – im Mittelpunkt der gerichtlichen Argumentation steht, sondern der Klimaschutz als solcher; aber ist dieser überhaupt gefährdet? Um dies zu belegen, verweist das Gericht auf allgemein unzureichende Klimaschutzbemühungen Deutschlands und insbesondere die wichtige Rolle der Wälder für den Klimaschutz (S. 9). Die allgemeinen Klimaschutzbemühungen konnte der Protest im Baum aber nicht beschützen – alles was geschützt werden konnte, war der *einzelne* Baum. Dieser mag für



den Aktivisten stellvertretend für den Klimaschutz stehen, im Rahmen des § 34 StGB kann dies aber nicht überzeugen. Zum Schutz des Baumes war die Protestaktion sicherlich geeignet; der einzelne Baum dürfte allerdings kaum notstandsfähiges Rechtsgut sein. Andersherum ist zwar der Klimaschutz notstandsfähiges Rechtsgut, der Schutz des einzelnen Baumes zu diesem Zweck aber nicht im strafrechtlichen Sinne geeignet: Geeignet ist eine Notstandshandlung jedenfalls nicht, wenn sie die Chance zur Gefahrabwehr nicht oder nur ganz geringfügig erhöht.<sup>6</sup> Zur Einordnung: Ein Baum bindet etwa 10kg CO<sub>2</sub> im Jahr, die CO<sub>2</sub> Emissionen Deutschlands lagen 2021 bei etwa 765 Mrd. kg. Bei einem Beitrag dieser Größenordnung kann bereits hinterfragt werden, ob die Chance zur Gefahrabwehr überhaupt messbar erhöht wird; jedenfalls aber ist der Beitrag unwesentlich und damit zum Schutz des gesamten Klimas ungeeignet. Selbst wenn man dies annehmen sollte, scheint jedoch die Erforderlichkeit gegen die Rechtfertigung zu sprechen.

## **Gerichtsverfahren als milderes Mittel?**

Auf Ebene der Erforderlichkeit müsste dargelegt werden, dass kein milderes, ebenso effektives Mittel zur Gefahrabwehr zur Verfügung stand. Nach Ansicht des Gerichts war dies der Fall, insbesondere sei „die Einschätzung des Angeklagten, dass staatliche Klimaschutzmaßnahmen aktuell für sich genommen keine gleich geeignete Handlungsalternative zur Gefahrenabwehr darstellen, als so hinreichend vertretbar anzusehen, dass vorliegend die Erforderlichkeit des Handelns des Angeklagten zur Gefahrenabwehr bejaht werden kann.“ (S. 15). Das Gericht geht dabei auf die Argumentation des BVerfG<sup>7</sup> ein und legt dar, dass staatliche Klimaschutzmaßnahmen hinter den maßgeblichen Klimazielen zurückbleiben. Spätestens hier steht nicht mehr

der einzelne Baum im Fokus der gerichtlichen Argumentation. Welche staatlichen Klimaschutzmaßnahmen sind außerdem gemeint? Klimaschutzgesetze? Die Rolle der Judikative im staatlichen Klimaschutz erkennt das Gericht offenbar an, wie aus den Verweisen auf das BVerfG deutlich wird. Dann muss aber zumindest erläutert werden, warum die konkret in Frage stehenden staatlichen Maßnahmen, namentlich das behördliche und das verwaltungsgerichtliche Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Schleswig, keine gleich geeignete mildere Handlungsalternative darstellten. In dieser Hinsicht bleiben die Ausführungen des Gerichts zu generell: Zwar verweist das Gericht darauf, dass behördliche Hilfe nicht abgewartet werden muss, wenn diese offensichtlich aussichtslos ist. In den vom Gericht zitierten Konstellationen hatte es allerdings jeweils Anhaltspunkte für die Aussichtslosigkeit behördlichen Einschreitens gegeben.<sup>8</sup> Behörden als auch Gerichte dagegen unter den allgemeinen Generalverdacht zu stellen, dass ihre Entscheidungen in Klimafragen zur Gefahrabwehr nicht geeignet sind, erscheint vor dem Hintergrund des Rechtsstaatsprinzips nicht tragbar. Insofern ist bemerkenswert, dass die Argumentation sich nicht darauf stützt, dass die Rodung in jedem Fall rechtswidrig wäre, sondern dass ein Rodungsstopp nicht in jedem Fall das Ergebnis des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens wäre. Das hätte zur Konsequenz, dass auch ein in der Sache korrektes verwaltungsgerichtliches Urteil zur Gefahrabwehr nicht geeignet sein könnte. Sofern die Erforderlichkeit sich allein aus diesem Umstand ergeben sollte, scheint die Argumentation zwar konsequent; dann muss sich allerdings spätestens auf Ebene der Angemessenheit intensiver mit dem laufenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren beschäftigt werden<sup>9</sup>.

## **Die scheinbar verfassungskonforme Auslegung**

Nach Auffassung des Gerichts ist Art. 20a GG nicht nur bei der Auslegung der Merkmale der Geeignetheit und Erforderlichkeit zu beachten, sondern hilft auch über die Hürden der Abwägung und der Angemessenheit (S. 15, 18 f.). Spätestens hier muss die Notstandsprüfung allerdings zulasten des Angeklagten ausfallen.

Ein solcher (Aggressiv-)Notstand könnte nur bei einem wesentlichen Überwiegen des Gefahrenabwehrinteresses rechtmäßig sein. Hier ist allerdings nicht nur die abstrakte Gewichtung der einzelnen Rechtsgüter entscheidend, sondern vielmehr eine umfassende Interessenabwägung; auch hier ist also der Umstand, dass nicht das gesamte Klima gerettet wird, sondern nur ein einzelner Baum, zu berücksichtigen. Auf der anderen Seite greift die Berücksichtigung des Art. 14 GG – der, entgegen der Ansicht des Gerichts (S. 16), ausschließlich auf Seite des Grundstücksinhabers berücksichtigt werden sollte<sup>10</sup> – zu kurz: Warum soll ein Privater den Eingriff in seine Rechte hinnehmen müssen, nachdem die Rechtmäßigkeit seines Handelns Gegenstand eines behördlichen und verwaltungsgerichtlichen Verfahrens war?

Noch deutlicher wird die Interessenlage im Rahmen der Angemessenheitsprüfung. Insofern gilt eine Notstandshandlung als angemessen, wenn sie „nach anerkannten Wertmaßstäben als tragbar anzusehen“ ist<sup>11</sup>, wobei insbesondere übergeordnete, verfassungsrechtliche Wertungen zu berücksichtigen sind<sup>12</sup>. Dies ist nicht der Fall – gerade im Gegenteil protestiert der Baubesetzer doch eher gegen die anerkannten Wertmaßstäbe, die nach seinem Dafürhalten den Klimaschutz nicht hoch genug gewichten. Auch sprechen verfassungsrechtliche Wertungen gegen diese Lösung: Nicht nur hat die Stadt Flensburg eine Baugenehmigung erteilt, diese Baugenehmigung war auch Gegenstand eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. Dies ist

die dem Recht entsprechende Lösung der Konfliktlage. Sie garantiert keine materiell richtige Entscheidung, verdankt ihre Legitimität aber dem Verfahren, aus dem diese Entscheidung entspringt.<sup>13</sup> Insbesondere verdeutlicht dies, dass bei der verfassungskonformen Auslegung neben Art. 20a GG andere verfassungsrechtliche Normen und Wertungen stärker hätten berücksichtigt werden müssen: Für den Einzelnen streitet Art. 14 GG, für die Allgemeinheit neben dem Klimaschutzgebot das Rechtsstaatsprinzip und das Gewaltmonopol des Staates. Eine Hilfe zur Auflösung dieser Interessenkollision bietet Art. 79 Abs. 3 GG, der den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit höher gewichtet als den Klimaschutz. Auch die Wertung des Art. 20 Abs. 4 GG kann berücksichtigt werden: Der Einzelne ist nicht unter allen Umständen zum Rechtsgehorsam verpflichtet, aber die Voraussetzungen dieses Notrechts sind eng gefasst – es muss ein Angriff auf die verfassungsmäßige Ordnung stattfinden. Dies war nicht der Fall, vielmehr ergibt eine Gesamtschau dieser verfassungsmäßigen Ordnung, dass die Baumbesetzung auch unangemessen war.

## Richterlicher Aktivismus?

Aufgrund dieser zahlreichen Bedenken wird man vom Erfolg der Revision ausgehen müssen<sup>14</sup>. Angesichts dessen muss die Frage erlaubt sein, ob das Gericht tatsächlich von der Richtigkeit seiner Rechtsauffassung überzeugt war oder ob es sich nicht eher um einen Akt richterlichen Aktivismus handelt, der selbst einen Beitrag zum Klimaschutz darstellen soll. Die generellen Argumente gegen richterlichen Aktivismus sind bekannt: Dieser ist aus demokratischer Perspektive zumindest problematisch, läuft er doch grundlegenden Wertungen der Gewaltenteilung zuwider, indem Richter\*innen die ihnen zugeordneten institutionellen Rollen überschreiten. Hier könnte nun hinterfragt

werden, ob im Strafrecht ein anderer Maßstab angelegt werden könnte – schließlich kommt der Aktivismus hier dem Angeklagten zugute, ein Umstand, der auch sonst eine Überschreitung der Auslegungsgrenzen rechtfertigt. Insofern ist aber zu beachten, dass die Kehrseite der Rechtfertigung vorliegend eine Duldungspflicht des Grundstückseigentümers ist, der Aktivismus also nicht allein zugunsten des Angeklagten wirkt. Interessengerechter – wenn auch nicht zwingend überzeugender – wäre insofern eine (analoge) Anwendung eines Entschuldigungsgrundes oder eine Berücksichtigung der Klimakrise auf Ebene der Strafzumessung gewesen. Dies hätte es erlaubt, die sicherlich ehrenwerten Motive des Angeklagten zu berücksichtigen, ohne das Gewaltmonopol des Staates in Frage zu stellen. Die vom Gericht bemühte „verfassungskonforme“ Auslegung ist jedoch weder überzeugend noch verallgemeinerungsfähig, schadet dem Ansehen der Judikative und schafft einen Anreiz für zukünftiges rechtswidriges Verhalten. Insgesamt wird der Gesellschaft so ein Bärenienst erwiesen.

## **Fazit: Kein Klimanotstand für richterlichen Aktivismus**

Klimaschutz ist wichtig und Protest gegen fehlende Klimaschutzbemühungen lobenswert. Dass dieser Protest notwendigerweise Regeln brechen muss,<sup>15</sup> um wirksam zu sein, mag sein. Er darf dann aber nicht erwarten, dass dieser Regelbruch ungeahndet bleibt. Gerade wo staatliche Hilfe bereitsteht – insbesondere in Form gerichtlicher Verfahren – kann Selbstjustiz nicht toleriert werden. Insofern überwiegen die rechtsstaatlichen Bedenken gegenüber denen des Klimaschutzes, was sich auch aus Art 79 Abs. 3 GG ergibt, der das Rechtsstaatsprinzip auf der grundgesetzlichen Normhierarchie eine Stufe über dem Klimaschutz ansiedelt. Diese grundgesetzliche Wertentscheidung mag und muss nicht allen gefallen und dagegen kann selbstverständlich pro-

testiert werden. Wo dieser Protest strafrechtliche Regeln bricht, hilft allerdings kein Klimanotstand – weder dem Aktivisten noch der RichterIn.

## Nachweise

1. Esther Geisslinger, Urteil zu Baumbesetzung: Klimaschutz schlägt Eigentum, tazm 08.11.2022, abrufbar unter: <https://taz.de/Urteil-zu-Baumbesetzung/!5890379/>, zuletzt abgerufen am 21.09.2023.
2. AG Flensburg, Urt. v. 06.12.2022, 440 Cs 107 Js 7252/22.
3. Siehe die Besprechung von Jana Wolf, die interessanterweise im Urteil zitiert wird: Jana Wolf, Klimaschutz als rechtfertigender Notstand, Verfassungsblog, 14.11.2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/klimaschutz-als-rechtfertigender-notstand>, zuletzt abgerufen am 21.09.2023.
4. Die ich auch an anderer Stelle betont habe, vgl. Pierre Thielbörger und Rouven Diekjobst, Meilenstein für Unternehmen und Menschenrechte, Legal Tribune Online, 01.06.2021, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/shell-klima-prozessen-haag-verpflichtung-reduzierung-co2-emissionen-unternehmen-menschenrechte/>, zuletzt abgerufen am 21.09.2023.
5. Vgl. Jana Wolf, (Fn. 3).
6. OLG Naumburg, Beschl. v. 24.4.2013 – 2 Ss 8/12, Rn. 25.
7. BVerfG, Beschluss v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18.
8. OLG Naumburg, Beschl. v. 24.4.2013 – 2 Ss 8/12, NSTZ 2013, 718, 720 und OLG Naumburg, Urt. v. 22.2.2018 – 2 Rv 157/17, NJW 2018, 2064, 2065.
9. Hinterfragen ließe sich auch, ob von einer rechtmäßigen Baugenehmigung überhaupt eine Gefahr ausgehen kann. Der Beitrag folgt in der Argumentationsstruktur allerdings weiterhin der des Urteils und behandelt die Frage auf Ebene der Angemessenheit.
10. Zwar betrifft der Klimawandel grundsätzlich die Eigentumsfreiheit

(BVerfG, Beschluss v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18, Rn. 100, 171 f.),  
daraus leitet sich aber ein Anspruch auf staatlichen Schutz ab und  
nicht darauf, in fremdes Eigentum eingreifen zu dürfen.

11. Rosenau, in: Satzger/Schluckebier, StGB, 5. Aufl. 2021, § 34, Rn. 32.
12. SK-StGB/Hoyer, 9. Aufl. 2017, § 34, Rn. 94.
13. Vgl. Pawlik, Der rechtfertigende Notstand (2002), S. 226 ff.
14. Vgl. Jana Wolf, (Fn. 3).
15. Vgl. Jana Wolf, (Fn. 3).



*Jan-Louis Wiedmann*

## **Den Baum vor lauter Wald nicht sehen - oder umgekehrt?**

*Warum der Vorwurf des ‚gerichtlichen Aktivismus‘ gegen das Klimaurteil des  
Amtsgerichts Flensburg nicht trägt*





**D**as Amtsgericht Flensburg hatte jüngst über die Strafbarkeit eines Klimaaktivisten zu entscheiden, der ein fremdes Grundstück unbefugt betreten hatte, um dort die Rodung eines kleinen Waldstücks zu verhindern. Der Aktivist wurde vom Vorwurf des Hausfriedensbruchs freigesprochen, weil seine Tat dem Klimaschutz gedient habe und daher wegen Notstands (§ 34 StGB) gerechtfertigt sei. Dabei wurde der Klimaschutz als notstandsfähiges Rechtsgut und die Rettung eines Baumes als geeignete, erforderliche und angemessene Maßnahme zu dessen Schutz anerkannt.

Es war zu erwarten, dass diese Entscheidung zu rechtswissenschaftlichen Kontroversen führen würde. Ich möchte zu dieser Debatte keine weitere Urteilsbesprechung beitragen – das haben *Jana Wolf* und *Rouven Diekjobst* in diesem Band bereits ausführlich getan. Stattdessen werde ich das Urteil zum Anlass nehmen, einen Schritt zurücktreten und auf einige problematische Muster in der rechtswissenschaftlichen Diskussion zur Klimakrise aufmerksam machen. Hierbei werde ich mich zunächst mit der Frage auseinandersetzen, ob kleine Beiträge zum Klimaschutz rechtlich beachtlich sein sollten oder nicht. Sie lässt sich im vorliegenden Fall besonders gut an der Frage exemplifizieren, ob die Rettung einzelner Bäume eine geeignete Klimaschutzmaßnahme ist. Anschließend werde ich mich mit der grundlegenderen Frage auseinandersetzen, ob unkonventionelle Urteile illegitimer ‚richterlicher Aktivismus‘ oder ein legitimer Beitrag zur Rechtsfindung in der Demokratie sind.

## Die Rolle von Einzelentscheidungen und Individualverhalten für den Klimaschutz

Die Richterin am Amtsgericht hatte den Klimaaktivisten im vorliegenden Fall vom Vorwurf des Hausfriedensbruchs freigesprochen, weil die

Baumrettung dem Klimaschutz gedient hatte. Während die Anerkennung des Klimaschutzes als notstandsfähiges Rechtsgut auf keinerlei Widerspruch gestoßen ist<sup>1</sup>, wurde die Geeignetheit des Hausfriedensbruchs für diesen Zweck von *Rouven Diekjobst* verneint<sup>2</sup>: Einen einzelnen Baumes oder gar ein kleines Waldstück zu retten leiste allenfalls einen ganz geringfügigen Beitrag für den Klimaschutz. Dem ist faktisch durchaus zuzustimmen. Hinzu kommt, dass die Entscheidung – zu Ende gedacht – eine revolutionäre Ratio in sich birgt<sup>3</sup>: Wenn ein Hausfriedensbruch gerechtfertigt werden kann, weil dadurch ein kleines Waldstück gerettet wird, könnte künftig jeder noch so kleine Beitrag zum Klimaschutz Verstöße gegen geltendes Recht rechtfertigen.

Und doch überzeugt auch die gegenteilige Argumentation nicht – wenn man sie zu Ende denkt: Das macht *Rouven Diekjobst* mit seinem Vorwurf, die Richterin am Amtsgericht sehe den Baum vor lauter Wald nicht, unbeabsichtigt deutlich.<sup>4</sup> Der Vorwurf spielt natürlich darauf an, dass die Entscheidung vor lauter Sorge um die Klimakrise überschätzt, welchen Beitrag ein einzelner Baum zum Klimaschutz wirklich leisten kann. Doch wenn wir uns auf die ursprüngliche Rede-weise – „Den Wald vor lauter Bäumen nicht sehen“ – besinnen, fällt auf, dass die Position von *Rouven Diekjobst* sich eben dies vorwerfen lassen muss: Sie erkennt zwar, dass der einzelne Baum irrelevant für den Klimaschutz ist und zieht daraus die Konsequenz, dass er rechtlich irrelevant ist. Darüber gerät aber aus dem Blick, dass die *Summe* all der rechtlich irrelevanten Bäume eben doch ein Wald der Klimarelevanz ist.

Erkennt man einmal an, dass die Rettung eines Baums keinen (oder allenfalls einen rechtlich irrelevanten) Beitrag zum Klimaschutz leistet, dann wird man andererseits auch das Fällen eines einzelnen Baumes nicht als klimaschädlich bezeichnen können. Und wo wir dabei sind: Der individuelle Verzicht auf Fliegen oder Fleisch macht letzt-

lich doch auch keinen großen Unterschied für das Klima. So führt der Ansatz, der jedem einzelnen Baum rechtliche Relevanz abspricht – zu Ende gedacht – genau in die Situation, in der wir uns gesellschaftlich befinden: Volle Kraft voraus mit Kurs auf Klimakatastrophe und der inneren Gewissheit im Gepäck, dass man selbst ja nicht verantwortlich sei. Tatsächlich ist aber nicht *niemand*, sondern sind wir *alle* für die Klimakrise (mit-)verantwortlich. Und es leistet auch nicht *kein* Baum, sondern *jeder* Baum einen kleinen Beitrag zum Klimaschutz.<sup>5</sup> Dem sollte auch die rechtliche Beurteilung Rechnung tragen.<sup>6</sup>

Ich möchte nicht behaupten, dass sich aus meinen bisherigen Ausführungen ergibt, dass das Ergebnis des Amtsgerichts Flensburg ‚richtig‘ ist. Es geht mir vielmehr darum aufzuzeigen, dass die juristische Diskussion aktuell in einem Dilemma feststeckt: Zur Verfügung stehen bisher nur Ansätze, die kleinen Beiträgen zum Klimaschutz die rechtliche Relevanz absprechen oder solche, die die Relevanz der kleinen Beiträge deutlich überschätzen. Beide Ansätze gehen meines Erachtens an der tatsächlichen Situation vorbei und lassen vermuten, dass die korrekte rechtliche Beurteilung noch nicht gefunden wurde.

## Recht und Klimaschutz

Das bringt mich zu meiner zweiten Beobachtung, die das grundlegende Verständnis von Recht in der aktuellen Diskussion betrifft: In der Auseinandersetzung mit Klimaschutz-Urteilen wird häufig – oft implizit, teils explizit<sup>7</sup> – mit Kategorien der ‚richtigen‘ bzw. ‚falschen‘ Interpretation des Rechts argumentiert. Zwar spricht auch das Gesetz an entscheidender Stelle (§ 337 Abs. 2 StPO) von der ‚richtig[en]‘ Rechtsanwendung. Dennoch sollten wir der Vorstellung, es gebe eine objektive Wahrheit im Recht, die es nur zu finden gelte, skeptisch gegenüberstehen. Sie verkennt, wie groß der Interpretationsspielraum

ist, den die Gesetze den Rechtsanwender:innen – jedenfalls im Allgemeinen Teil des Strafrechts – belassen. Es erscheint mir daher treffender, in den Kategorien von ‚konventioneller‘ bzw. ‚unkonventioneller‘ Interpretation des Rechts zu denken. Auch sollte die herrschende Rechtsprechung nicht vorschnell mit der ‚richtigen‘ Rechtsinterpretation gleichgesetzt werden. Die (deutsche Straf-)Rechtsgeschichte hält viele Beispiele bereit, die zeigen, dass die aktuell herrschende Meinung nicht ‚richtig‘ oder ‚falsch‘, sondern eben nur das ist: aktuell herrschend. Das wohl deutlichste Beispiel hierfür ist die wechselvolle Geschichte des Gewaltbegriffs i.R.d. § 240 StGB.

Eine solche Perspektive führt zu einem grundlegend veränderten Blick auf die aktuelle Situation, in der verschiedene Gerichte unterschiedliche Urteile über Klimaaktivist:innen fällen. Für diejenigen, die die aktuell herrschende Rechtsauffassung für ‚objektiv‘ bzw. ‚richtig‘ halten, stellen sich die abweichenden Urteile als illegitimer ‚richterlicher Aktivismus‘ dar. Wer dagegen anerkennt, dass die herrschende Rechtsauffassung lediglich Ausdruck juristischer Konvention ist, der sieht juristisch innovative Urteile als mal mehr mal weniger gelungenen Beitrag zur (Fort-)Bildung dieser Konvention. Auch die Gegenüberstellung von ‚aktivistischer‘<sup>8</sup> und ‚nicht-aktivistischer‘ Rechtsanwendung lässt sich dann (jedenfalls als normative Unterscheidung) nicht mehr durchhalten. Denn nicht nur Hinterfragung, sondern auch Bestätigung der herrschenden Meinung trägt *aktiv* zur Konventions(fort)bildung bei.

Meines Erachtens stellen auseinandergelungene Urteile das Demokratieprinzip daher nicht in Frage, sondern beleben es. Die mal konventionellen, mal innovativen Urteile spiegeln die gesellschaftliche Debatte zum Klimaschutz und tragen so aktiv zur integrativen Kraft des Rechts bei. Der Vorwurf des ‚richterlichen Aktivismus‘ unterschätzt, wie sehr Recht von äußeren Einflüssen, insbesondere gesell-

schaftlichem Diskurs, geprägt ist. Wo die äußeren Umstände stabil sind, unterliegt auch das Recht kaum Wandel. Wo aber die gesellschaftliche Auseinandersetzung tobt, kann und wird auch das Recht – jedenfalls bis zur höchstrichterlichen Befriedung – regelmäßig nicht ruhig verharren.

Insoweit bietet sich ein Vergleich zwischen gesellschaftlicher und juristischer Meinungsbildung an: Dort wie hier bildet sich aus vielen verschiedenen Meinungen eine herrschende heraus; dort wie hier kann eine abweichende Ansicht nötig sein, um die Schwächen der bisher herrschenden Meinung offenzulegen. Rechtsfortbildung obliegt daher nicht nur den Höchstgerichten, sondern auch niedrigeren Gerichten. Sie bringen durch innovative Verständnisse von Recht erst den Instanzenzug ins Rollen, der eine höchstrichterliche ‚Anerkennung‘ des Rechtswandels ermöglicht. Diesen legitimen Vorgang verkennt die fälschliche Gegenüberstellung von ‚richtiger‘ und ‚aktivistischer‘ Rechtsanwendung.

Bemerkenswert ist vor diesem Hintergrund auch der Stil, in dem das vorliegende Urteil verfasst ist. Die erkennende Richterin widersteht der Versuchung, ihr Urteil als einzig ‚richtiges‘ Ergebnis zu präsentieren. Stattdessen erkennt sie ausdrücklich an, dass sich das Ergebnis nicht ohne Weiteres in die herrschende Lesart der ‚Geeignetheit‘ i.R.d. § 34 StGB fügt.<sup>9</sup> Es werden dann aber nicht von der Hand zu weisende Argumente angeführt, die für eine großzügigere Handhabung des Geeignetheitskriteriums im Kontext des Klimawandels sprechen. Auch im Rahmen der Erforderlichkeit, der Abwägung und der Angemessenheit setzt sich das Gericht ausdrücklich mit möglichen Einwänden auseinander und legt Gründe für die eigene Position dar. Gerade vor diesem Hintergrund sollte das Urteil nicht als illegitimer Aktivismus, sondern als gelungener Beitrag zum rechtswissenschaftlichen Diskurs verstanden werden. Es bleibt zu hoffen, dass die Folge-

instanz diesen Beitrag zum Anlass nehmen wird, sich intensiv mit dem Klimawandel und mit der Frage, wie er die bisherige Rechtsanwendung herausfordert, auseinandersetzen wird.

## Fazit

Der vorliegende Beitrag soll nicht als umfassende Besprechung oder gar Verteidigung der umstrittenen Entscheidung des Amtsgerichts Flensburg verstanden werden – das überlasse ich Kolleg:innen, die mehr von Strafrecht verstehen als ich<sup>10</sup>. Es ging mir lediglich darum, auf zwei problematische Muster in der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit progressiven Klimaurteilen hinzuweisen: Einerseits wird der Vorwurf des illegitimen ‚richterlichen Aktivismus‘ meines Erachtens allzu schnell erhoben. Die Geschichte des (deutschen Straf-)Rechts sollte uns lehren, nicht vorschnell mit der Kategorie der juristischen ‚Richtigkeit‘ umzuspringen und auch abweichende Entscheidungen als legitime Beiträge zum rechtswissenschaftlichen Diskurs zu sehen.

Ein solcher Diskurs ist nötig, weil unsere Rechtsordnung bislang nicht auf die Lösung komplexer Probleme wie das des Klimawandels ausgerichtet ist. Exemplarisch hierfür steht die rechtswissenschaftliche Diskussion um ‚kleine Beiträge zum Klimaschutz‘: Solange die Rechtsordnung lineare und monokausale Probleme behandelt, mag es ausreichen, Lösungsbeiträge entweder als ‚geeignet‘ oder ‚ungeeignet‘ einzustufen. Einem polyzentrischen, multikausalen und nicht-linearen Problem wie dem Klimawandel wird diese Dichotomie dagegen nicht gerecht. Zu suggerieren, einzelne Bäume seien irrelevant für den Klimawandel ist ebenso falsch wie zu behaupten, einzelne Bäume könnten ihn abwenden. Die Suche nach rechtlichen Antworten allein der Legislative aufzubürden, überschätzt meines Erachtens nicht nur



deren Kapazitäten, sondern lässt auch das Potential der Judikative ungenutzt.

Mir scheint, dass die optimale Lösung für den rechtlichen Umgang mit kleinen Beiträgen zum Klimaschutz noch nicht gefunden ist. Mein Eindruck ist aber, dass es bei der Suche nach dieser Lösung nicht *immer* hilfreich ist, jeden rechtlichen Ansatz ‚konsequent zu Ende zu denken‘. Nur weil jeder Baum einen Beitrag zum Klimaschutz leistet, heißt das nicht, dass nie wieder ein Baum fallen darf. Genauso aber gilt: Wer geringfügige Straftaten als durch den Klimaschutz gerechtfertigt ansieht, muss damit nicht automatisch die Axt an die Rechtsordnung legen. Am Ende ist Rechtswissenschaft schließlich mehr als zu fragen: „Wo kommen wir denn da hin?“<sup>11</sup>

## Nachweise

1. Vgl. Jana Wolf, Klimaschutz als rechtfertigender Notstand: Zum Freispruch von Klimaaktivist:innen durch das Amtsgericht Flensburg, Verfassungsblog, 14.11.2022, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/klimaschutz-als-rechtfertigender-notstand/>, zuletzt abgerufen am 12.08.2023.
2. Vgl. den Beitrag von Diekjobst in diesem Band.
3. So Anna-Katharina Mangold in ihrem Interview mit den NDR, ab Minute 10:03. Abrufbar unter <https://www.ndr.de/wellenord/Schleswig-Holstein-Schnack-mit-Juraprofessorin-Katharina-Mangold,shsnack452.html>, zuletzt abgerufen am 12.08.2023.
4. Vgl. Diekjobst, in diesem Band.
5. Aus theoretisch-logischer Sicht könnte man einwenden, dass zwar nicht jeder, aber eben alle Bäume rechtlich relevant sind. Das stimmt. Für die rechtliche Behandlung kann es meines Erachtens aber keinen Unterschied machen, weil die Summe aller Bäume weder als solche abgeholzt noch als solche geschützt werden kann. Wer den Wald schützen möchte, muss die Bäume schützen.
6. Letztlich hat ihn auch der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts aufgegriffen, als er im Frühjahr 2021 entschied, dass sein geringer Anteil an den globalen Emissionen Deutschland nicht von der Verantwortung für den Klimawandel befreit (BVerfGE 157, 141, Rn. 202).
7. Diekjobst, in diesem Band.
8. Diekjobst, in diesem Band.
9. Das Gericht „verkennt [...] nicht, dass in der strafrechtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum überwiegend die Auffassung vertreten wird, dass eine Tat jedenfalls in der Regel nicht als geeignet i.S.d.

§ 34 StGB zu qualifizieren ist, wenn sie die Chancen einer Gefahrenbeseitigung zwar messbar, aber nur geringfügig bzw. nur ganz unwesentlich erhöht”.

10. Etwa Wolf, (Fn. 1).

11. Diese Erkenntnis verlange ich, wenn ich mich richtig erinnere, Prof. Dr. Helmut Aust, der in einer der ersten Vorlesungen im Staatsrecht I die ‚drei Argumente der schlechten Rechtswissenschaft‘ vorstellte: 1. ‚Das haben wir schon immer so gemacht.‘ 2. ‚Da kann ja jeder kommen.‘ 3. ‚Wo kommen wir denn da hin?‘



---

**VERWALTUNGSRECHTLICHE UND  
VERGLEICHENDE PERSPEKTIVEN**



*Ralf Poscher, Maja Werner*

# Gewahrsam als letztes Mittel gegen die „Letzte Generation“?







**D**ie Proteste der Klimaschutzgruppe der „Letzten Generation“ sind momentan aufgrund ihrer gewählten Protestformen ein vieldiskutiertes Thema. Eine der umstrittenen Protestformen besteht darin, sich mit den Händen auf der Straße festzukleben.

In München wurden am 3. November 2022 die an einem Protest Beteiligten, die sich auf der Fahrbahn festgeklebt hatten, festgenommen und wegen Nötigung und Verstößen gegen das Versammlungsgesetz angezeigt. Nachdem sie ihre Protestaktion wiederholten, wurden sie in Gewahrsam genommen. Vor dem Ermittlungsrichter gaben sie an, ihre Aktionen fortsetzen zu wollen. Mehrere Ermittlungsrichter bestätigten die gegen insgesamt ein Dutzend Protestierende angeordnete Gewahrsamsdauer von 30 Tagen.

Auch wenn nicht alle Einzelheiten der Proteste und Ingewahrsamnahme bekannt sind und insofern bei der Bewertung des polizeilichen Vorgehens natürlich Zurückhaltung geboten ist, drängt sich hier die Rechtswidrigkeit der Maßnahmen auf. Zum einen stößt bereits die in Bayern gesetzlich vorgesehene Dauer des Gewahrsams von bis zu zwei Monaten auf verfassungs- und konventionsrechtliche Bedenken. Zum anderen spricht vieles dafür, dass auch die Voraussetzungen nicht vorliegen, die § 17 bayPAG für eine entsprechende Haftdauer verlangt.

## **Die umstrittene Rechtsgrundlage des bayerischen PAG für den Gewahrsam**

Mit der Novelle des bayerischen Polizeiaufgabengesetzes im Jahr 2017 wurden hinsichtlich des Gewahrsams neue Befugnistatbestände aufgenommen und die bis dahin geltende, absolute gesetzliche Obergrenze von 14 Tagen aufgehoben. Nach der Novelle von 2017 war auch ein unbegrenzter Präventivgewahrsam nicht mehr ausgeschlossen. Aufgrund der breiten öffentlichen Kritik an der Novelle wurde das Polizei-

aufgabengesetz 2021 erneut geändert und die Regelung des Gewahrsams wieder entschärft. Die Freiheitsentziehung darf nun nicht mehr als einen Monat betragen und kann nur für eine Dauer von insgesamt zwei Monaten verlängert werden. Unabhängig von einer richterlichen Entscheidung ist die festgehaltene Person zu entlassen, sobald der Grund für die Maßnahme weggefallen ist. Trotz der Reduzierung der Haftdauer bestehen gegen die Regelung auch weiterhin verfassungs- und konventionsrechtliche Bedenken.

## **Verfassungs- und Konventionswidrigkeit der Regelung des bayerischen PAG aufgrund der Gesamtdauer**

Insbesondere ist die zulässige Gesamtdauer, die über derjenigen der meisten anderen Bundesländer liegt, aus verfassungsrechtlicher und konventionsrechtlicher Sicht bedenklich. Ein präventiver Gewahrsam, der Monate dauert, kann – auch wenn er richterlich angeordnet wird – verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden. Der polizeiliche Gewahrsam fällt unter den verfassungsrechtlichen Begriff der Freiheitsentziehung gemäß Art. 104 Abs. 2 GG. Zwar folgt die Verfassungswidrigkeit eines einen oder mehrere Monate andauernden Gewahrsams nicht aus Art. 104 Abs. 2 S. 3 GG, der eine Höchstdauer von 48 Stunden für Freiheitsentziehungen vorsieht, die die Polizei „aus eigener Machtvollkommenheit“ anordnet. Ein längerfristiger präventiver Gewahrsam verstößt aber gegen das Grundrecht der Freiheit der Person i.V.m. dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.<sup>1</sup> Denn für keines der Schutzgüter des Gewahrsams ist erforderlich, dass sich dieser über mehr als wenige Tage erstreckt. Weder für die Beseitigung einer hilflosen Lage noch für die Durchsetzung von Maßnahmen wie einer Identitätsfeststellung oder eines Platzverweises sind mehr als wenige Tage erforderlich. Dies gilt auch für den Sicherheitsgewahrsam zur Unter-

bindung befürchteter Straftaten. Während eines mehrtätigen Gewahrsams ist es möglich, mildere Maßnahmen, wie etwa solche zur Aufenthaltsüberwachung oder Observation, bereitzustellen. Zudem lässt sich für den in der bayerischen Regelung vorgesehenen Zeitraum von 30 oder gar 60 Tagen keine solche zeitliche Nähe des befürchteten Schadenseintritts bejahen, dass die Freiheitsentziehung noch in angemessenem Verhältnis zu dem mit ihr bezweckten Ziel steht. Sollte sich nach dem Ende eines zeitlich angemessen beschränkten Gewahrsams herausstellen, dass die Betroffene erneut einen Entschluss zur Begehung einer Straftat fasst, kann allenfalls eine erneute Ingewahrsamnahme zulässig sein. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zwingt so dazu, die Voraussetzungen einschließlich der Erforderlichkeit, regelmäßig neu zu beurteilen. Dies wird durch die Möglichkeit eines ein- oder sogar zwei-monatigen Gewahrsams, wie sie das bayPAG vorsieht, unterlaufen.

Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte betont regelmäßig, dass die Dauer des Präventivgewahrsams in der Verhältnismäßigkeitsprüfung berücksichtigt werden muss. In seiner neueren Rechtsprechung hat er bereits bei einer Haftdauer von wenigen Stunden deren Verhältnismäßigkeit eingehend thematisiert.<sup>2</sup> Damit wird nochmals der enge zeitliche Rahmen betont, den der Gerichtshof dem Präventivgewahrsam zieht. Eine Haftdauer von mehreren Wochen oder gar Monaten wird diesen Rahmen kaum wahren können.

## **Wahrung der Anforderungen an die erforderliche Gefahr**

Das Vorgehen gegen die Protestierenden aus München ruft aber selbst dann rechtliche Bedenken hervor, wenn man die Regelung für verfassungs- und konventionskonform hielte. Als Grundlage für die Anordnung des 30-tägigen Gewahrsams gegen die Klimaaktivistinnen

kommen nur zwei Tatbestandsalternativen in Betracht: Nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 a) bayPAG kann eine Person in Gewahrsam genommen werden, wenn dies unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung oder einer Straftat zu verhindern, wobei sich die Annahme nach lit. a) insbesondere darauf stützen kann, dass die Person die Begehung der Tat ankündigt. Die Voraussetzung der unmittelbaren bevorstehenden Begehung verlangt eine besondere zeitliche Nähe der befürchteten Straftat oder Ordnungswidrigkeit. Bei der Ankündigung weiterer Protestaktionen für denselben Tag, die möglicherweise ebenfalls Straftatbestände erfüllen, könnte eine solche als gegeben angesehen werden. Von einer unmittelbar bevorstehenden Begehung kann aber keinesfalls für einen mehrtätigen oder gar mehrwöchigen Zeitraum ausgegangen werden.

Damit bleibt nur ein Rückgriff auf Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 bayPAG, der den polizeilichen Gewahrsam erlaubt, wenn dies zur Abwehr einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut unerlässlich ist. Die Vorschrift wurde durch das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen 2017 (GVBl. 2017 S. 388) als Reaktion auf die Bedrohungslage durch Personen aus dem terroristischen Spektrum eingefügt. Sie soll einen Präventivgewahrsam auch dann ermöglichen, wenn anzunehmen ist, dass von einer Person eine konkrete Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut ausgeht, weil zwar bestimmte gefährliche Handlungen prognostiziert werden können, aber noch unklar ist, welche Straftatbestände dadurch im Einzelnen erfüllt werden. Die Vorschrift verlangt das Vorliegen einer konkreten Gefahr und damit ein konkretes Wahrscheinlichkeitsurteil hinsichtlich eines konkreten Schadensereignisses.

Die in Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 bayPAG gesteigerten Anforderungen an die Bedeutung des Rechtsguts nehmen Einfluss auf den erforderlichen

Grad der Wahrscheinlichkeit. Er bestimmt sich nach der befürchteten Schadenshöhe und damit nach dem geschützten Rechtsgut. Bei den durch Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 bayPAG geschützten bedeutenden Rechtsgütern sind die Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsgrad daher grundsätzlich nicht zu überspannen.

Keinen Einfluss hat die Bedeutung des Rechtsguts hingegen auf die nach Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 bayPAG geforderte Konkretisierung des Schadensereignisses, die sich auch nach dem Willen des Gesetzgebers gerade von der drohenden Gefahr absetzen soll, bei der die Anforderungen an die Konkretisierung des Schadensereignisses abgesenkt werden. Das bayPAG hat die drohende Gefahr als Tatbestandsvoraussetzung mit der Novelle von 2017 für zahlreiche Maßnahmen eingeführt, aber gerade nicht für den Gewahrsam. Für den Präventivgewahrsam ist daher stets eine Prognose hinsichtlich eines konkretisierten Schadens erforderlich.

Die Konkretisierung des befürchteten Schadensereignisses kann in mehreren Dimensionen erfolgen. Es lassen sich sachliche, zeitliche und personelle Dimensionen unterscheiden, die jedenfalls ansatzweise konkretisiert sein müssen. In der sachlichen Dimension muss das Schadensereignis – im Unterschied zu Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 bayPAG – nicht bereits so konkretisiert sein, dass bereits feststeht, welche Straftaten befürchtet werden. Aber auch bei Nr. 3 muss die sachliche Dimension, also etwa die Protestform, jedenfalls soweit bestimmt sein, dass die konkret bedrohten bedeutenden Rechtsgüter benannt werden können. Der Aussage der Aktivistinnen allein, dass sie ihren Protest fortsetzen wollen, lässt ich indes nicht entnehmen, ob und welche bedeutenden Rechtsgüter gefährdet sind.

Anders als Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 bayPAG verlangt Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 bayPAG nicht, dass die Verwirklichung der Gefahr unmittelbar bevorsteht. Dies betrifft allerdings nicht die zeitliche Konkretisierung des

befürchteten Schadens, sondern dessen zeitliche Nähe. Befürchtete Ausschreitungen beim nächsten Heimspiel des FC Bayern München in zwei Wochen sind zeitlich auf den Tag genau konkretisiert, aber nicht unmittelbar bevorstehend. Die von den Behörden in den Münchener Klimaprotestfällen befürchteten Verletzungen nicht konkretisierter bedeutender Rechtsgüter sind hingegen weder unmittelbar bevorstehend – sonst käme keine 30-tägige Gewahrsamsdauer in Betracht –, noch sind sie – wie das Heimspiel – zeitlich konkretisiert. Vielmehr erweckt die pauschale Ausschöpfung der gesetzlichen Höchstdauer des Gewahrsams den Eindruck, dass die Behörde lediglich irgendwann Gefahren durch erneute Klimaproteste erwartet und diese durch einen möglichst langen Gewahrsam möglichst lange ausschließen möchte. Einzig in der personellen Dimension nimmt die Behörde eine Konkretisierung vor, allerdings auch insoweit nicht hinsichtlich potentieller Geschädigter, sondern lediglich im Hinblick auf die Aktivistinnen. Von ihnen nimmt die Behörde an, dass sie zu einem noch nicht konkretisierbaren Zeitpunkt noch nicht konkretisierbare, aber bedeutende Rechtsgüter gefährden werden. Die Konstellation, in der einzig die Person des Gefährders konkretisiert werden kann, ist hingegen genau die der drohenden Gefahr. Bei ihr hat das bayerische Polizeigesetz jedoch aus guten, verfassungsrechtlich hinterlegten Gründen gerade keine Gewahrsamsbefugnisse eingeräumt, hat doch das Bundesverfassungsgericht bei bloß drohenden Gefahren selbst in Fällen des internationalen Terrorismus lediglich Gefahrerforschungseingriffe für verhältnismäßig erachtet.<sup>5</sup>

Da es bereits an der konkreten Gefahr fehlt, kann auch dahinstehen, ob die gesteigerten Anforderungen an das Schutzgut erfüllt sind. Dass bedeutende Rechtsgüter gem. Art. 17 Abs. 1 Nr. 3 bayPAG betroffen sind, kann aber sicherlich nicht bei jeder Form des Protests angenommen werden.

## **Verhältnismäßigkeit eines 30-tägigen Gewahrsams**

Lägen die Tatbestandsvoraussetzungen vor, dann könnten durch einen Gewahrsam kurzfristig Proteste unterbunden und konkrete Gefahren abgewehrt werden, nötigenfalls auch durch mehrfache Inge-wahrsamnahme falls sich nach dem Abschluss der Maßnahme aus einem neuen konkreten Protestentschluss eine neue konkrete Gefahr ergeben sollte. Auch ist aber der in Art. 4 bayPAG niedergelegte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten, der in Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 und 3 bayPAG für den Gewahrsam mit dem Verweis auf dessen notwendige Unerlässlichkeit noch einmal betont wird. Danach muss die Inge-wahrsamnahme besonders auch erforderlich sein. Hingegen kommen eine ganze Reihe milderer Mittel in Betracht: Von der Gefährderansprache über die polizeiliche Beobachtung bis hin zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung. Dass solche Mittel gegenüber Klimaprotestierenden genauso effektiv wie ein Gewahrsam sind, lässt sich jedenfalls nicht pauschal verneinen. Ferner müssen die Anforderungen an die Angemessenheit gewahrt werden, die mit zunehmender Dauer des Gewahrsams steigen. Für einen Zeitraum von 30 Tagen kann die Angemessenheit ebenso wenig angenommen werden wie eine konkrete Gefahr.

### **Fazit**

Die pauschale Ausschöpfung der Höchstgrenze des Gewahrsams im Fall des Vorgehens gegen Aktivistinnen der Münchener Klimaproteste ist von der – ohnehin rechtlich bedenklichen – Rechtsgrundlage im bayerischen Polizeigesetz nicht gedeckt.

## **Nachweise**

1. BVerfGE 109, 190/220.
2. EGMR, Urteil vom 22.10.2018, S., V. u. A. ./ DEN, Nr. 35553/12 u. a., Rn. 161 ff.
3. BVerfGE 141, 220/272 f.



*Felix Hanschmann*

# Die „Letzte Generation“ in staatlichen Schulen?

*Eine schulrechtliche Betrachtung*





Die Aufregung in Medien und Politik war ebenso groß wie schnell verfliegen. Vertreter\*innen der „Letzten Generation vor den Kippunkten“, so wurde berichtet<sup>1</sup>, wollten an Schulen aktiv werden und Schüler\*innen für Aktionen mobilisieren. Zum Glück trafen sie damit aber auf den „klaren Widerstand“<sup>2</sup> der Kultusminister\*innen, die sich mutig der „Rekrutierung“ entgegenstellen. Die FDP-Landtagsfraktion in Baden-Württemberg plädiert für eine „deutlich härtere Gangart“ im Umgang mit „militanten Gruppierungen“ wie der Letzten Generation. Auch wenn es bislang keine einzige Anfrage der Letzten Generation gibt, müsse das Kultusministerium eine Handreichung erlassen damit Schulleitungen, Lehrkräfte und Schüler\*innen wissen, an wen sie sich wenden können, wenn es zu entsprechenden Aktionen in Schulen kommt.<sup>3</sup> In Hamburg forderte die CDU in der Bürgerschaft, dass den Schulen verboten wird, in irgendeiner Weise mit Aktivist\*innen der Letzten Generation zusammenzuarbeiten. „Antidemokratische Haltungen und die Rechtfertigung rechtswidriger Aktionen“, so die Bürgerschaftsabgeordnete und Fachsprecherin ihrer Fraktion im Schulausschuss Birgit Stöver, hätten in der Schule „keinen Platz“<sup>4</sup>.

Trotz der von einzelnen Behörden vorgenommenen Einstufung als kriminelle Vereinigung im Sinne des § 129 StGB und der Durchsuchung der Wohnungen von Mitgliedern der Gruppe mutet das schon aus strafrechtlicher Perspektive etwas schnell aus der politischen Pistole geschossen an.<sup>5</sup> Auch soweit es um die Blockade von Straßen geht, scheint die Sache nicht ganz so simpel. Bei der Nötigung gemäß § 240 StGB kämpfen sich Strafgerichte (unabhängig von der Tatsache, dass für solche Protestformen grundsätzlich der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit eröffnet ist)<sup>6</sup> daran ab, ob die Gewaltanwendung oder die Androhung eines Übels zu dem angestrebten Zweck „verwerflich“ und die zeitlich begrenzten Blockaden des Verkehrs da-

her rechtswidrig sind. Ein Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, der in § 113 StGB pönalisiert wird, ist nur dann tatbestandsmäßig, wenn man das – durch Speiseöl in wenigen Sekunden zu lösende – Festkleben an der Straße als Gewalt betrachtet und es entgegen dem Wortlaut der Strafnorm als unbeachtlich erachtet, dass das Festkleben nicht „bei“ sondern „vor“ der „Vornahme einer Diensthandlung“ erfolgt. Auf der Ebene der Rechtfertigung provozieren Verkehrsblockaden der Letzten Generation Probleme für die Festlegung der Grenzen des Notwehrrechts und des Notstands.<sup>7</sup> Aus schulrechtlicher Sicht stellt sich die Frage nach der Einbeziehung von Vertreter\*innen der Letzten Generation in die Bildungs- und Erziehungsarbeit an staatlichen Schulen nicht weniger komplex dar.

## **Klimaschutz als schulisches Bildungs- und Erziehungsziel**

In curricularer Hinsicht fällt bei einem Blick in die Verfassungen und Schulgesetze der Bundesländer zunächst auf, dass die Förderung der Verantwortungsübernahme für den Schutz und die Erhaltung von Umwelt und Natur auch im Interesse künftiger Generationen zu den expliziten Bildungs- und Erziehungszielen der Schulen gehört.<sup>8</sup> Bei aller semantischen Unbestimmtheit und Angewiesenheit auf pädagogisch-didaktische Umsetzung der Ziele für die schulische Praxis handelt es sich um rechtlich bindende Vorgaben.

Auf internationaler Ebene ist die Klimabildung bereits 1992 im Zusammenhang mit dem Abschluss der Klimarahmenkonvention der Vereinten Nationen als wichtiges Element des schulischen Unterrichts initiiert worden. Art. 6 a) i) der Konvention verpflichtet die Vertragsstaaten im Interesse der Erfüllung der in der Konvention eingegangenen Pflichten zur Bekämpfung des Klimawandels u.a. dazu, Bildungsprogramme, die sich mit Klimaänderungen und den dadurch beding-

ten Folgen befassen, zu entwickeln und durchzuführen. In das Pariser Übereinkommen wurde im Jahr 2015 mit Art. 12 ein weiterer klimabezogener Bildungsartikel aufgenommen. Danach arbeiten die „Vertragsparteien dabei zusammen, Maßnahmen zur Verbesserung der Bildung, der Ausbildung, des öffentlichen Bewusstseins, der Beteiligung der Öffentlichkeit und des öffentlichen Zugangs zu Informationen auf dem Gebiet der Klimaänderungen zu ergreifen, wobei sie die Bedeutung dieser Schritte für die Verstärkung der Maßnahmen aufgrund dieses Übereinkommens anerkennen.“ Von der Bundesrepublik Deutschland ratifizierte und in nationales Recht umgesetzte völkerrechtliche Vereinbarungen sehen danach die in der Schule stattfindende, professionell verantwortete, didaktisch angeleitete sowie systematisch erfolgende Aufklärung über Ursachen und Folgen des Klimawandels ebenso wie über die Instrumente zu dessen Bekämpfung als wesentlich zur Erreichung der Ziele internationaler Klimapolitik an.<sup>9</sup> In ihrem Koalitionsvertrag haben die Regierungsparteien SPD, Grüne und FDP vereinbart, „die Länder zu Gesprächen darüber ein[zul]aden, wie der Bund sie bei der Umsetzung der in der Klimarahmenkonvention verankerten Klimabildung am besten unterstützen kann“.<sup>10</sup>

## Öffnung der Schule für externe Akteur\*innen

Selbstverständlich kann man nun argumentieren, dass die auf nationaler wie internationaler Ebene normativ verankerte Klimabildung in den Schulen nicht unter Einbeziehung schulexterner Vertreter\*innen einer sozialen Bewegung erfolgen darf. Ausgeschlossen ist dies aber nicht. Die staatliche Schule öffnet sich sehr unterschiedlichen gesellschaftlichen Gruppierungen und Individuen. Auf verfassungsgesetzlicher Ebene ist dies in Art. 7 Abs. 3 Satz 2 GG explizit für (zum Teil auch nicht demokratisch organisierte) Religionsgemeinschaften vor-

gesehen, die in eigener Verantwortung – wenn auch unter der stark eingeschränkten Aufsicht des Staates und mit den in der sog. Bremer Klausel in Art. 141 GG normierten Ausnahmen – über die Lehrinhalte und Lehrmittel des in den meisten Bundesländern als ordentliches Lehrfach vorgesehene Religionsunterrichts bestimmen. Freilich lässt sich hier noch einwenden, dass kein\*e Schüler\*in zur Teilnahme am Religionsunterricht gezwungen werden kann, da nach Art. 7 Abs. 2 GG die Erziehungsberechtigten über die Teilnahme entscheiden. Das gilt aber nicht für alle anderen gesellschaftlichen Akteur\*innen, denen sich die Schule öffnet. Im Zuge der partiellen Autonomisierung der Schulen, die auch der größeren Responsivität der Schulen gegenüber ihrem je spezifischen Umfeld dienen soll, haben zahlreiche Bundesländer in ihren Schulgesetzen explizit die Öffnung der Schulen normiert und damit die Einbeziehung außerschulischer Einrichtungen (Vereine, Kirchengemeinden, Polizei, Träger der Kinder- und Jugendhilfe, Suchtberatungsstellen, kulturelle Institutionen, Betriebe oder auch Bürger\*inneninitiativen) oder Personen (Eltern, Nachbarn) in die Bildungs- und Erziehungsarbeit ermöglicht.<sup>11</sup> Auch Vertreter\*innen politischer Parteien dürfen in Schulen eingeladen werden. Manche Länder begrüßen es sogar ausdrücklich, wenn Abgeordnete, Bewerber\*innen um politische Mandate oder sonstige Vertreter\*innen von Parteien, Wähler\*innengemeinschaften und anderen politischen Organisationen in den Unterricht oder andere schulische Veranstaltungen einbezogen werden.<sup>12</sup> Werden diese externen, ganz unterschiedlichen gesellschaftlichen oder staatlichen Akteur\*innen in den Unterricht oder andere Schulveranstaltungen einbezogen, sind die Schüler\*innen anders als beim konfessionellen Religionsunterricht aufgrund der Schulpflicht zur Teilnahme verpflichtet. Selbst bei dem aus der Finanznot der Kommunen geborenen Schulsponsoring, dem sich die Schulen seit den 1990er Jahren bereitwillig geöffnet haben, sind

Einflussnahmen auf den Unterricht oder gar die Instrumentalisierung der zur Anwesenheit verpflichteten Schüler\*innen zu ökonomischen Zwecken privater Unternehmen nicht ausgeschlossen.<sup>13</sup>

## **Grenzen der Einflussnahme auf schulische Bildung und Erziehung**

Selbstverständlich begegnet die Einbeziehung schulexterner Akteur\*innen in die Bildungs- und Erziehungsarbeit der Schulen Grenzen. In der Schule wird Hoheitsgewalt ausgeübt. Entziehen können sich Kinder und Jugendliche nur unter Inkaufnahme von Sanktionen. Soweit eine Schulpflicht besteht, müssen sie es hinnehmen, dass der Staat auf ihre Persönlichkeitsentwicklung Einfluss nimmt. Insbesondere jüngere Schüler\*innen, bei denen das eigene Urteilsvermögen noch nicht so stark ausgeprägt ist, sind leichter zu beeinflussen und bedürfen deshalb des Schutzes durch qualifizierte Lehrkräfte. Zudem verleiht die Schule als staatliche Einrichtung den in ihr auftretenden Personen und den dort verbreiteten Inhalten eine besondere Autorität. Nicht zufällig ist die Erfüllung des in Art. 7 Abs. 1 GG normierten staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrages deshalb Angehörigen des öffentlichen Dienstes übertragen. Diese sind hierfür nicht nur entsprechend ausgebildet, sondern darüber hinaus besonderen rechtlichen Bindungen unterworfen. Unabhängig davon, ob sie verbeamtet sind oder nicht, müssen sie sich innerhalb und außerhalb ihres Dienstes zur freiheitlich demokratischen Grundordnung bekennen, ihre Aufgaben unparteilich und gerecht erfüllen und in Bezug auf politische Betätigungen mäßigen und zurückhalten (§§ 33 Abs. 1 und 33 Abs. 2 BeamStG). Gleichsam als Gegenstück zu der durch die Schulpflicht begründeten Anwesenheitspflicht der Kinder und Jugendlichen und dem damit einhergehenden Eingriff in das elterliche

Erziehungsrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG muss die Schule als Institution religiöse, weltanschauliche und parteipolitische Neutralität wahren und gleichzeitig offen sein für die in einer pluralistischen Gesellschaft vorhandenen unterschiedlichen Ideen, Meinungen und Perspektiven. Aus diesen Gründen steht der Schulunterricht unter den Geboten der Sachlichkeit und der Ausgewogenheit. Speziell bei der Einladung von Vertreter\*innen politischer Parteien bedeutet dies unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Chancengleichheit der Parteien (Art. 21 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG, § 5 Abs. 1 PartG) beispielsweise, dass zu einer in der Schule stattfindenden Podiumsdiskussion im Vorfeld einer Wahl nicht nur Vertreter\*innen von im Landtag bereits vertretenen Parteien eingeladen werden dürfen. Mit Rücksicht auf ihre jeweilige „Bedeutung“ (vgl. § 5 Abs. 1 Satz 2 und 3 PartG) müssen vielmehr auch solche Parteien berücksichtigt werden, die im Bundestag oder in den Parlamenten anderer Bundesländer vertreten sind oder denen nach Prognosen konkrete Aussichten darauf eingeräumt werden, neu in den Landtag einzuziehen.<sup>14</sup> Einseitige Beeinflussungen sind unzulässig. Sie stehen dem Erlernen der Kompetenz zur kritischen Einordnung und Reflexion von Informationen und damit einem der primären Ziele schulischer Bildung und Erziehung entgegen. Im so genannten Beutelsbacher Kompromiss wurde das bereits 1976 vor dem Hintergrund kontroverser bildungspolitischer Debatten in Westdeutschland von Erziehungswissenschaftler\*innen auf die drei Grundsätze des Überwältigungsverbots, des Kontroversitätsgebots und der Orientierung an den Lernenden konkretisiert.

Andererseits ist die Schule nicht zuletzt aufgrund der Schulpflicht, der Dauer der Schulzeit und der Möglichkeiten der Einwirkung auf junge Menschen mehr als andere Institutionen eine in der Gesellschaft stehende und von gesellschaftlichen Konflikten selbstverständlich nicht freie Einrichtung. Um ihre Schüler\*innen zu einem selb-



ständigen Leben in einer pluralistischen und demokratischen Gesellschaft zu befähigen, muss sie jungen Menschen beibringen, die Qualität und den Wahrheitsgehalt von Informationen bewerten, sich eine eigene Meinung bilden und an kontroversen Diskussionen teilnehmen zu können. In diesem Sinne ist die Schule nicht neutral und darf es nicht sein. Das gilt zum einen für die normbezogenen Grundlagen schulischer Bildung und Erziehung. Diese müssen sich orientieren am Grundgesetz, an den Bildungs- und Erziehungszielen in den Landesverfassungen und Schulgesetzen der Bundesländer sowie an internationalen Menschenrechten, weshalb die ebenso unmissverständliche wie deutlich wahrnehmbare Reaktion auf antisemitische oder rassistische Äußerungen zwingend zum Auftrag der Schule gehört. Es gilt aber zum anderen auch für die Lehrkräfte, die mit ihren subjektiven Ansichten nicht hinter dem Berg halten müssen und sich bei entsprechenden Äußerungen sogar positionieren sollen.<sup>15</sup> Denn ohne insoweit authentische Lehrpersonen können Schüler\*innen nicht lernen, wie man eigene Positionen und Überzeugungen einnimmt, zur Grundlage eigener Entscheidungen macht und notfalls auch gegen Widerstand vertritt.

## **Letzte Generation in den Schulen?**

Sich pauschal gegen die Einladung von Vertreter\*innen der „Letzten Generation“ auszusprechen verkennt gleichermaßen die Aufgaben von Schulen wie auch die rechtlichen Bedingungen für die Beteiligungsmöglichkeiten externer gesellschaftlicher Kräfte in der Schule. Entgegen der in vielen Medien und von einzelnen Politiker\*innen derzeit zu beobachtenden Diskreditierung der Vertreter\*innen der Letzten Generation als „Öko-Terroristen“, „Klima-Chaoten“ oder „Klima-RAF“ und ebenso nutzlosen wie erwartbaren Rufen nach härteren

Strafen bzw. einer Verschärfung des Strafrechts,<sup>16</sup> ist zunächst einmal zu konstatieren, dass die Gruppe bislang weder von Gerichten als kriminelle Vereinigung im Sinne des § 129 StGB noch von Verfassungsschutzbehörden als Verdachtsfall<sup>17</sup> eingestuft worden ist. Darüber hinaus deckt sich das Anliegen des Protestes der Letzten Generation nicht nur mit den schulischen Bildungs- und Erziehungszielen und folglich mit dem Auftrag der Schulen. Das Thema des Klimawandels und dessen Folgen, welches Vertreter\*innen der Letzten Generation – im Übrigen nicht nur durch Straßenblockaden – öffentlich, unter Einsatz des eigenen Körpers und unter Inkaufnahme strafrechtlicher Verurteilungen vertreten, findet auch Rückhalt in der Verfassung (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Art. 20a GG), in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>18</sup> sowie im internationalen Recht.<sup>19</sup> Darin liegt ein gravierender Unterschied zur Einladung beispielsweise von *Björn Höcke* oder anderer rassistisch und antisemitisch eingestellter Vertreter\*innen der Alternative für Deutschland. Anders mag es wiederum sein, wenn ein hochrangiger Vertreter dieser Partei zu einer Diskussion mit Schüler\*innen am „EU-Projekttag an Schulen“ eingeladen wird, auch wenn man nach Lesen des Parteiprogramms<sup>20</sup> starke Zweifel daran hat, ob den Schüler\*innen – wie es der Europatag vorsieht – dadurch die Europäische Union nähergebracht und für die europäische Integration geworben wird.<sup>21</sup>

Neben der Übereinstimmung mit den verfassungs- und einfachgesetzlich normierten Zielen und Aufgaben der Schulen ist aus rechtlicher Sicht vor allem die konkrete Gestaltung der Einbeziehung der Vertreter\*innen der Letzten Generation in die schulische Bildung und Erziehung entscheidend. Dabei sind es die Lehrkräfte, die Inhalt, Form und Durchführung des Unterrichts bzw. der Schulveranstaltung mit den externen Akteur\*innen, die in die Schularbeit einbezogen werden sollen, absprechen und im Unterricht vor- und nachbereiten müs-

sen. Das ist schon deshalb notwendig, da bei externen Akteur\*innen prima facie nicht davon auszugehen ist, dass sie über die fachlich-didaktischen Kompetenzen verfügen und über die rechtlichen Bindungen bezüglich des Unterrichts in einer Schule informiert sind. Selbstverständlich muss auch während der konkreten Durchführung des Unterrichts bzw. Schulveranstaltung, welche unter Beteiligung externer Akteur\*innen stattfinden, die Verantwortung immer bei einer Lehrkraft liegen. Das kann in Hinweispflichten resultieren, beispielsweise auf das schulgesetzlich normierte Verbot politischer Werbung in der Schule.<sup>22</sup> Wenn der zuvor abgesprochene Ablauf oder die vereinbarte Gestaltung der Unterrichtseinheit oder sonstigen Schulveranstaltung verlassen wird, kann es aber auch ein Einschreiten der Lehrkraft erfordern. Denn ebenso wie nicht die Lehrer\*innen selbst die Schüler\*innen unzulässig beeinflussen oder den Unterricht einseitig gestalten dürfen, müssen sie dafür Sorge tragen, dass dies nicht durch die in die schulische Bildung und Erziehung einbezogenen externen Akteur\*innen geschieht. Solange aber diese Voraussetzungen gegeben sind, müssen Schulleitungen und Lehrer\*innen aus rechtlichen Gründen nicht davor zurückschrecken, neben anderen externen Akteur\*innen auch Vertreter\*innen der Letzten Generation in die Schule einzuladen.

## Nachweise

1. Vgl. Welt Online, Letzte Generation will an Schulen aktiv werden, 08.04.2023, abrufbar unter [https://www.welt.de/newsticker/dpa\\_nt/infoline\\_nt/Politik\\_Inland\\_/article244708088/Letzte-Generation-wil-l-an-Schulen-aktiv-werden.html](https://www.welt.de/newsticker/dpa_nt/infoline_nt/Politik_Inland_/article244708088/Letzte-Generation-wil-l-an-Schulen-aktiv-werden.html), zuletzt abgerufen am 12.08.2023.
2. Tagesspiegel Online, „Letzte Generation“ plant Veranstaltungen an Schulen: Kultusminister wollen Rekrutierung verhindern, 12.04.2023, abrufbar unter <https://www.tagesspiegel.de/politik/letzte-generation-plant-veranstaltungen-an-schulen-kultusminister-wollen-rekrutierung-verhindern-9636977.html>, zuletzt abgerufen am 12.08.2023.
3. Badische Zeitung, FDP fordert „Schulverbot“ für Letzte Generation, 23.05.2023, abrufbar unter <https://www.badische-zeitung.de/fdp-fordert-schulverbot-fuer-letzte-generation--263179838.html>, zuletzt abgerufen am 12.08.2023.
4. NDR, Bürgerschaft streitet über „Letzte Generation“ an Schulen, 27.04.2023, abrufbar unter <https://www.ndr.de/nachrichten/hamburg/Buergerschaft-streitet-ueber-Letzte-Generation-an-Schulen,buergerschaft1114.html>, zuletzt abgerufen am 12.08.2023.
5. Vgl. hierzu einerseits die Beiträge von Akbarian, Wenglarczyk, Kubiciel, Höffler in diesem Band; andererseits die Beiträge von Gärditz, ebenfalls in diesem Band. Differenzierend: Thomas Fischer, Ist die „Letzte Generation“ eine kriminelle Vereinigung?, Legal Tribune Online, 22.05.2023, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/meinung/m/kriminelle-vereinigung-thomas-fischer-letzte-generation/>, zuletzt abgerufen am 12.08.2023.
6. Was das BVerfG in seiner vierten Sitzblockaden III-Entscheidung bejaht hat: BVerfGE 104, 92 (103 ff.). Ebenso: BVerfG, JZ 2011, S. 685

(687).

7. Vgl. hierzu das Kapitel von Wolf in diesem Band sowie Jana Wolf, Klimaschutz als rechtfertigender Notstand: Zum Freispruch von Klimaaktivist:innen durch das Amtsgericht Flensburg, Verfassungsblog, 12.08.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/klimaschutz-als-rechtfertigender-notstand/>, zuletzt abgerufen am 25.07.2023; siehe hierzu auch: Furtwängler, Die Klimakrise vor Gericht: zum Stand der Rechtsprechung in Verfahren gegen die Aktivist\*innen der Letzten Generation, Kritische Justiz 56 (2023), S. 132; Lund, Zur Strafbarkeit der Straßenblockaden von Klimaaktivisten, NStZ 2023, S. 198 (199). Zur "Blockade" von Autobahnen durch eine (angemeldete) Fahrraddemo: OVG Lüneburg, KlimR 2023, S. 156.
8. Z.B. Art. 131 Abs. 2 Verf BY, Art. 1 Abs. 1 Satz 3 BayEUG; § 1 Satz 2 SchulG BE; Art. 28 Verf BB, § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 13 BbgSchulG; § 5 Abs. 2 Nr. 4 BremSchulG; § 2 Abs. 1 Satz 2 und § 5 Abs. 3 Satz 2 HmbSG; § 2 Abs. 2 Nr. 8 HSchulG; Art. 15 Abs. 4 Verf MV, § 2 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 3 SchulG MV; § 2 Abs. 1 Satz 3 Spiegelstrich 6 NSchG; Art. 7 Abs. 2 Verf NW, § 2 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 und Abs. 4 Satz 2 SchulG NW; Art. 33 Verf. RP, § 1 Abs. 2 Satz 2 SchulG RP; Art. 30 SVerf, § 1 Abs. 2 Satz 2 SchoG; Art. 101 Verf SN, § 1 Abs. 3 Satz 2 SächsSchulG; Art. 27 Abs. 1 Verf ST, § 1 Abs. 2 Nr. 7 SchulG LSA; § 4 Abs. 4 Satz 5 SchulG SH; Art. 22 Abs. 1 Verf TH, § 2 Abs. 2 Satz 1 ThürSchulG.
9. Hierzu: Kolleck, Politische Bildung und Demokratie, Opladen und Toronto 2022, S. 145 ff.; Grundmann, Bildung für nachhaltige Entwicklung in Schulen verankern. Handlungsfelder, Strategien und Rahmenbedingungen der Schulentwicklung, Wiesbaden 2017.
10. Vgl. Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit. Koalitionsvertrag zwischen SPD, BÜNDNIS90/DIE

GRÜNEN und FDP, S. 58. Siehe hierzu aber auch die überaus ernüchternde Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der CDU/CSU-Fraktion im Bundestag: BT-Drs. 20/1220, S. 20 ff.

11. Z.B. Bayern (Art. 31 BayEUG), Berlin (§ 5 SchulG BE), Brandenburg (§ 9 Abs. 1 BbgSchulG), Bremen (§ 12 Abs. 1 BremSchulG), Hessen (§ 16 Abs. 1 HSchulG), Mecklenburg-Vorpommern (§ 40 SchulG MV), Nordrhein-Westfalen (§ 5 SchulG NW) oder Thüringen (§ 10 Abs. 4 ThürSchulG).
12. Explizit in Brandenburg in § 12 Abs. 3 der Verwaltungsvorschriften über die Organisation der inneren und äußeren Schulangelegenheiten (VV-Schulbetrieb – VVSchulB) vom 29. Juni 2010 (Abl. MBlS/10, [Nr. 6], S. 154, zul.g.d. Verwaltungsvorschrift vom 19. Oktober 2022 (Abl. MBlS/22, [Nr. 41], S. 440).
13. BGH, GRUR 2008, S. 183 (abrufbar unter <https://openjur.de/u/76375.html>, zuletzt abgerufen am 12.08.2023); LobbyControl (Hrsg.), Lobbyismus an Schulen, Köln 2017, abrufbar unter <https://www.lobbycontrol.de/lobbyismus-an-schulen/>, zuletzt abgerufen am 12.08.2023.
14. VGH Baden-Württemberg, VBIBW 2011, S. 227, abrufbar unter <https://openjur.de/u/353686.html>, zuletzt abgerufen am 12.08.2023.
15. Mit konkreten Äußerungsbeispielen: Wieland, Was man sagen darf: Mythos Neutralität in Schule und Unterricht. Abrufbar unter <https://www.bpb.de/themen/bildung/dossier-bildung/292674/was-man-sagen-darf-mythos-neutralitaet-in-schule-und-unterricht/>, zuletzt abgerufen am 12.08.2023.
16. Überzeugend dagegen: Fynn Wenglarczyk, Feindbild Klimaaktivismus: Über den Ruf nach (härteren) Strafe(n) für Klimaaktivist\*innen, Verfassungsblog, 10.11.2023, <https://verfassungsblog.de/feindbild-klimaaktivismus/>, zuletzt abgerufen am 12.08.2023; Katrin Höff-

- ler, „Klima-RAF“ herbeireden: Radikalisierung durch Labeling und Druck, in diesem Band.
17. Zur Terminologie und den damit verbundenen Ermittlungsmöglichkeiten: Hanschmann/Paskowski, Die Beobachtung von Parteien und Abgeordneten durch den Verfassungsschutz, Jura 2022, S. 1271.
  18. BVerfGE 157, 30-177, abrufbar unter [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/03/rs20210324\\_1bvr265618.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/03/rs20210324_1bvr265618.html)), zuletzt abgerufen am 12.08.2023.
  19. Treffend: Akbarian in diesem Band.
  20. Siehe vor allem Teil 2 („Europa und EURO“) im „Programm für Deutschland. Das Grundsatzprogramm der Alternative für Deutschland“, Berlin 2016, S. 15 ff.
  21. Zum Widerstand eines Teils der Schüler\*innenschaft gegen die Einladung des damals noch amtierenden Bundessprechers der AfD Jörg Meuthen in ein als „Europaschule“ und „Schule ohne Rassismus – Schule mit Courage“ firmierendes Gymnasium in Brandenburg an der Havel: DER SPIEGEL, Meuthen in Brandenburg: Kommt ein AfD-Chef in die Schule..., 09.05.2018, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/lebenundlernen/schule/joerg-meuthen-afd-besucht-eine-schule-in-brandenburg-und-alles-bleibt-friedlich-a-1206817.html>; Berliner Zeitung, Saldern-Gymnasium: Schulleiter verteidigt Auftritt von AfD-Chef Meuthen, 03.05.2018, abrufbar unter <https://www.berliner-zeitung.de/mensch-metropole/saldern-gymnasium-schulleiter-verteidigt-auftritt-von-afd-chef-meuthen-li.33495>, beide zuletzt abgerufen am 12.08.2023.
  22. Bspw. in § 47 Abs. 2 BbgSchulG, § 48 Abs. 5 SchulG BE, § 99 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 56 Satz 4 SchulG NW, § 56 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 ThürSchulG.





*Andreas Nitschke*

# **Blockierende Beamte?**

*Die „Letzte Generation“, das Beamtentum und der Klimaschutz*





„Als Polizistin bei der Letzten Generation“ – so betitelte ZEIT Online einen Bericht über eine Hauptkommissarin, die in ihrer Freizeit die „Letzte Generation“ unterstützt.<sup>1</sup> Der Fall sorgt für Aufsehen – und rückt eine Frage in den Mittelpunkt, die in der bisherigen Diskussion über die „Letzte Generation“ bislang keine Beachtung gefunden hat: Dürfen sich Beamt:innen für diese Bewegung engagieren?

Ähnlich wie bei der strafrechtlichen Bewertung zeigt sich auch aus beamtenrechtlicher Perspektive, dass der rechtliche Umgang mit der „Letzten Generation“ von zahlreichen Unsicherheiten geprägt ist. Insbesondere die strafrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen gegen die Bewegung dürften auch unter Beamt:innen Abschreckungs- und Einschüchterungswirkungen<sup>2</sup> entfalten. In Hinblick auf ein mögliches Engagement werden daher auch (und insbesondere) Beamt:innen aufgrund der von Kubiciel so bezeichneten „prohibitiven Wirkungen“<sup>3</sup>, also sogenannter „chilling effects“<sup>4</sup>, im Zweifel Vorsicht walten lassen. Für eine solche Vorsicht bestehen gute Gründe. Denn ob eine Unterstützung der „Letzten Generation“ mit beamtenrechtlichen Grundsätzen vereinbar ist, lässt sich wohl nur im Einzelfall beurteilen. Solange diese beamtenrechtlichen Unsicherheiten bestehen, ist es Beamt:innen jedenfalls zumutbar, ihr politisches Engagement auf Handlungen zu beschränken, die unzweifelhaft vom Grundgesetz gedeckt sind.

## Unsicherheitsfaktor 1: Dienstpflichtverletzung durch Aktionen?

Verunsichern dürfte die Beamtenschaft derzeit zunächst die Frage, ob sich Staatsdiener:innen an Aktionen für die „Letzte Generation“ beteiligen dürfen. Beamt:innen stehen zu ihrem Dienstherrn gemäß Art.

33 Abs. 4 GG in einem sogenannten öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis und haben vor diesem Hintergrund entsprechende Dienstpflichten zu erfüllen. Diese Pflichterfüllung könnte mit einem Engagement für die „Letzte Generation“ in Konflikt geraten.

Das ist zum einen deswegen denkbar, weil die Frage nach der Strafbarkeit der wohl häufigsten Aktion („Festkleben“ auf Straßen) in Teilen der Wissenschaft und Rechtsprechung zwar uneinheitlich beurteilt, aber dennoch mehrheitlich bejaht wird. Gerade im Rahmen der Nötigung gemäß § 240 StGB kommt es, worauf unter anderem Höffler<sup>5</sup> hinweist, vor allem auf die Umstände des Einzelfalls an<sup>6</sup>, insbesondere im Rahmen der Prüfung der Verwerflichkeit.<sup>7</sup> In Bezug auf den Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte nach § 113 StGB hat das LG Berlin Ausführungen zum Gewaltbegriff gemacht, die unter anderem von Heger<sup>8</sup> und Dießner<sup>9</sup> zur Diskussion gestellt werden.

In Hinblick auf eine mögliche Verletzung von Dienstpflichten könnte die Frage nach der Strafbarkeit eines Engagements für die „Letzte Generation“ allerdings weniger bedeutsam sein, als es zunächst den Anschein haben mag. Denn Verletzungen von Beamtenpflichten setzen nicht zwingend die Verwirklichung von Straftatbeständen voraus. So kann gegen die in diesem Zusammenhang relevante Dienstpflicht zur politischen Mäßigung (§ 60 Abs. 2 BBG / § 33 Abs. 2 BeamStG) verstoßen werden, ohne dass die relevante Handlung strafbar sein muss.

## Die politische Mäßigungspflicht

Diese Dienstpflicht verlangt von Beamt:innen, bei politischer Betätigung diejenige Mäßigung und Zurückhaltung<sup>10</sup> zu wahren, die sich aus ihrer Stellung gegenüber der Allgemeinheit und aus der Rücksicht auf die Pflichten ihres Amtes ergeben. Da Aktionen für die „Letzte Gene-

ration“ regelmäßig außerhalb des Dienstes, also im privaten Bereich, stattfinden dürften, ist ergänzend auf § 77 Abs. 1 S. 2 BBG / § 47 Abs. 1 S. 2 BeamStG hinzuweisen. Danach liegt eine Dienstpflichtverletzung bei außerdienstlicher Betätigung nur bei einer besonderen Vertrauensbeeinträchtigung vor. Der Hintergrund für diese Norm besteht in dem Gedanken, dass von Beamt:innen außerhalb des Dienstes „heutzutage kein wesentlich anderes Sozialverhalten“<sup>11</sup> mehr erwartet wird als von anderen Bürger:innen.<sup>12</sup>

In der Rechtsprechung des BVerwG ist in diesem Lichte anerkannt, dass ein politisch motiviertes Verhalten dann einen Verstoß gegen die politische Mäßigungspflicht darstellt, wenn es „einen Bezug zur dienstlichen Stellung und zu den dienstlichen Aufgaben“<sup>13</sup> aufweist. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass Beamt:innen Einschränkungen „für den Stil der politischen Betätigung und die Wortwahl politischer Meinungsäußerungen“<sup>14</sup> hinzunehmen haben. Erforderlich sind nach herrschender Meinung stets Sachlichkeit und Distanz in der Art und Weise der politischen Betätigung sowie das Unterlassen von (grundsätzlich erlaubter) Kritik an der Regierung, sofern diese in aggressiver, kämpferischer oder in Form der Agitation erfolgt.<sup>15</sup>

## **Differenzierung nach Beamtengruppen?**

Angesichts dieser abstrakten Ausführungen lassen sich einige grundsätzliche rechtliche Erkenntnisse bezüglich eines Engagements von Beamt:innen für die „Letzte Generation“ gewinnen.

Nehmen Beamt:innen an „Festklebeaktionen“ teil und verweisen dabei auf ihren Beamtenstatus, ihren Dienstposten und die damit verbundenen Rechts- und Verwaltungskennntnisse (nehmen also gewollt einen sogenannten „Amtsbonus“<sup>16</sup> für sich in Anspruch, um ihren Argumenten größere Beachtung zu verleihen<sup>17</sup>, wie es zurzeit in Bezug

auf den Uniformauftritt von Claudia Pechstein diskutiert wird), so wird im Regelfall ein Verstoß gegen die Mäßigungspflicht vorliegen. Denn durch ein solches Verhalten wird nicht nur die dienstliche Stellung mit der politischen Aktion verknüpft. Durch den Verweis auf (vermeintliche) Rechts- und Fachkenntnisse kombiniert mit der Teilnahme an den Aktionen wenden sich die Beamt:innen weitergehend öffentlich gegen die Staatsgewalt.

Es spricht viel dafür, nichts anderes für Polizist:innen anzunehmen – auch bei fehlendem Hinweis auf Statusamt und Dienstposten. Denn Polizist:innen haben einzelfallabhängig gegen die Aktionen der „Letzten Generation“ zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung einzuschreiten. Nehmen sie aber selbst an diesen Aktionen teil, setzen sie sich gerade in Widerspruch zu ihren dienstlichen Aufgaben, was für den erforderlichen Bezug zur dienstlichen Stellung spricht.

Bei anderen Beamt:innen erscheint die rechtliche Situation herausfordernder. Gerade in Bezug auf die bei außerdienstlichen Verhaltensweisen notwendige bedeutsame Vertrauensbeeinträchtigung zeigen sich aktuell gewisse Untiefen. Das Fernziel des Klimaschutzes (als Staatsziel in Art. 20a GG verankert<sup>18</sup>) in Verbindung mit der gebotenen engen Auslegung („in dubio pro libertate“)<sup>19</sup> der politischen Mäßigungspflicht mag als Indiz gegen eine Beeinträchtigung streiten. Andererseits könnte das Festkleben auf der Straße bereits als kämpferische Agitation gewertet werden, was für einen Verstoß gegen die Mäßigungspflicht spricht. Unterstrichen wird ein solches Verständnis durch die oben angesprochene Sichtweise des BVerwG, welches einen zurückhaltenden „Stil bei der politischen Betätigung“ fordert, der bei den Aktionen der „Letzten Generation“ in Zweifel stehen könnte.

Es wird, so unbefriedigend dies erscheinen mag, letztlich stets auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalles ankommen. In diesem Zu-

sammenhang kann auch die strafrechtliche Einordnung des Verhaltens bedeutsam werden. Denn im Rahmen der Frage, ob ein politisches Verhalten gegen die Mäßigungspflicht verstößt, ist auch dessen strafrechtliche Relevanz ein prägender Faktor.<sup>20</sup> Gerade diesbezüglich verbleibt es gegenwärtig aber bei den eingangs angesprochenen Unsicherheiten.

## **Unsicherheitsfaktor 2: Die Unterstützung durch Spenden**

Für den Fall, dass sich Beamt:innen nicht für die „Letzte Generation“ durch die eben erörterten äußerlich wahrnehmbaren Aktionen engagieren, sondern die Gruppierung lediglich durch Spenden unterstützen wollen, hängt zunächst alles davon ab, ob die „Letzte Generation“ als kriminelle Vereinigung gemäß § 129 StGB zu qualifizieren ist. Denn dann könnte auch schon die Unterstützung durch Spenden eine Straftat gemäß § 129 Abs. 1 S. 2 StGB darstellen.<sup>21</sup>

Ob dies der Fall ist, ist derzeit umstritten. Vereinzelt wird eine kriminelle Vereinigung bejaht<sup>22</sup>, stellenweise verneint<sup>23</sup>. Differenzierende Stimmen finden sich ebenfalls<sup>24</sup>. Angesichts dieses Meinungsstands lässt sich zumindest festhalten, dass momentan schwerlich von einer klaren Rechtslage gesprochen werden kann.

Die Verwirklichung eines außerdienstlich begangenen Straftatbestands ist nicht nur im Rahmen der politischen Mäßigungspflicht (deren Verletzung bei Spenden schwieriger zu bejahen sein dürfte als im Falle des oben angesprochenen Festklebens) bedeutsam, sondern auch bei der Prüfung der sogenannten Wohlverhaltenspflicht gemäß § 61 Abs. 1 S. 3 BBG / § 34 Abs. 1 S. 3 BeamtStG. Diese verpflichtet als Auffangtatbestand Beamt:innen auch außerdienstlich zu einem Handeln, das der Achtung und dem Vertrauen des Beamtenberufs gerecht werden muss. Die Verwirklichung von Straftatbeständen, die sich gegen

die öffentliche Sicherheit und Ordnung richten, kann diesbezüglich bedeutsam werden.

### **Unsicherheitsfaktor 3: Die Mitgliedschaft und das rein interne Engagement**

In Bezug auf die Mitgliedschaft von Beamt:innen in der „Letzten Generation“ stellt sich die Frage, inwiefern hierin ein Verstoß gegen die sogenannte Verfassungstreuepflicht gemäß § 60 Abs. 1 S. 3 BBG / § 33 Abs. 1 S. 3 BeamtStG liegen könnte. Danach müssen sich Beamt:innen durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für ihre Erhaltung eintreten.

Ob die Mitgliedschaft in einer Vereinigung einen Verstoß gegen die Verfassungstreuepflicht darstellt, ist abhängig von ihrer Einstufung durch den Verfassungsschutz (auch wenn dieser Einstufung keine unmittelbare Bindungswirkung in Bezug auf andere Behörden oder gar Gerichte zukommt, die eigenständig entscheiden, sich in der Vergangenheit aber oftmals an der Einschätzung des Verfassungsschutzes orientiert haben) beziehungsweise durch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG). Diesbezüglich gilt vereinfacht zusammengefasst das Folgende: Die Mitgliedschaft in einer vom BVerfG verbotenen oder (wie im Fall der NPD) jedenfalls als verfassungswidrig eingestuften Partei stellt nach herrschender Ansicht einen Verstoß gegen die Verfassungstreuepflicht dar. Wird die Vereinigung behördlicherseits als erwiesen extremistische Vereinigung klassifiziert (also als verfassungsfeindlich), ohne dass sich das BVerfG zur Verfassungswidrigkeit geäußert hat, so begründet dies nach herrschender Auffassung zwar keinen unmittelbaren Verfassungstreuepflichtverstoß, kann einen solchen aber indizieren. Unterhalb dieser Schwelle wird zwischen



dem Verdachtsfall (der auf hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkten beruhende konkrete Verdacht in Bezug auf die Verfassungsfeindlichkeit der Vereinigung) und dem Prüffall (hier bestehen lediglich Informationssplitter, die dazu führen, dass der Verfassungsschutz die Vereinigung aufgrund eines indiziengestützten Anlasses<sup>25</sup> genauer in den Blick nimmt) differenziert. Die reine Mitgliedschaft in einer Vereinigung, die als Prüf- oder Verdachtsfall eingestuft wird, stellt keinen Verstoß gegen die Verfassungstreuepflicht dar, kann aber nach herrschender Auffassung Anlass für weitergehende Untersuchungen sein.<sup>26</sup>

Entscheidend ist damit die Einordnung der „Letzten Generation“. Aktuell wird die Gruppierung vom Verfassungsschutz als Prüffall eingestuft<sup>27</sup>, was seitens der Literatur, soweit ersichtlich, mehrheitlich befürwortet wird.<sup>28</sup> Gegenwärtig stehen zwar Straftaten in Rede, diese dürften aber momentan noch nicht den konkreten Verdacht einer verfassungsfeindlichen Grundeinstellung der „Letzten Generation“ rechtfertigen. An dieser Einstufung ändern auch vereinzelte Forderungen aus der Politik nichts, die Gruppe als Verdachtsfall zu behandeln.<sup>29</sup>

Das bedeutet, dass Lebenszeitverbeamtete allein durch die Mitgliedschaft derzeit nicht gegen die Verfassungstreuepflicht verstoßen dürften. Allerdings könnte die Mitgliedschaft einerseits Anlass sein, die Verfassungstreue dieser Beamt:innen ggf. „eigens zu prüfen“<sup>30</sup>. Ferner ist die Unsicherheit in Bezug auf die Verwirklichung des § 129 Abs. 1 S. 1, 2. Var. StGB und damit auch bezüglich der Wohlverhaltenspflicht zu beachten.

Auch für den Fall, dass die „Letzte Generation“ nicht als kriminelle Vereinigung eingestuft werden sollte, ergeben sich gewisse Unsicherheiten für Lebenszeitbeamt:innen in Bezug auf die Mitgliedschaft oder ein rein internes Engagement ferner vor dem Hintergrund der außer-

dienstlichen Wohlverhaltenspflicht. Zwar dürfte die bei außerdienstlicher Betätigung für ein Dienstvergehen erforderliche besondere Vertrauensbeeinträchtigung bei bloß passiver Mitgliedschaft oder einem rein internen Engagement geringer sein, als dies bei äußerlich wahrnehmbaren aktiven Aktionen der Fall wäre. Einzelfallabhängig könnte aber auch in diesen Konstellationen ein Bezug zur dienstlichen Stellung vorliegen. Hierbei kommt es auf das konkrete interne Verhalten des verbeamteten Mitglieds und die dadurch geförderten äußerlich wahrnehmbaren Auswirkungen an, also wieder auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls.

Noch weitergehender sind die möglichen Folgen für Anwärter:innen oder potentielle Bewerber:innen für den Staatsdienst. In diesem (Vor-)Stadium des Dienstverhältnisses genügen nach heute ganz herrschender Meinung<sup>31</sup> bereits berechtigte Zweifel an der Verfassungstreue, um eine Entlassung oder eine Nichternennung zu rechtfertigen. Solche Zweifel können einzelfallabhängig durch die Mitgliedschaft in einer als Prüf- oder Verdachtsfall eingestuft und entsprechend beobachteten Vereinigung hervorgerufen werden<sup>32</sup>

## Zusammenfassung und Ausblick

Die juristischen Unsicherheiten in Bezug auf die „Letzte Generation“ betreffen nicht nur das Strafrecht, sondern wirken auch im Beamtenrecht. Damit spricht viel für einen „chilling effect“ dahingehend, dass Beamt:innen oder Bewerber:innen von jeglichem Engagement für diese Gruppierung aus beruflichen „Sicherheitsgründen“ absehen könnten.

Trotz des Satzes des BVerfG, wonach die Allgemeinheit kein Interesse an einer unkritischen Beamtenschaft haben könne<sup>33</sup>, erscheint ein solcher „chilling effect“ aber als hinnehmbar. Denn jedermann,

auch die Beamtenschaft, kann in Deutschland politische Anliegen mit den vom Grundgesetz dafür vorgesehenen Möglichkeiten vorbringen.

Das Risiko nachteiliger rechtlicher Konsequenzen, das jede Aktivität im juristischen Grenzbereich<sup>34</sup> stets birgt, muss entweder in Kauf genommen oder es muss von dieser Aktivität abgesehen werden. Damit wird die Beamtenschaft in Sachen Klimapolitik nicht „mundtot“ gemacht. Vielmehr ist sie auf die mit den Dienstpflichten harmonisierenden Optionen zu verweisen. Die „Letzte Generation“ hat mit ihrer Interpretation des „zivilen Ungehorsams“<sup>35</sup> jedenfalls eines ihrer Ziele erreicht: mediale Aufmerksamkeit zu erregen. Darauf aufbauend könnten Beamt:innen sich im Rahmen des Grundgesetzes und der Dienstpflichten für den Klimaschutz engagieren, um auf diese Weise, wie in einer Demokratie bei jedem gesellschaftlichen Konflikt geboten, für politische Mehrheiten zu werben<sup>36</sup>

## Nachweise

1. Vgl. ZEIT Online, Als Polizistin bei der Letzten Generation, 20.06.2023, abrufbar unter <https://www.zeit.de/gesellschaft/2023-06/letzte-generation-aktivismus-beitritt-polizistin>, zuletzt abgerufen am 11.08.2023.
2. Vgl. hierzu das Kapitel von Fynn Wenglarczyk in diesem Buch, Wie man eine kriminelle Vereinigung macht: Zu den Razzien gegen Mitglieder von „Letzte Generation“.
3. Vgl. hierzu das Kapitel von Michael Kubiciel in diesem Band
4. Vgl. hierzu Fin-Jasper Langmack und Anna-Mira Brandau in diesem Band.
5. Katrin Höffler, „Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat“, Verfassungsblog, 25.05.2023, <https://verfassungsblog.de/ziviler-ungehorsam-testfall-fur-den-demokratischen-rechtsstaat/>, zuletzt abgerufen am 21.07.2023.
6. Vgl. hierzu etwa Erik Peter, Berliner Justiz gegen Letzte Generation: Im Schnellverfahren, taz, 15.06.2023, abrufbar unter <https://taz.de/Berliner-Justiz-gegen-Letzte-Generation/!5937673/>, zuletzt abgerufen am 10.08.2023.
7. LG Berlin, Beschluss vom 31.05.2023 - 502 Qs 138/22, abrufbar unter <https://openjur.de/u/2470820.html>, zuletzt abgerufen am 10.08.2023.
8. Vgl. Martin Heger, Zum Gewalt-Begriff von § 113 StGB: Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte bei Straßenblockaden der „Letzten Generation“, Verfassungsblog, 15.06.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/zum-gewalt-begriff-von-§-113-stgb/>, zuletzt abgerufen am 10.08.2023.

9. Annika Dießner, Klebstoff als Lösungsmittel: Erstaunliches aus Moabit, Verfassungsblog, 16.06.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/klebstoff-als-losungsmittel/>, zuletzt abgerufen am 10.08.2023.
10. Vgl. hierzu etwa Josef Franz Lindner, Zur Parteimitgliedschaft von Beamten: Eine alte Diskussion in neuem Gewande, Verfassungsblog, 15.02.2019, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/zur-partemitgliedschaft-von-beamten/>, zuletzt abgerufen am 10.08.2023.
11. BVerwG, Urteil vom 27.06.2013 - 2 A 2.12 -.
12. Grundlegend dazu Herrmann/Sandkuhl, Beamtendisziplinarrecht/Beamtenstrafrecht, 2. Aufl. 2021, § 4, Rn. 86 ff.
13. BVerwG, Beschluss vom 16.07.2012 - 2 B 16.12 -
14. BVerwG, Beschluss vom 16.07.2012 - 2 B 16.12 -.
15. Grundlegend dazu Baßlsperger, PersV 2019, S. 204 ff. m.w.N.; Masuch, NVwZ 2021, S. 521 ff m.w.N.
16. DG für Richter bei dem Landgericht Stuttgart, Urteil vom 13.08.2018 - RDG 1/17.
17. Vgl. Dienstgerichtshof für Richter beim Oberlandesgericht Stuttgart, 18.03.2021, DGH 2/19, abrufbar unter <https://www.landesrecht-bw.de/bsbw/document/JURE210012543>, zuletzt abgerufen am 10.08.2023.
18. Vgl. Isa Bilgen, Freiheit und Nachhaltigkeit im Verfassungswandel, Verfassungsblog, 17.06.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/freiheit-und-nachhaltigkeit-im-verfassungswandel/>, zuletzt abgerufen am 10.08.2023.
19. Baßlsperger, PersV 2019, S. 204 (212 m.w.N.); vgl. auch Herrmann/Sandkuhl, Beamtendisziplinarrecht/Beamtenstrafrecht, 2. Aufl. 2021, § 10, Rn. 914 m.w.N.

20. Dazu Masuch, NVwZ 2021, S. 521 (524), mit Verweis auf BVerfGE 25, 44 ff.
21. Vgl. dazu Wenglarczyk in diesem Band.
22. Vgl. hierzu die Beiträge von Gärditz in diesem Band sowie Thomas Fischer, Ist die „Letzte Generation“ eine kriminelle Vereinigung?, Legal Tribune Online, 22.05.2023, <https://www.lto.de/recht/meinung/m/kriminelle-vereinigung-thomas-fischer-letzte-generation/>, zuletzt abgerufen am 21.07.2023.
23. Dazu beispielsweise Langmack/Brandau unter Betonung der Relevanz der EMRK in diesem Band.
24. Vgl. Kubiciel in diesem Band sowie Koch, ebenfalls in diesem Band, der § 129 StGB in der aktuellen Fassung sogar für verfassungswidrig hält.
25. Vgl. Klaus Ferdinand Gärditz, Die Alternative für Deutschland und der Verfassungsschutz, Verfassungsblog, 17.01.2019, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/die-alternative-fuer-deutschland-und-der-verfassungsschutz/>, zuletzt abgerufen am 11.08.2023.
26. Einführend dazu Josef Franz Lindner, Zur Parteimitgliedschaft von Beamten: Eine alte Diskussion in neuem Gewande, Verfassungsblog, 15.02.2019, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/zur-partemitgliedschaft-von-beamten/>, zuletzt abgerufen am 10.08.2023. Vgl. ferner Hanschmann/Paskowski, Jura 2022, S. 1271 ff. m.w.N.; Schneider, DÖV 2022, S. 372 ff. m.w.N.; Nitschke, ZBR 2022, S. 361 ff. m.w.N.
27. Vgl. nur ZDF Heute, Laut Verfassungsschutz: „Letzte Generation“ nicht extremistisch, 15.03.2023, abrufbar unter <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/letzte-generation-verfassungsschutz-extremistisch-100.html>, zuletzt abgerufen am 11.08.2023.

28. Vgl. nur Klaus Ferdinand Gärditz in diesem Band, Organisierte „Klimakleber“ als kriminelle Vereinigung?, für den die Verfassungsfeindlichkeit derzeit nicht naheliegt.
29. Vgl. tagesschau, Union will „Letzte Generation“ beobachten lassen, 26.05.2023, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/inland/union-beobachtung-letzte-generation-100.html>, zuletzt abgerufen am 11.08.2023.
30. Josef Franz Lindner, Zur Parteimitgliedschaft von Beamten: Eine alte Diskussion in neuem Gewande, Verfassungsblog, 15.02.2019, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/zur-parteimitgliedschaft-von-beamten/>, zuletzt abgerufen am 10.08.2023
31. BVerfG, Beschluss vom 22.05.1975 - 2 BvL 13/73.
32. Vgl. etwa das Kurzzutachten von Dietrich Murswiek im Auftrag der AfD, Welche Folgen hat die Beobachtung einer politischen Partei durch den Verfassungsschutz für Beamte und Angestellte im öffentlichen Dienst?, November 2018; siehe daneben auch Baßlsperger, PersV 2019, S. 204 ff. m.w.N.; Nitschke, ZBR 2022, S. 361 ff. m.w.N.
33. BVerfG, Beschluss vom 22.05.1975 - 2 BvL 13/73, abrufbar unter <http://openjur.de/u/174502.html>, zuletzt abgerufen am 11.08.2023.
34. Katrin Höffler, „Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat“, Verfassungsblog, 25.05.2023, <https://verfassungsblog.de/ziviler-ungehorsam-testfall-fur-den-demokratischen-rechtsstaat/>, zuletzt abgerufen am 21.07.2023.
35. Vgl. hierzu auch das Kapitel von Samira Akbarian in diesem Band.
36. Vgl. Klaus Ferdinand Gärditz in diesem Band, Aus der Mottenkiste politischer Theorie: Ziviler Ungehorsam als Lizenz zur Straftat?





*Andreas Gutmann, Tore Vetter*

# **Wir können alles. Außer Versammlungsfreiheit.**

*Zum Stuttgarter Verbot von Blockadeaktionen der Klimabewegung*





**D**ie Versammlungsfreiheit gerät unter Druck. Immer öfter versuchen staatliche Behörden in verblüffender Verkennung verfassungsrechtlicher Prinzipien dieses Grundrecht zu entkernen. Dabei wird die Versammlungsfreiheit – vom Bundesverfassungsgericht zusammen mit der Meinungsfreiheit einmal als „eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt“ geadelt<sup>1</sup> –, herabgestuft. Sie verkommt so zu einer vornehmeren Freizeitbeschäftigung, dem „Reiten im Walde“ für Aktivist\*innen, die im Zweifel zu weichen hat: vor Bergbau, Autos oder dem Grundrecht, pünktlich zur Arbeit zu kommen.

Der neueste Akt dieser Entwicklung stammt aus Baden-Württemberg. Per Allgemeinverfügung vom 7.7.2023 verbietet die Stadt Stuttgart bis zum Ende des Jahres Blockadeaktionen der Klimabewegung, bei denen sich Aktivist\*innen auf die Straße kleben oder anderweitig mit der Straße oder anderen Personen verbinden.<sup>2</sup> Was zunächst als lokale Randnotiz erscheinen mag, erweist sich beim näheren Blick als Lehrstück eines sowohl zweck-, als auch rechtswidrigen Umgangs des Staates mit Klimaprotesten.

Denn das schwäbische Versammlungsverbot wird nicht nur absehbar seine Wirkung verfehlen. Es verkennet zudem den Gehalt der Versammlungsfreiheit nach Art 8 Abs. 1 GG in fundamentaler Weise und reiht sich damit in eine besorgniserregende Tendenz der jüngeren Vergangenheit ein, Versammlungen weitgehend dem exekutiven Gutdünken zu unterstellen, anstatt sie vor ihm zu schützen.<sup>3</sup>

## **Anleitung zur Eskalation statt Gefahrenabwehr**

Zunächst ist unklar, was die Versammlungsbehörde der Schwabenmetropole mit dem Versammlungsverbot tatsächlich erreichen will.

Da die Letzte Generation mit ihren Protestformen gezielt und bewusst Gesetzesverstöße bis hin zur Strafbarkeit in Kauf nimmt, ist

gerade nicht zu erwarten, dass sie ein versammlungsrechtliches Verbot von weiteren Straßenblockaden abhalten wird. Nach der Pressemitteilung der Stadt Stuttgart soll das Verbot ermöglichen, „schneller einzugreifen und die Straßenblockaden zügiger auch unter Einsatz von unmittelbarem Zwang aufzulösen.“<sup>4</sup> Dies soll eine vorheilige Auflösung der Versammlung nach § 15 Abs. 3 VersG entbehrllich machen. Eine Auflösungsverfügung ergeht allerdings regelmäßig als mündlicher Verwaltungsakt und bedarf daher nur einer kurzen Begründung.<sup>5</sup> Dies dürfte selbst im landesväterlichen Sprachduktus Winfried Kretschmanns nur wenige Sekunden benötigen. Die Stuttgarter Polizei spricht davon, dass die Auflösung von Straßenblockaden regelmäßig lange dauere, da eine dreimalige Aufforderung an die Teilnehmenden ergehen müsse.<sup>6</sup> An das dreimalige Aussprechen einer bestimmten Wortfolge sind zwar in Märchen und Sagen häufig besondere Folgen geknüpft – dem Versammlungsrecht sind solche selbstzweckhaften Formeln allerdings fremd. Erforderlich ist, dass die Auflösung einer Versammlung laut und deutlich in einer Weise bekanntgegeben wird, dass sie alle Teilnehmenden vernehmen können.<sup>7</sup> Dies kann bei großen und unübersichtlichen Versammlungen durchaus erfordern, dass die Aufforderung mehr als dreimal wiederholt wird. Bei einer Handvoll Demonstrierender, mit denen unmittelbar verbal kommuniziert werden kann, ist dieser Zweck möglicherweise bereits nach der ersten Ansprache erreicht. Nach der Bekanntgabe ist den Versammlungsteilnehmer\*innen ein angemessener Zeitraum zu geben, um sich zu entfernen, was in der Regel einige Minuten in Anspruch nehmen dürfte.

Wenn die Stuttgarter Polizei aber meint, im Anwendungsbereich der Allgemeinverfügung direkt und ohne jegliche Ansprache unmittelbaren Zwang gegen Straßenblockierer\*innen anwenden zu können, so ist das jedenfalls in dieser Pauschalität unzutreffend. Nach § 66 Abs.

2 PolG BW ist unmittelbarer Zwang „soweit es die Umstände zulassen, vor seiner Anwendung anzudrohen.“ Ob diese Androhung zulässigerweise mit dem zu vollstreckenden Grundverwaltungsakt verbunden werden kann, wie es die Versammlungsbehörde in Ziff. 3 der Allgemeinverfügung tut, ist äußerst fraglich. So verweist § 66 Abs. 4 PolG BW zwar für die Anwendung des unmittelbaren Zwanges auf verschiedene Vorschriften des Landesverwaltungsvollstreckungsgesetzes. § 20 Abs. 2 LVwVG, der die Verbindung der Zwangsmittelandrohung mit dem Grundverwaltungsakt erlaubt, ist von dieser Verweisung jedoch nicht umfasst. Auch unter Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit dürfte es regelmäßig geboten sein, die Anwendung unmittelbaren Zwanges anzukündigen.

Bereits der „Zeitgewinn“ durch ein allgemeines Verbot ist also zu vernachlässigen.

## **Ist das Versammlung oder kann das weg?**

„Und nun?“, mögen Leser\*innen vielleicht entgegnen: Soll man die Klimaaktivist\*innen also gewähren lassen? Weil sie ohnehin weitermachen? Weil Blockaden immer noch nachträglich aufgelöst und geräumt werden können? Im Zweifel: Ja, genau das.

Zwar wollen einige Stimmen der Literatur Sitzblockaden teilweise per se aus dem Schutzbereich der Versammlungsfreiheit ausnehmen, da Art. 8 GG nicht die Instrumentalisierung Dritter durch deren absichtliche Behinderung schütze.<sup>8</sup> Nach dieser Ansicht wäre die Stuttgarter Allgemeinverfügung aber bereits schlicht wirkungslos. Handelte es sich bei den Blockaden nicht um grundgesetzlich geschützte Versammlungen, wären sie unabhängig von einer möglichen Strafbarkeit nach § 240 StGB aus straßen- bzw. straßenverkehrsrechtlichen Gründen unzulässig. Ein zusätzliches Verbot ginge daher ins Leere.

Die ganz überwiegende Meinung und auch das BVerfG nimmt hingegen Sitzblockaden nicht generell aus dem Schutzbereich des Art. 8 GG aus – im Gegenteil. Schon in seiner Sitzblockaden-III-Entscheidung bejahte das BVerfG 2001 den Versammlungscharakter von Blockaden (damals der Wiederaufarbeitungsanlage Wackersdorf).<sup>9</sup> Eine damals bzgl. des Beschwerdeführers im verbundenen Verfahren als Versammlung abgelehnte „selbsthilfeähnliche Durchsetzung eigener Forderungen“ (der Beschwerdeführer hatte mit anderen Personen einen Grenzübergang zur Schweiz blockiert, um – so das BVerfG damals – die Einreise in die Schweiz zu erzwingen) ist im Fall der Klimaaktivist\*innen zudem erkennbar nicht gegeben, sind ihre Blockaden doch im klassischsten Sinne „politisch“ an staatliche Institutionen adressiert und nicht auf die situative ad-hoc Herbeiführung eines bestimmten Verhaltens gerichtet. In seiner jüngsten Blockaden-Entscheidung 2011 bestätigte das BVerfG diesen Charakter der Versammlungsfreiheit als Aufmerksamkeiterringungsrecht.<sup>10</sup>

Obwohl der mediale Diskurs des letzten Jahres und vereinzelte unterinstanzliche Entscheidungen<sup>11</sup> der Strafgerichte anderes suggerieren: Straßenblockaden sind grundsätzlich also keine Straftaten, sondern eine demokratische Errungenschaft.<sup>12</sup> Sie sind gerade keine Form „extralegalen“ Zivilen Ungehorsams,<sup>13</sup> sondern werden grundsätzlich vom Recht als zulässige Form des Protestes rezipiert. Sie sind – grundsätzlich – als Versammlungen geschützt.<sup>14</sup>

Verfassungsrechtlich unstreitig ist nämlich, dass Straßen nicht nur dem Verkehr, sondern auch verschiedenen Protestformen, selbstverständlich auch Blockaden, im Rahmen des Gemeingebrauchs grundsätzlich offenstehen.<sup>15</sup> Im Rahmen des Ermessensspielraums für Sondernutzung kann dies im Einzelfall auch zur Zulässigkeit von Versammlungen auf Bundesfernstraßen<sup>16</sup> führen (so u.a. das OVG Sachsen<sup>17</sup>; in seiner Sitzblockaden-III-Entscheidung ließ das BVerfG diese

Frage zumindest offen<sup>18</sup>). Daran vermögen normhierarchisch auch restriktive Vorschriften wie etwa der seit Januar 2022 geltende § 13 Abs. 1 S. 2 VersG NRW nichts zu ändern,<sup>19</sup> dessen Verfassungsmäßigkeit derzeit im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde beim VerfGH NRW zur Überprüfung ansteht.<sup>20</sup>

Die Rechtsprechung zu den Aktionen der Letzten Generation fokussiert sich bislang vorrangig auf strafrechtliche Fragen, insbesondere die Strafbarkeit nach § 240 StGB. Die Versammlungsfreiheit ist hier im Rahmen der „Verwerflichkeit“ nach § 240 Abs. 2 StGB zu beachten. Das heißt: Liegt ein von Art. 8 Abs. 1 GG geschütztes Verhalten vor und überwiegen im Einzelfall die Rechte der Sammlungsteilnehmer\*innen (also der Blockierer\*innen) die anderen betroffenen Rechte (also bspw. die allgemeine Handlungsfreiheit blockierter Autofahrer\*innen), dann ist eine Straßenblockade weder strafbar, noch liegt dann eine durch Befürchtung von Straftaten gem. § 240 Abs. 1 StGB vermittelte Gefahr für die Öffentliche Sicherheit gem. § 15 VersG vor.

Natürlich können Straßenblockaden auch strafbar sein, jedoch stets nur unter Beachtung und nach Abwägung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter. Eine solche Abwägung, die für das deutsche Grundrechtssystem so prägende Herstellung „praktischer Konkordanz“, ist jedoch eben nur im Einzelfall und nicht bei weitreichenden präventiven Versammlungsverboten via Allgemeinverfügung möglich. Denn selbst in Stuttgart gilt: Autofahren ist nicht absolut geschützt.

Letztlich scheint auch die Stuttgarter Versammlungsbehörde der Ansicht zu sein, dass die Straßenblockaden dem Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG unterfallen, wenn sie verlaublich lässt: „Protest lief bislang [sic!] unter Schutz des Versammlungsrechts“.<sup>21</sup> Dieser Satz ist gerade deshalb so erstaunlich, da die Stadtverwaltung anscheinend der Ansicht ist, es liege in ihrer Kompetenz, den Straßenblocka-

den diesen Schutz zu entziehen. Genau das Gegenteil ist jedoch der Fall: Wenn die Aktionen der Letzten Generation in Stuttgart bislang aber vom Schutzbereich des Art. 8 GG umfasst waren, muss ein Versammlungsverbot durch Allgemeinverfügung den hohen Anforderungen dieses Grundrechts gerecht werden. Dies ist aus verschiedenen Gründen nicht der Fall.

## **Störend, vielleicht - aber gefährlich?**

Zunächst setzt das präventive Verbot gem. § 15 Abs. 1 VersG eine „Gefahr“ voraus. Diese wird hier augenscheinlich mit der behaupteten Strafbarkeit von Sitzblockaden als Nötigung begründet. Das ist aus den genannten Gründen in seiner Pauschalität falsch und deshalb insb. für ein – denklogisch abstraktes – Verbot sämtlicher Sitzblockaden per Allgemeinverfügung nicht tragfähig. Insbesondere kann die Stuttgarter Stadtverwaltung nicht, wie die Allgemeinverfügung suggeriert, per Verbot sämtliche Sitzblockaden vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit ausklammern. Diese Zirkelschlussargumentation lässt vermuten, dass die Schutzbereich-Schranken-Systematik des Grundgesetzes vielmehr grundsätzlich verkannt wird.

Ebenso wenig lassen sich Straßenblockaden pauschal unter Verweis auf eine angebliche Behinderung von Rettungskräften verbieten. Selbst wenn hier eine belastbare Tatsachengrundlage für die Gefahrenprognose bestünde, könnte diese keinesfalls für das in der Allgemeinverfügung genannte Stadtgebiet gelten – sonst ließen sich potenziell sämtliche Versammlungen in Städten jederzeit verbieten. Adäquat und allein möglich wäre auch hier die Auflösung oder ein Verbot von Blockaden auf einzelnen Straßen, etwa wichtigen Rettungswegen. Außerdem sind die Straßen der schwäbischen Hauptstadt auch ohne Aktionen der Letzten Generation chronisch verstopft. Um die Einsatz-



zeiten von Rettungskräften zu verkürzen, wären also zunächst als milderes Mittel andere Maßnahmen zur Eindämmung der Blechlawine zu prüfen.

## **Verhältnismäßig?**

Auch in der Ermessensfolge des § 15 Abs. 1 VersG verkennt das Stuttgarter Versammlungsverbot verfassungsrechtliche Grundsätze. Die Allgemeinverfügung ist äußerst weitreichend. Sie umfasst mit sämtlichen Bundesstraßen sowie 150 aufgezählten weiteren Straßen nicht nur einen erheblichen Teil des Stadtgebiets. Mit fast einem halben Jahr ist ihre Geltungsdauer auch äußerst lang. Zum zwischenzeitlichen pauschalen Versammlungsverbot nach der Sächsischen Coronaschutzverordnung hatte das BVerwG jüngst klargestellt, dass bereits ein zweiwöchiges Versammlungsverbot einen besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstelle, der nur unter äußerst engen Voraussetzungen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen könne.<sup>22</sup> Ein halbjähriges Versammlungsverbot ist soweit ersichtlich ein *Novum*.

Eine konkrete Gefahrenprognose, die den hohen Anforderungen des Art. 8 GG entspricht, ist für die Dauer eines halben Jahres schlicht nicht möglich. Schließlich entwickelt sich Protestgeschehen dynamisch. Selbst wenn derzeit von den Aktionen der Letzten Generation eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit ausginge, ist völlig ungewiss, ob diese Gefahr im Dezember weiterhin besteht. Möglicherweise hat sich die Gruppe bis dahin aufgelöst, oder gänzlich neue Protestformen entwickelt. Solche Spekulationen kommen einem Blick in die Glaskugel gleich und sind daher für die Prognose einer konkreten Gefahr ungeeignet.

## Per Allgemeinverfügung gegen eine Protestform?

Während abstrakte Versammlungsverbote auch angesichts des Erfordernisses der „Unmittelbarkeit“ der Gefahr gem. § 15 Abs. 1 VersG lange Zeit für unmöglich gehalten worden waren<sup>23</sup>, wurden im Rahmen der Corona-Pandemie vielerorts Versammlungen weitgehend untersagt. Die Rechtmäßigkeit dieser Verbote war stets umstritten<sup>24</sup> und wird erst langsam von den Gerichten im Hauptsacheverfahren überprüft.<sup>25</sup> Doch unabhängig von der Verfassungsmäßigkeit der Corona-Verbote: Die Stuttgarter Allgemeinverfügung unterscheidet sich von diesen in einem entscheidenden Punkt. Die pandemiebedingten Versammlungsverbote richteten sich gegen sämtliche Versammlungen, die Stuttgarter Allgemeinverfügung ist jedoch in Bezug auf Inhalt und Modalität der Versammlung beschränkt. Dies liegt zunächst in der Handlungsform begründet: In der Pandemie ergingen die Versammlungsverbote nach anfänglicher Unsicherheit<sup>26</sup> bald in Gestalt von Rechtsverordnungen, also als abstrakt-generelle Rechtsnormen. Ein Versammlungsverbot in Form einer Allgemeinverfügung im Sinne des § 35 S. 2 VwVfG, wie es die Stuttgarter Behörde erlassen hat, muss sich stets auf einen konkreten Sachverhalt beziehen.<sup>27</sup> Dieser Sachverhalt muss jedoch geeignet sein, eine Gefahrprognose zu stützen. Keinesfalls darf hiermit die grundgesetzliche Wertung, welche Versammlungen schützenswert sind, umgangen werden.

Die Stuttgarter Allgemeinverfügung verbietet sämtliche Blockadeaktionen der Klimabewegung, bei denen sich Demonstrierende fest mit der Fahrbahn verbinden. Hiermit schließt sie eine Versammlungsmodalität umfassend vom Schutz des Versammlungsrechts aus. Das Versammlungsverbot erfolgt also nicht anlassbezogen, sondern modalitätsbezogen. Wenn die Gefahr von Sitzblockaden aber bereits aus ihrem Wesen als Sitzblockade folgt, ist nicht nachvollziehbar, war-

um sich das Versammlungsverbot ausschließlich auf Aktionen „im Zusammenhang mit Klimaprotesten“ beschränkt. Zwar häufen sich derzeit Klebeaktionen der Klimabewegung, ähnliche Aktionen anderer Akteur\*innen sind nicht zu verzeichnen. Letztlich scheint die Beschränkung auf Blockaden der Klimabewegung aber ein ungelinker Versuch zu sein, einen konkreten Anlass zu konstruieren, um das Verbot in die Form der Allgemeinverfügung pressen zu können. Gewollt ist wohl ein Verbot sämtlicher Straßenblockaden. Dieses damit abstrakt-generelle Vorgehen der Stuttgarter Exekutive verletzt, selbst wenn die Voraussetzungen eines allgemeinen Verbots von Straßenblockaden gegeben wären, den Gewaltenteilungsgrundsatz. Ein allgemeines, von einem konkreten Ereignis losgelöstes Versammlungsverbot kann – wenn überhaupt<sup>28</sup> – nur durch ein Gesetz und nicht durch Verwaltungsakt ergehen.

Daran vermag es auch nichts zu ändern, dass die Stuttgarter Stadtverwaltung Klimaproteste großzügig auf „andere Formen des bürgerlichen Protests“<sup>29</sup> verweist. Die Wahl der Versammlungsform und des Versammlungsortes fällt unter das ebenfalls von Art. 8 Abs. 1 GG geschützte Selbstbestimmungsrecht der Versammlung.

## **Schluss**

Eigentlich könnte es ein Anlass zur Freude sein. Nach Jahren des pandemiebedingten Stillstandes, in denen vor allem über die Notwendigkeit von und den Gefahrenmaßstab für polizeiliches Einschreiten gegen die rechtsradikale Querdenker-Szene diskutiert wurde<sup>30</sup>, wird endlich wieder über die Notwendigkeit und Bedeutung von Protest und Versammlungsfreiheit für die demokratische Gesellschaft gesprochen. Die Klebeaktionen der Letzten Generation, die Besetzungen von Kohlegruben, von Lützerath<sup>31</sup>, vom Hambacher Forst – sie könnten als Si-

gnale eines demokratischen Aufbruchs verstanden werden, als Signale einer Zivilgesellschaft, die sich nicht länger abfindet mit der lähmenden Untätigkeit und Resignation im Angesicht der Klimakatastrophe.

Im öffentlichen Diskurs jedoch scheinen Klimaproteste vor allem Stein des Anstoßes zu sein<sup>52</sup> – und das längst nicht nur am revisionistischen Steuerbord der Verdrängungsgesellschaft. Die Stimmen, die die Versammlungsfreiheit insbesondere der Klimabewegung 2023 konsequent verteidigen, sind leiser geworden. Zu hoffen wäre jedoch, dass der jüngste Akt aus Stuttgart den Bogen überspannt hat und somit Gerichte und Gesellschaft daran erinnert, dass die Versammlungsfreiheit in der Tat ein hohes Gut<sup>55</sup> ist, das zu verteidigen sich lohnt.

## Nachweise

1. BVerfGE 69, 315 - Brokdorf, Rn. (64), abrufbar unter <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv069315.html>, zuletzt abgerufen am 28.07.2023.
2. Vgl. <https://www.stuttgart.de/medien/downloads/amtliche-bekanntmachungen/AV-Versammlung-Klima.pdf>, zuletzt abgerufen am 28.07.2023.
3. Vgl. Tore Vetter, Rechtsstaat in Gewahrsam. Was sind Versammlungsfreiheit und Verhältnismäßigkeit wert, wenn der Staat sie nicht achtet?, Verfassungsblog, 10.06.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/rechtstaat-in-gewahrsam/>; Jonathan Schramm, Kollektive Unfriedlichkeit: Zur versammlungsrechtlichen Allgemeinverfügung der Stadt Leipzig anlässlich der Solidaritätskundgebungen für Lina E. am Wochenende, Verfassungsblog, 02.06.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/kollektive-unfriedlichkeit/>; Andreas Gutmann, Von Brokdorf nach Neukölln: Zum Verbot zweier pro-palästinensischer Versammlungen in Berlin, Verfassungsblog 30.05.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/von-brokdorf-nach-neukolln/>; Emma Sammet, Versammlungskontrolle und Versammlungsfreiheit Warum der 1. Mai 2023 keine „taktische Meisterleistung“ der Polizei war, Verfassungsblog, 11.05.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/versammlungskontrolle-und-versammlungsfreiheit/>. Sämtliche Links zuletzt abgerufen am 28.07.2023.
4. Vgl. <https://www.stuttgart.de/service/aktuelle-meldungen/juli-2023/stuttgart-verbietet-bei-klimaprotesten-strassenblockaden-mit-klebeaktionen.php>, zuletzt abgerufen am 28.07.2023.
5. Dürig-Friedl/Enders, Versammlungsrecht, 2. Aufl., 2022, § 15, Rn. 153.
6. Vgl. SWR Aktuell, Stuttgart verbietet Straßenblockaden von Klima-

- schützern, 07.07.2023, abrufbar unter <https://www.swr.de/swraktuell/baden-wuerttemberg/stuttgart/stadt-stuttgart-verbietet-mit-allgemeinverfuegung-strassenblockaden-100.html>, zuletzt abgerufen am 28.07.2023.
7. Deiseroth in: Ridder/Breitbach/Deiseroth (Hrsg.), *Versammlungsrecht des Bundes und der Länder*, 2. Aufl., 2020, § 15, Rn. 580.; Dürig-Friedl/Enders, *Versammlungsrecht*, 2. Aufl., 2022, § 15, Rn. 155.
  8. Depenheuer in: Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, 100. Aufl., 2023, Art. 8, Rn. 67.
  9. BVerfGE 104, 92 - Sitzblockaden III, Rn. 40, abrufbar unter <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv104092.html>, zuletzt abgerufen am 28.07.2023.
  10. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 07. März 2011 - 1 BvR 388/05 -, Rn. 35, abrufbar unter [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/03/rk20110307\\_1bvr038805.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/03/rk20110307_1bvr038805.html), zuletzt abgerufen am 28.07.2023.
  11. Vgl. etwa AG Tiergarten, (422 Cs) 231 Js 1831/22 (11/22) Jug, 422 Cs 11/22 Jug, abrufbar unter <https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/KORE556952023>, zuletzt abgerufen am 28.07.2023.
  12. Vgl. etwa Daria Bayer, *Auto fahren oder Klima retten? Ziviler Widerstand und die Zweck-Mittel-Relation*, Verfassungsblog, 6.10.2022, <https://verfassungsblog.de/auto-fahren-oder-klima-retten/>, zuletzt abgerufen am 28.07.2023; Gerd Winter, *Die strafrechtliche Undeterminiertheit von Aktionen des ‚Aufstands der Letzten Generation‘ und wie damit umzugehen ist*, Verfassungsblog, 06.01.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/die-strafrechtliche-undeterminiertheit-von-aktionen-des-aufstands-der-letzten-generation/>, zuletzt abgerufen am 28.07.2023.

13. Dazu korrekt und ausführlich Samira Akbarian in diesem Band.
14. LG Berlin, Beschluss vom 31.05.2023 - 502 Qs 138/22, Rn. 18, abrufbar unter <https://openjur.de/u/2470820.html>, zuletzt abgerufen am 28.07.2023.
15. Deiseroth/Kutscha, in: Ridder/Breitbach/Deiseroth, (Fn. 7), Art. 8 Rn. 111.
16. Vgl. hierzu Jonas Botta, Klimaaktivismus im demokratischen Rechtsstaat, *VerwArch* 2023, 206 ff.
17. Sächsisches Obergerverwaltungsgericht, 6 B 399/21, abrufbar unter <http://www.justiz.sachsen.de/ovgentschweb/documents/21B399.B01.pdf>, zuletzt abgerufen am 28.07.2023.
18. Vgl. BVerfG, (Fn. 9), Rz. 41 ff.
19. Vgl. hierzu auch Katharina Leusch, Demonstrieren schwer gemacht: Das Versammlungsgesetz in Nordrhein-Westfalen auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, *Verfassungsblog*, 16.01.2023, <https://verfassungsblog.de/demonstrieren-schwer-gemacht>, zuletzt abgerufen am 28.07.2023
20. Vgl. Gesellschaft für Freiheitsrechte, Versammlungsgesetz NRW: Bedrohung für Versammlungsfreiheit und Zivilgesellschaft, abrufbar unter <https://freiheitsrechte.org/themen/demokratie/vb-versammlungsgesetz-nrw>, zuletzt abgerufen am 28.07.2023.
21. Stadt Stuttgart, Klimaproteste: Stuttgart verbietet Straßenblockaden mit Klebeaktionen, 06.07.2023, abrufbar unter <https://www.stuttgart.de/service/aktuelle-meldungen/juli-2023/stuttgart-verbietet-bei-klimaprotesten-strassenblockaden-mit-klebeaktionen.php>, zuletzt abgerufen am 28.07.2023.
22. Vgl. BVerwG, Pressemitteilung, Untersagung von Versammlungen durch die Sächsische Corona-Schutz-Verordnung vom 17. April 2020

war unverhältnismäßig, 21.06.2023, abrufbar unter <https://www.bverwg.de/pm/2023/49>, zuletzt abgerufen am 28.07.2023.

23. Siehe etwa Deiseroth/Kutscha, in: Ridder/Breitbach/Deiseroth, (Fn. 7), Art. 8 Rn. 418.
24. Vgl. dazu etwa Jan Fährmann/Hartmut Aden/Clemens Arzt, Versammlungsfreiheit – auch in Krisenzeiten!, Verfassungsblog, 15.04.2020, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-auch-in-krisenzeiten/>; Aidan Harker/Jonas Deyda/Katharina Söker/Laurens Brandt, Versammlungsfreiheit in der Krise: Die gerichtliche Verhandlung der Versammlungsfreiheit in Zeiten des Coronavirus, Verfassungsblog, 14.04.2020, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-in-der-krise/>; Andreas Gutmann/Nils Kohlmeier, Versammlungsfreiheit Corona-konform, Verfassungsblog, 08.04.2020, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-corona-konform/>; Clemens Arzt, Versammlungsfreiheit unter Druck: Verwaltungsgerichtlicher Schutz des Art. 8 GG in der Corona-Pandemie, Verfassungsblog, 12.01.2022, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-unter-druck/>. Alle Links zuletzt abgerufen am 28.07.2023.
25. Vgl. BVerwG, (Fn. 22).
26. Vgl. Gutmann/Kohlmeier, (Fn. 24).
27. Deiseroth, in: Ridder/Breitbach/Deiseroth, (Fn. 7), § 15, Rn. 367.
28. Kritisch dazu Deiseroth/Kutscha, in: Ridder/Breitbach/Deiseroth, (Fn. 7), Art. 8 Rn. 418.
29. Stadt Stuttgart, (Fn. 21).
30. Roman Hensel, Justiz-Bankrott? Zwischenruf zur übereilten Kritik am Sächsischen Obergerverwaltungsgericht, Verfassungsblog,



11.11.2020, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/justiz-bankrott/>, zuletzt abgerufen am 28.07.2023; Andreas Gutmann/Tore Vetter, Verquere Schuldzuweisungen: Die Versammlungsfreiheit in Sachsen nach #le0711, Verfassungsblog, 13.11.2020, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/verquere-schuldzuweisungen/>, zuletzt abgerufen am 28.07.2020.

31. Jakob Hohnerlein, Versammlungsfreiheit in Lützerath – zur Disposition von RWE und Behörden?, Verfassungsblog, 13.01.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/versammlungsfreiheit-in-lutzerath-zur-disposition-von-rwe-und-behorden/>, zuletzt abgerufen am 28.07.2023.
32. Vgl. hierzu Fynn Wenglarczyk, Feindbild Klimaaktivismus: Über den Ruf nach (härteren) Strafe(n) für Klimaaktivist\*innen, Verfassungsblog, 10.11.2023, <https://verfassungsblog.de/feindbild-klimaaktivismus/>, zuletzt abgerufen am 28.07.2023.
33. Vgl. Netzpolitik.org, Amnesty-Jahresreport kritisiert Einschränkungen in Deutschland, 29.03.2022, abrufbar unter <https://netzpolitik.org/2022/menschenrechte-amnesty-jahresreport-kritisiert-einschraenkungen-in-deutschland/>, zuletzt abgerufen am 28.07.2023.



*Hannah Espín Grau, Tobias Singelstein*

# Schmerzgriffe als Technik in der polizeilichen Praxis

*Zur Verselbständigung und Normalisierung polizeilicher Gewalt*





Bereits seit längerer Zeit kommen in (Teilen) der Polizei Techniken der Gewaltanwendung zum Einsatz, die als Schmerzgriffe bezeichnet werden. In der englischsprachigen Debatte werden diese Techniken unter dem Schlagwort „pain compliance“ diskutiert, was deutlich macht: Durch Schmerzen soll Gehorsam durchgesetzt werden. Besondere Beachtung haben diese Techniken zuletzt im Zusammenhang mit der Räumung von Sitzblockaden der „Letzten Generation“ gefunden, sie werden aber etwa auch bei Personen- oder Fahrzeugkontrollen eingesetzt. Mit den Blockaden wollen die Aktivist\*innen auf die drastischen Auswirkungen des Klimawandels aufmerksam machen und einen Politikwechsel erreichen. Wie verschiedene Videoaufnahmen dokumentieren, werden von der Polizei bei den Aktionen immer wieder Schmerzgriffe gegen Klimaaktivist\*innen angedroht und auch angewendet, um so die Räumung der Straße durchzusetzen oder diese zu erleichtern. Lars Ritter, einer der betroffenen Aktivist\*innen, hat mittlerweile mit Unterstützung der Gesellschaft für Freiheitsrechte vor dem Verwaltungsgericht Berlin Klage gegen eine solche Maßnahme erhoben<sup>1</sup>, um deren Rechtswidrigkeit feststellen zu lassen.

Der folgende Beitrag betrachtet polizeiliche Schmerzgriffe sowohl aus einer rechtlichen, als auch aus einer sozialwissenschaftlichen Perspektive. Rechtlich stellen sich Schmerzgriffe als problematisch dar, da sie vor allem auf eine Willensbeugung der Betroffenen durch (Angst vor) Schmerz abzielen. Die polizeiliche Praxis überformt zudem die rechtlichen Vorgaben zur Anwendung von Schmerzgriffen zugunsten einer effizienten polizeilichen Einsatzdurchführung. Sozialwissenschaftlich bzw. kriminologisch können Schmerzgriffe daher als Normalisierung und Verselbständigung polizeilicher Gewaltpraxen verstanden werden.

## Von Nervendruck- und Hebeltechniken

Schmerzgriffe werden von der Polizei angewendet, um bei den Betroffenen ein polizeilich erwünschtes Verhalten zu erreichen. Im Fall der Sitzblockaden werden sie etwa genutzt, um Personen, die das Befolgen eines Platzverweises verweigern, dazu zu bringen, sich aus einer bestimmten Körperhaltung zu lösen und die Straße zu verlassen. Unter den Begriff werden dabei durchaus unterschiedliche Techniken gefasst: einerseits punktuelle Kompressionen einzelner neuronaler Punkte oder Areale im Körper (Nervendrucktechniken), andererseits die Überstreckung bzw. Überbeugung einzelner Gliedmaßen (Hebeltechniken).

Bei den sogenannten Nervendrucktechniken wird ein punktueller neuronaler Reiz gesetzt, der Schmerzen auslöst. Die Schmerzen sind hier „nicht Nebenprodukt der Durchsetzungsmaßnahme, sondern die Durchsetzungsmaßnahme selbst“.<sup>2</sup> Diese führt nicht unmittelbar zu dem polizeilich beabsichtigten Tun (etwa aufzustehen und die Straße zu verlassen). Die Kompression der Nervenstränge muss erst aufhören, damit die betroffene Person frei von Reflexen andere Bewegungen ausführen kann. Auf einer Veranstaltung zum Thema beim diesjährigen Kongress des Republikanischen Anwalt\*innenvereins (RAV) schilderte Thomas Kunkel als Vertreter der Vereinigung demokratischer Ärzt\*innen (VDÄÄ) sehr eindrücklich, dass während der akuten Schmerzreizsetzung eigentlich kaum eine Handlung durchführbar sei. Als betroffene Person wolle man nur, dass der Schmerz aufhöre; dies gelänge aber nur, wenn der polizeiliche Griff gelockert werde. Insofern könne durch die Anwendung einer Nervendrucktechnik *de facto* nur ein Dulden oder Unterlassen herbeigeführt werden.

Bei Hebeltechniken können die betroffenen Personen im Gegensatz dazu den entstehenden Schmerz dadurch vermeiden oder been-

den, dass sie mit ihrem Körper in die Richtung nachgeben, in die gehandelt wird. Hier sind die Techniken also nicht nur mittelbar mit dem beabsichtigten Erfolg verbunden. Der Schmerz ist eher ein Nebenprodukt, nicht das eigentliche Ziel der Maßnahme. Derartige Techniken meinte wohl auch die Berliner Polizeipräsidentin Barbara Slowik, die in einem Interview mit der Berliner Morgenpost<sup>3</sup> für die Berliner Polizei in Anspruch nahm, keine Nervendrucktechniken bzw. Schmerzgriffe im engeren Sinn anzuwenden:

*„Aber es gibt Griffe, die, wenn sich jemand etwa schwer macht oder fallen lässt beziehungsweise dem vorgegebenen Bewegungs- und Richtungsimpuls nicht folgt, zu Schmerzen führen können [...] Darüber sollen die Kollegen schon aufklären.“*

In einem Video von dem Vorfall<sup>4</sup>, der zu einer erheblichen öffentlichen Debatte geführt hatte und nun das Verwaltungsgericht Berlin beschäftigt, wird allerdings deutlich, dass die Abgrenzung zwischen den verschiedenen Formen von Schmerzgriffen wie auch zu anderen Formen der polizeilichen Durchsetzung von Maßnahmen nicht immer klar und eindeutig ist. Möglicherweise wurden in dem konkreten Fall sowohl Nervendruck- als auch Hebeltechniken angewendet und schließlich wurde das polizeiliche Ziel vor allem durch das Wegtragen erreicht, wobei die Schmerztechniken parallel dazu angewendet wurden. Ähnliches beschrieb zum Beispiel auch eine betroffene Person, die im Rahmen des DFG-Forschungsprojekts KviAPol („Körperverletzung im Amt durch Polizeibeamt\*innen“) schilderte, wie die Polizei unterschiedlichste Schmerzgriffe anwendete:

*„Als Blockierender in einer gewaltfreien Sitzblockade war ich bereit, mich ohne Widerstand wegtragen zu lassen. Es gab anscheinend Anweisung, nicht zu tragen, so sollten wir Blockie-*

*rerInnen durch die Anwendung von Schmerzen zum freiwilligen Verlassen bewegt werden. Ich wurde mit einer ganzen Reihe von verschiedenen Methoden bearbeitet (Griff in die Augen, Überdrehen des Kopfes, so dass kein Sprechen mehr möglich ist, Griff in den Kehlkopf, Schmerzpunkte mit einem harten Gegenstand gedrückt an Schlüsselbein, unter dem Ohr und anderen Punkten, Knien auf meinem Rücken, während meine Füße verdreht werden, Quetschen meiner Hoden mit der Hand, Knien auf meinem Kopf, während mein Gesicht im Schotter liegt).“ (Lfdn. 10.160)*

Schmerzgriffe im engeren Sinn zielen nicht auf eine unmittelbare körperliche Wirkung, um ein polizeiliches Ziel zu erreichen. Stattdessen sollen sie eine psychische Wirkung entfalten, indem sie den Willen der Betroffenen beugen und diese dazu bringen, das gewünschte Verhalten vorzunehmen. Ähnliches gilt strenggenommen auch für andere polizeiliche Gewaltmittel, wie den Einsatz eines Schlagstocks: Durch den Schlag selbst steht niemand auf, vielmehr dient der entstehende Schmerz (und noch präziser: die Angst vor erneutem Schmerz) dazu, die betreffende Person zu einem Handeln zu zwingen. Anders ist es etwa bei einem einfachen Wegschieben einer Person ohne die intendierte Zufügung von Schmerzen. Während Nervendrucktechniken als Schmerzgriffe im engeren Sinne dabei alleine auf die Willensbeugung durch (Angst vor) Schmerz zielen, dienen die Hebeltechniken eher dazu, andere Formen der Durchsetzung der polizeilichen Maßnahme zu begleiten und zu unterstützen. In welchem Umfang diese Techniken eingesetzt werden, lässt sich nicht bestimmen, da die polizeiliche Praxis in dieser Hinsicht sehr intransparent ist und auch statistisch nicht erfasst wird, wie die Antwort des Hamburgischen Senats auf eine Anfrage der Abgeordneten Christiane Schneider aus dem Jahr 2019 zeigt.<sup>5</sup> Dies gilt nicht nur für Schmerzgriffe, sondern insgesamt



für polizeiliche Zwangsanwendungen.

## **Rechtliche Bewertung**

Die rechtliche Zulässigkeit von Schmerzgriffen ist lange kaum thematisiert worden. Mit ihrer im Jahr 2022 erschienenen Dissertation hat Dorothee Mooser diese Lücke gefüllt und die rechtliche Zulässigkeit von Nervendrucktechniken ausführlich untersucht.

Mooser problematisiert erstens, dass bereits zweifelhaft sei, ob es überhaupt eine Rechtsgrundlage für die Anwendung von Nervendrucktechniken durch die Polizei gebe. Wie dargestellt, dient die Anwendung dieser Techniken nicht unmittelbar der Erreichung des polizeilichen Ziels, sondern fügt alleine Schmerzen zu. Nach Mooser handelt es sich damit nicht um unmittelbaren Zwang im Sinne der Verwaltungsgesetze, da solche Maßnahmen die unmittelbare Herbeiführung eines rechtmäßigen polizeilichen Ziels bezwecken müssen.<sup>6</sup> Nervendrucktechniken seien aber gar nicht dazu geeignet, jemanden zur Vornahme einer Handlung zu zwingen. Sie bezweckten erst als sekundäre Folge – möglicherweise sogar erst nach einer erneuten Aufforderung zum Handeln – die Umsetzung des polizeilich erwünschten Verhaltens. Insbesondere gebe es keine Rechtsgrundlage für Konstellationen, in denen durch den Schmerzgriff ein Handeln der Betroffenen (und nicht nur ein Dulden oder Unterlassen) bezweckt werde.<sup>7</sup>

Zweitens ist – selbst wenn man die bestehenden gesetzlichen Regelungen für einschlägig hält – in der Praxis die Verhältnismäßigkeit des Einsatzes von Schmerzgriffen durch die Polizei oftmals fraglich. Dies betrifft zunächst die Erforderlichkeit. Gerade bei Sitzblockaden stehen in der Regel mildere Mittel wie das Wegtragen zur Verfügung, um die polizeiliche Maßnahme durchzusetzen und die Räumung der Straße zu erreichen. Der Einsatz von Schmerzgriffen in einer solchen

Lage wälzt die polizeiliche Verantwortung für die physische Durchsetzung eines polizeilichen Ziels unzulässig auf den Körper der Betroffenen ab. Gerade in diesen Konstellationen können Schmerzgriffe Mooser zufolge zugleich auch eine nicht nur bagatellhafte unmenschliche Behandlung und damit im Einzelfall einen Verstoß gegen das Folterverbot aus Art. 3 EMRK darstellen, insbesondere wenn das Verhalten der Betroffenen die Anwendung von Nervendrucktechnik nicht erforderlich gemacht hat.<sup>8</sup>

Darüber hinaus ist nach Mooser auch die Angemessenheit insbesondere von Nervendrucktechniken zweifelhaft, da deren Effekte aufgrund der Subjektivität von Schmerzempfinden nicht graduierbar seien. Insofern sei es zum Beispiel nicht möglich, zunächst einen mildereren Schmerz zuzufügen und diesen erst zu steigern, wenn das Ziel der polizeilichen Maßnahme ansonsten verfehlt würde, oder den Schmerzreiz zu reduzieren, wenn die betroffene Person den polizeilichen Anweisungen bereits nachkomme.<sup>9</sup> Dies schlage sich nicht zuletzt auch in einer uneinheitlichen Anwendungs- und Bewertungspraxis in den verschiedenen Polizeibehörden der Länder nieder, die auf ein fehlendes geteiltes Verständnis der Angemessenheit von Schmerzgriffen verweist.<sup>10</sup>

Drittens kommt im Zusammenhang mit Schmerzgriffen der Androhung des unmittelbaren Zwangs besondere Bedeutung zu. Diese ist einerseits rechtsstaatliche Verfahrensvoraussetzung und daher nur ausnahmsweise entbehrlich. Andererseits spielt sie eine zwiespältige Rolle, wenn eine Maßnahme – wie bei den Schmerzgriffen – zuvorderst auf die psychische Beugung des Willens der Betroffenen zielt. Namentlich kann die Androhung ebenso der Beugung dienen und daher als eine Vorstufe des eigentlichen Schmerzgriffs verstanden werden. Die Androhung einer extralegalen Gewaltanwendung ist angesichts dessen keine „unglückliche Wortwahl“,<sup>11</sup> wie Möstl behauptet.

tet. Vielmehr kann sie als selbständiger Verwaltungsakt selbst rechtswidrig<sup>12</sup> sein und damit eine Bedrohung darstellen.

## **Wirkungen und Folgen für Betroffene**

Polizeiliche Schmerzgriffe führen – wie der Name sagt – primär zu Schmerzen, die individuell sehr unterschiedlich sein können. Im Unterschied zu anderen Gewaltanwendungen wie Schlägen oder Tritten bleiben kaum sichtbare Wunden zurück. Gleichwohl handelt es sich um eingriffsintensive Maßnahmen, die insbesondere längerfristige psychische Folgen haben können.

Die unmittelbare Folge eines Schmerzgriffes – der Schmerz selbst – ist subjektiv und kann auch von der körperlichen Konstitution von Betroffenen abhängig sein. Besondere körperliche Konstitutionen bestimmter Betroffener, wie etwa vorangegangene Frakturen oder Gelenkerkrankungen, können dabei die Schmerzwirkung potenzieren.<sup>13</sup> Diese werden zumeist den diensthabenden Beamt\*innen nicht bekannt sein, so dass eine einzelfalladäquate Dosierung der Schmerzwirkung kaum möglich erscheint. Auch über die Frage der Wirkung des Schmerzes hinaus spielt die körperliche Konstitution der Betroffenen eine Rolle. Ein akuter Schmerzreiz führt zur Ausschüttung von Hormonen, die unter anderem den Blutdruck ansteigen lassen können. Dies kann etwa bei Personen mit Bluthochdruck gefährlich werden. Auch eine Intoxikation von Betroffenen kann das Schmerzempfinden verändern und herabsetzen, so dass eine fortgesetzte oder verstärkte Anwendung von Schmerzgriffen zu Brüchen, Zerrungen und Gewebeerletzungen führen kann.<sup>14</sup> Kunkel beschreibt die Wirkung eines Schmerzgriffs daher als „Kaskade von lokalen und systemischen Reaktionen, die weit von den intendierten Wirkungen entfernt liegen können“. Derartige Konstellationen sind dabei keine in der Diskussion zu

vernachlässigenden Sonderfälle. Sie stellen vielmehr genau den Maßstab dar, an dem sich eine rechtsstaatliche polizeiliche Praxis messen lassen muss: Kann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit garantiert werden, dass der Person, die von einer polizeilichen Maßnahme betroffen wird, keine Schäden entstehen, die über das absolut notwendige Maß hinausgehen?<sup>15</sup>

Abseits vom momentanen Schmerz können durch einen technisch nicht korrekt durchgeführten Schmerzgriff auch längerfristige Folgen wie „Bewusstlosigkeit und Durchblutungsstörungen bis hin zu anhaltenden Nervenschäden bei der betroffenen Person“ auftreten, was in der Polizei teilweise auch bekannt zu sein scheint.<sup>16</sup> Eine befragte Betroffene in der Studie KviAPol beschrieb die Folgen einer Anwendung von Schmerzgriffen:

*„Im Nachhinein wurde festgestellt, dass mir mehrere Wirbel rausgesprungen sind und ich habe immer noch Probleme mit meinem Handgelenk, welches über mehrere Minuten umgedreht und überdehnt wurde.“ (Lfdn. 4.038)*

Auf der psychischen Ebene kann das Gefühl, sich in polizeilicher Hand zu befinden und dabei Schmerzen zugefügt zu bekommen, denen man sich nicht entziehen kann, zu Ohnmachtsgefühlen bei den Betroffenen führen. So schilderte ein\*e Betroffene\*r in einem Freitextfeld der KviAPol- Befragung eine Situation nach Auflösung einer Sitzblockade:

*„Ein Polizist griff mir ins Gesicht, sodass seine Hand im Handschuh meine Augen, Nase und Mund bedeckten, und drehte meinen Kopf und Hals weit zur Seite und nach hinten, Ich hatte Tage später noch Schmerzen dabei meinen Nacken und Hals zu bewegen. [...] Die Beamtin und der Beamte, die mich festnahmen, beendeten die Schmerzgriffe auch dann nicht, als*

*sie mich schon aus der Sitzblockade/Kundgebung herausgezerrt hatten. An Brustkorb/Seite und Armen waren später flächige blaue Flecken zu sehen. Beim Abführen zu den weiter wegstehenden Kastenwägen verstärkten sie ihre Schmerzgriffe sogar noch weiter. Auch als ich sie darauf hinwies, dass sie mich doch jetzt festgenommen hatten und sie keinen Widerstand von mir zu erwarten hätten. Stattdessen verstärkte der Polizist oder vielleicht auch beide ihren Griff. [...] Auf meine Frage/Aufforderung, die Griffe zu lockern, sagte der Polizist verächtlich, dass ich vorher nur gegen die Schmerzgriffe verbal protestiert hätte, um Aufmerksamkeit bei den Umstehenden zu erlangen. Für mich entstand der Eindruck, dass er es mir deswegen auf dem weniger von Umstehenden beachteten Weg zu den Polizeiautos nicht gönnen wollte, schmerzfrei(er) zur Verwahrung in der Wanne zu kommen. [...] Meiner Meinung nach sind sie relativ brutal vorgegangen, weil sie konnten: Wir waren nicht besonders viele und wir waren überwiegend nicht-weiße Personen.“ (Lfdn. 4.829)*

Aus medizinischer Sicht ist Schmerz ein Stimulus für Angstgefühle und das sogenannte Schmerzgedächtnis kann Vermeidungsverhalten nach sich ziehen. Insofern können polizeiliche Schmerzgriffe auch zu einer Einschüchterung der Betroffenen führen und etwa im Kontext politischer Aktionen eine Abschreckungswirkung entfalten.

## Schmerzgriffe als verselbständigte Gewaltpraxis

Die Etablierung von Schmerzgriffen als Gewalttechnik in der polizeilichen Praxis ist ein anschauliches Beispiel sowohl für eine Verselbständigung und Entgrenzung der Polizei wie auch für eine Tendenz der Normalisierung von Gewalt in der Polizei.

Die Polizei wird als Institution mit Gewaltbefugnis durch das

Gesetz mit unterschiedlichen Gewaltmitteln ausgestattet. Das Recht macht dabei jedoch aufgrund seiner Funktion als abstrakter und ausfüllungsbedürftiger Regelungsrahmen nur eingeschränkte Vorgaben. Die Polizei hat daher nicht nur eine exekutive, sondern – wie schon Walter Benjamin problematisierte<sup>17</sup> – auch eine quasi-legislative Funktion. Sie selbst bestimmt durch ihre Rechtsauslegung und Praxis (mit), wie weit ihre Gewaltkompetenz reicht; die Gewaltanwendung ist allenfalls im Nachgang durch die Judikative überprüfbar. Diese quasi-legislative Funktion gilt zunächst für den konkreten Einsatzmoment, kann sich aber auch längerfristig in der Etablierung neuer Formen und Techniken der Gewaltanwendung niederschlagen. Eine solche Etablierung durch und in der Polizei orientiert sich nicht alleine an rechtlichen Maßstäben, sondern ebenso an polizeilichen Erwägungen zur Effizienz und Praktikabilität bestimmter Vorgehensweisen. In einem polizeilichen Maßstab geht es bei der Bewertung von Gewaltanwendungen neben Fragen der Legalität und Legitimität stets auch um die praktischen Anforderungen des Einsatzalltags.<sup>18</sup>

Die Anwendung von Schmerzgriffen durch die Polizei ist auf gesetzlicher Ebene nicht ausdrücklich geregelt. Wie bereits gezeigt, lassen sich die Techniken auch nicht bzw. nur eingeschränkt unter die bestehenden Regelungen über die Anwendung unmittelbaren Zwangs fassen. Man kann also sagen, dass diese gesetzlichen Vorgaben durch die Etablierung von Schmerzgriffen durch die polizeiliche Praxis nicht nur weiter konkretisiert und ausgelegt, sondern teilweise auch überformt werden. In einem dokumentierten Fall lehnte es etwa ein Polizeibeamter ab, eine\*n Demonstrant\*in von der Straße zu tragen und begründete dies damit, er „habe Rücken“<sup>19</sup>. Die betroffene Person durch eine (für die Polizei) weniger energieintensive Maßnahme wie einen Schmerzgriff dazu zu bewegen, die Straße zu räumen, stellt sich hier für die Polizei als effizient und damit als vorzugswürdiges Vorge-

hen dar. Auch Überlegungen zum personellen Aufwand können eine Rolle spielen: So kann es notwendig sein, mehr Personal zur Durchsetzung einer polizeilichen Maßnahme ohne Schmerzgriffe heranzuziehen – dies kann sich jedoch aus Perspektive der Polizei als nicht praktikabel darstellen. Solche Praktikabilitätsabwägungen können auf diese Weise das polizeiliche Verständnis der eigenen Gewaltkompetenz prägen und damit eine verselbständigte polizeiliche Gewaltpraxis befördern.

Die damit beschriebene Überformung gesetzlicher Anforderungen wird dadurch begleitet, dass diese Techniken nicht nur in der Praxis der Polizei, sondern auch in der Ausbildung und in Form untergesetzlicher Normierungen schrittweise etabliert und normalisiert werden.<sup>20</sup> Sie finden sich in Dienstvorschriften, polizeilichen Lehrplänen und Einsatzvorgaben, die von der Organisation selbst entwickelt werden und sich an den Anforderungen der Praxis orientieren. Über diese untergesetzlichen Normierungen von Schmerzgriffen, anhand derer die Etablierung dieser Praxis nachvollzogen werden könnte, ist allerdings wenig bekannt. So sind weder konkrete Inhalte der Einsatzlehre noch die entsprechenden Dienstvorschriften für die Öffentlichkeit zugänglich und transparent, weswegen die Organisation „Frag den Staat“ eine IFG-Klage erhoben hat.<sup>21</sup>

## **Normalisierung von Gewalt in der Polizei**

Schmerzgriffe bringen darüber hinaus ein besonderes Potential für die Normalisierung von Gewalt in der polizeilichen Praxis mit sich. Erstens sind sie aus Sicht der Polizei, wie schon beschrieben, äußerst praktikable und effektive Techniken zur Arbeitsbewältigung.<sup>22</sup> Das wurde etwa auch in Interviews mit Polizeibeamt\*innen im Rahmen der Studie KviAPol deutlich:

*„Man muss das erlebt haben. Der Mann saß im Auto, war betrunken, hat sich geweigert, aus dem Auto auszusteigen, also was passiert? Man nimmt den linken Arm und drückt mit dem Daumen hier rein, das ist ein Schmerzpunkt, dadurch geht die Hand auf. Die Hand wird nach außen gebogen über die B-Säule, das erklärt das Hämatom. Dann fällt der nach unten und fällt hier auf die Quertraverse und mit der rechten Gesichtshälfte auf den Asphalt. Somit erklären sich diese Verletzungen ganz einfach. Der Mann ist mehrfach aufgefordert worden, das Fahrzeug zu verlassen, das hat er nicht gemacht, sondern [er] wollte betrunken in seinem Fahrzeug weiter sitzen bleiben. Also hat der Polizeibeamte reingegriffen, hat den Schlüssel abgedreht, hat ihm den Arm nach hinten gebogen, um ihn so aus dem Fahrzeug zu bugsieren. Verfahren eingestellt.“ (Interne Ermittlungen/C2.3: 79)<sup>23</sup>*

Die Anwendung eines Schmerzgriffes wird hier als überpersönlicher Automatismus dargestellt (*„also was passiert? [...] Man [...] drückt mit dem Daumen hier rein, das ist ein Schmerzpunkt [...]“*). Sie wird als sehr wirksam und universell einsetzbar verstanden. Schmerzgriffe gelten angesichts dessen in der Polizei als „sauberer Zugriff“<sup>24</sup>; sie hinterlassen keine Spuren und schonen institutionelle Ressourcen.

Zweitens wird die Zufügung von Schmerzen in der Polizei offenbar als wenig eingriffsintensive Maßnahme verstanden, weil sie nicht mit körperlichen Verletzungsfolgen verbunden ist. So wurde in anderen Interviews der Studie KviAPol die Artikulation von Schmerz durch Betroffene (etwa bei verkanteten Handschellen) als „*Gejammer*“ beschrieben:

*„[...] Das tut weh, die Hände werden dick, tun weh, das ist aber ganz normal, da passiert aber nichts.“ (Vollzug/ C3.7: 60)<sup>25</sup>*

Bei einem solchen Verständnis liegt polizeilicherseits die Annah-



me nahe, Schmerzgriffe seien nicht mit sonstigen Formen unmittelbaren Zwangs zu vergleichen, sondern auf einer darunter liegenden Stufe angesiedelt, weil sie „nur“ Schmerzen erzeugen, aber keine „echten“ Verletzungen herbeiführen würden. So weist Mooser darauf hin, dass in einzelnen Landespolizeien für die Frage der Verhältnismäßigkeit auf die Folgen einer Nervendrucktechnik abgestellt werde, nicht aber auf die Schmerzen an sich.<sup>26</sup>

Derartige Annahmen stehen einerseits im Widerspruch zu den oben beschriebenen Wirkungen und Folgen der Schmerzzufügung für die Betroffenen. Die Polizei setzt sich hiermit über die Perspektive der Betroffenen hinweg und stellt ihre eigenen Interessen an einer raschen und effektiven Durchführung von Maßnahmen in den Vordergrund. Andererseits können sie zu einer Normalisierung<sup>27</sup> und unreflektierten Anwendung von Schmerzgriffen als Gewalttechniken führen, die die bestehenden rechtlichen Vorgaben überformt und in der Praxis in Frage stellt: Das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip macht polizeiliche Gewalt zur ultima ratio. Sofern andere Mittel zur Erreichung eines legalen Zwecks ergreifbar sind, müssen diese stets vorrangig angewendet werden. Wer aber die Zufügung von Schmerzen als besonders leichten Eingriff versteht, wird bei der Suche nach milderem Mitteln selten fündig werden. Dies zeigt sich etwa in der Auffassung des Innenministeriums von Mecklenburg-Vorpommern in Moosers Studie:

„Die Anwendung [von Schmerzgriffen] sei bei einigen Beamten schon in einen Automatismus übergegangen, sodass diese Techniken immer eine der ersten Maßnahmen im Einsatz darstellen würden.“<sup>28</sup>

Wohin diese Normalisierung bei einzelnen Beamt\*innen führen kann, zeigt eindrücklich das bereits eingangs erwähnte Video von einer Sitzblockade von Klimaaktivist\*innen in Berlin. Der Polizeibeamte droht dort einen Schmerzgriff mit massiven Folgen an: „Sie werden die

nächsten Tage, nicht nur heute [...] werden Sie Schmerzen beim Kauen haben und beim Schlucken“. Dass derart gravierende Folgen von dem Beamten in der vorliegenden Situation als verhältnismäßig betrachtet werden, zeugt einerseits davon, dass Schmerzen offenbar als wenig gravierend und eingriffsintensiv betrachtet werden. Andererseits erscheint die Androhung nicht alleine als Erfüllung der Verfahrensvoraussetzung für die Anwendung unmittelbaren Zwangs. Vielmehr mutet sie angesichts des Auftretens des Beamten und des Duktus der Androhung als eigene Maßnahme an, als Bedrohung, die nicht (nur) über eine bevorstehende Maßnahme informiert, sondern per se den Willen des Betroffenen beugen soll.

## Fazit

Unter den Begriff der Schmerzgriffe werden verschiedene Techniken gefasst, die in der polizeilichen Praxis zunehmend zur Anwendung kommen. Sie zielen (primär) auf eine psychische Wirkung, indem sie den Willen der Betroffenen beugen und abschrecken sollen. Sie sind damit Sinnbild einer sich als gewaltavers begreifenden Gesellschaft, die eine staatliche Institution mit dem Erhalt der bestehenden Ordnung mittels Gewalt beauftragt. Für die Betroffenen haben Schmerzgriffe gravierende Folgen. Die rechtliche Zulässigkeit von Schmerzgriffen als besonderer Form des unmittelbaren Zwangs ist umstritten und bislang nicht geklärt.

Schmerzgriffe können als Entgrenzung polizeilicher Gewaltpraxis verstanden werden. Zugleich wohnt ihnen eine Tendenz zur Normalisierung von Gewaltanwendung inne. Erstens werden Schmerzgriffe von Polizeibeamt\*innen trotz der erheblichen Folgen für die Betroffenen als eher mildes Mittel eingeschätzt, weil sie selten sichtbare physische Verletzungen hinterlassen. Schmerzen erscheinen als normal

und unter Umständen sogar als notwendiger Bestandteil des Polizeirens. Ähnlich wie beim Taser, der trotz seines tödlichen Potenzials als eher eingriffsarmes Instrument eingeschätzt wird, kann eine solche polizeiliche Betrachtungsweise dazu führen, dass diese Techniken entsprechend ausgedehnt, angedroht und angewendet werden. Zweitens perpetuieren Schmerzgriffe den Anspruch auf absolute Autorität der Polizei, indem es jedenfalls bei den Nervendrucktechniken einzig um die Beugung des Willens der Betroffenen geht. Ein solches polizeiliches Vorgehen duldet keine Rückfrage, keine Verhandlung und kein Opponieren mehr. Der Schmerzgriff bricht jeden Widerspruch und reduziert eine mündige Person auf ihren verletzbaren Körper zugunsten eines effizient durchführbaren Einsatzes.

Diese Entgrenzung zumindest nachträglich juristisch wieder einzuhegen, wird nun die Aufgabe der Verwaltungsgerichte und möglicherweise auch des Bundesverfassungsgerichts sein.

## Nachweise

1. Vgl. Gesellschaft für Freiheitsrechte, Einsatz von Schmerzgriffen bei friedlichen Demonstrationen rechts- widrig, abrufbar unter <https://freiheitsrechte.org/themen/demokratie/schmerzgriffe>, zuletzt abgerufen am 26.07.2023.
2. Dorothee Mooser, Nervendrucktechniken im Polizeieinsatz, Baden-Baden, 2022, S. 209.
3. ZEIT ONLINE, Polizeipräsidentin verteidigt Vorgehen gegen Klima-aktivisten, 30.04.2023, abrufbar unter <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2023-04/barbara-slowik-polizei-praesidentin-klimaaktivismus>, zuletzt abgerufen am 26.07.2023.
4. Abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=r5S23GH-yAI>, zuletzt abgerufen am 26.07.2023.
5. Vgl. Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, Drucksache 21/18470, abrufbar unter [https://www.buergerschaft-hh.de/parldok/dokument/68135/polizeieinsatz\\_gegen\\_klimaaktivisten\\_innen\\_am\\_20\\_09\\_2019.pdf](https://www.buergerschaft-hh.de/parldok/dokument/68135/polizeieinsatz_gegen_klimaaktivisten_innen_am_20_09_2019.pdf), zuletzt abgerufen am 26.07.2023.
6. Anders als das Zwangsgeld soll sogenannter unmittelbarer Zwang primär nicht den Willen der Adressat\*innen beugen und eine psychische Wirkung erzielen, sondern ähnlich wie die Ersatzvornahme unmittelbar zum polizeilich beabsichtigten Erfolg führen.
7. Vgl. Mooser, (Fn. 2), S. 92.
8. Ebd., S. 120 und 182.
9. Ebd., S. 200 f.
10. Ebd., S. 52 ff. Vgl. für den US-amerikanischen Kontext William Terrill/Eugene A. Paoline III, Examining Less Lethal Force Policy and the Force Continuum: Results From a National Use-of-Force Study,

Police Quarterly 16 (2013), S. 38-65.

11. Alexander Cremer/Felix W. Zimmermann, Debatte um Schmerzgriffe gegen Klimaaktivisten: Androhung „unfassbarer Schmerzen“ laut Polizei Berlin rechtmäßig, Legal Tribune Online, 18.11.2022, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/debatte-gewalt-polizei-letzte-generation-schmerzgriffe-verhaeltnismaessigkeit/>, zuletzt abgerufen am 26.07.2023.
12. Ebd.
13. VG Hamburg, 5 K 1971/11, Urteil vom 22.1.2015.
14. Robert J. Kaminski/Jeffrey A. Martin, An analysis of police officer satisfaction with defense and control tactics, Policing 23 (2000), S. 132 - 153.
15. Ähnliche Probleme ergeben sich beim Einsatz von Distanzelektroimpulsgeräten (Taser), deren Einsatz in den meisten Fällen die betroffene Person nur kurzzeitig außer Gefecht setzt, die jedoch bei Personen mit Intoxikationen, Herzvorerkrankungen oder Schwangerschaften auch deutlich gravierendere Folgen haben können. Auch in Deutschland kam es im Zusammenhang mit der Verwendung von Tasern bereits zu Todesfällen.
16. Mooser, (Fn. 2), S. 52.
17. Walter Benjamin, Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze, Berlin, 2019, 15. Auflage.
18. Vgl. Laila Abdul Rahman et al., Gewalt im Amt: Übermäßige polizeiliche Gewaltanwendung und ihre Aufarbeitung, Frankfurt/New York, 2023, S. 209 ff.
19. Siehe das hier einsehbare Video: <https://twitter.com/AufstandLastGen/status/1592130341120217088>, zuletzt abgerufen am 26.07.2023.
20. Vgl. auch Kaminski/Martin, (Fn. 14), S. 134.

21. Vgl. FragDenStaat, Wir klagen: Berliner Polizei schweigt zu Schmerzgriffen, 05.12.2022, abrufbar unter <https://fragdenstaat.de/blog/2022/12/05/klage-berliner-polizei-schmerzgriffe/>, zuletzt abgerufen am 26.07.2023.
22. Seigel beschreibt die Polizei als „violence workers“: “Police realize — they make real — the core of the power of the state. [...] It is simply about what their labor rests upon and therefore conveys into the material world. [...] It takes work to represent and distribute state violence.” (Seigel, *Violence Work*, Durham, 2018, S. 10 ff.).
23. Abdul-Rahman et al., (Fn. 18), S. 243.
24. Mooser, (Fn. 2), S. 51.
25. Abdul-Rahman et al., (Fn. 18), S. 242.
26. Mooser, (Fn. 2), S. 55.
27. Dass polizeiliche Gewaltanwendungen (und spezifisch Schmerzgriffe) auch von der weißen Dominanzgesellschaft normalisiert werden, zeigt sich etwa in einem Video vom Tigerentenclub, in dem den Kindern von zwei Polizeibeamt\*innen die Anwendung eines Schmerzgriffs demonstriert wird. Abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=bqTYb6zPDZs>, zuletzt abgerufen am 28.07.2023.
28. Mooser, (Fn. 2), S. 50.

*Liz Hicks*

# Environmental Protest and Civil Disobedience in Australia







In Germany, disruptive protest demanding climate change mitigation policies has provoked popular and constitutional discussion. Commentators have questioned whether acts of illegality committed as civil disobedience should be treated distinctly from 'ordinary' criminality and punished more leniently. In other parts of the world, however, legislative activity has singled out the illegality involved in civil disobedience to the opposite end. Legislatures have introduced laws that radically increase penalties for existing offences involved in disruptive protest and blockades, conferred new powers on police, and created new offences for previously legal forms of protest.<sup>1</sup>

In this post I explore an Australian legislative trend of the last decade that specifically targets environmental civil disobedience by imposing additional criminal penalties upon its exercise. The Australian case study is a cautionary tale of what can follow a failure to recognise democratic value in civil disobedience and treat it with constitutional nuance. Unlike in Germany, Australian climate and environmental activists do not employ constitutional arguments to frame their demands. Civil disobedience is also established in the Australian political tradition, and was the origin story of the world's first Green political party. In recent years, however, state legislatures have become active against protestors in the old growth forest, animal and climate protection movements. Court treatment of that legislation, while divergent and at an early stage of development, has tended to reduce constitutional analysis to questions of legality and the need to disincentive criminal conduct. I suggest some reasons why courts have adopted this approach, which resembles Jürgen Habermas' description of 'authoritarian legalism', notwithstanding Australia's political history.<sup>2</sup> The Australian example demonstrates the role that courts and constitutions can play in prescribing avenues for political and social change even in cases where they are textually 'minimalist' or practice parliamen-

tary deference. It warns against collapsing the practice of democracy and the meaning of the constitutional mechanisms that protect it to the meaning given by a parliament at a particular time.

## Recent Trend of Legislative Backlash

### *Forestry Blockades*

The island state of Tasmania is home to some of the world's oldest and tallest forests. It has been a site of intense conflict between conservationists and state and industry actors seeking to extract economic value from its rich natural resources.<sup>3</sup> Protests have been influential, deciding elections and successfully blockading projects so that they became unviable. Protests have leveraged federal politics to secure Commonwealth intervention and protection of forests.

In 2014 a conservative state government was elected on a promise to “tear up” a deal between industry and environmental movements and open up protected forests not covered by heritage listing.<sup>4</sup> It enacted legislation to ensure that protestors would not “damage business premises” or “obstruct the carrying out of business activities” on logging sites.<sup>5</sup> The legislation prohibited participation in a “demonstration, parade, event or a collective activity” on “business premises” without the consent of the “business occupier”. Provisions empowered police officers to arrest protestors without warrant and remove them from areas designated as business premises, which could include public places and roads. This legislation was successfully challenged for breaching a constitutionally implied freedom of political communication, which I explore below.<sup>6</sup>

The Tasmanian government has passed subsequent legislation — most recently in 2022 with bipartisan support<sup>7</sup> — attempting to re-

spond to the Court's objections while still increasing penalties for protest on logging sites. The most recent bill increases criminal penalties and treats protest on business premises as aggravated trespass, an offence previously reserved for situations such as trespass involving a firearm.<sup>8</sup> MPs have been transparent that additional penalties introduced against organisations are targeted at the Bob Brown Foundation, a civil society organisation at the centre of the Tasmanian forestry movement. In 2022 the Victorian state government passed similar legislation increasing criminal penalties for protest on logging sites.<sup>9</sup>

### *'Ag-Gag' Legislation*

Animal activists engage in civil disobedience when they trespass into animal agricultural facilities to document and distribute footage of animal treatment. This serves a similar purpose to disruptive environmental protests, which I explore below. Mainstream politics assigns a particular value to animals as property and as a resource for extracting wealth and enabling consumption. But other values are also assigned to animals that sit in tension with that treatment. By recording and distributing footage of commercial animal agricultural facilities, animal activists seek to highlight contradictions between those ways of assigning value.

Visual footage of animal mistreatment is distinct in its capacity to communicate and persuade.<sup>10</sup> It taps into certain social values and emotions — concern for animal welfare, and aversion to cruelty and violence — that sit in tension with the way that other social and economic structures assign value to animals. The power of visual footage to persuade, and of visual evidence of abuse obtained undercover to cause change, reflects in the reality of political practice: footage obtained by activists has exposed breaches of law,<sup>11</sup> prompted inve-

stigations of businesses for animal mistreatment,<sup>12</sup> driven legislative change and improved standards,<sup>13</sup> affected consumer choices, and led to the closure of abattoirs unwilling or unable to comply with regulatory standards.<sup>14</sup> Material obtained through trespass has also exposed breaches of welfare codes that regulators have been unable to expose because of a lack of resources and the warning that operators receive prior to inspection of premises. In Germany, for instance, activists have availed themselves of the defence of necessity because the act of trespass ultimately exposed other violations of law.<sup>15</sup>

‘Ag-gag’ legislation targets undercover investigations and whistleblowing in animal agriculture.<sup>16</sup> Originating in the United States in the early 1990s, ‘ag-gag’ legislation can impose greater penalties on activists that trespass to obtain footage, restrict the distribution of footage obtained during that trespass, or penalise misrepresenting membership of an animal rights organisation when pursuing employment with an agricultural facility. A ‘second wave’ of ag-gag legislation has emerged over the past two decades, spreading from the United States to Australia and Canada.<sup>17</sup>

In 2007 the New South Wales government passed the Surveillance Devices Act, which included a prohibition on disseminating material that had been recorded on private premises without consent.<sup>18</sup> It did not provide for an exemption for material in the public interest, unlike legislation in other Australian states.<sup>19</sup> This meant that, while the legislation was not designed to work as ‘ag-gag’ legislation, it can be applied in this way. Subsequent laws introduced in New South Wales,<sup>20</sup> Queensland<sup>21</sup> and South Australia<sup>22</sup> have introduced aggravated penalties for trespass onto farms to interfere with a business, damage property or release livestock. In 2022 Farm Transparency Ltd, an animal protection charity, brought a constitutional challenge to provisions of the New South Wales Surveillance Devices Act that prohibit dissemi-

nation of footage. This was narrowly upheld by the Australian High Court for reasons I explore below.<sup>23</sup>

### *Disruptive Climate Protests*

Disruptive protests are a social movement tactic that seeks to shape political agendas. They work by influencing the broader political and social environment in which institutionalised political processes operate. In some historical cases movements have relied on disruptive protests to expose a lack of social licence for a particular activity. In others they have sought to ensure a topic remains on the political agenda because of the disruption that a violation of the law attracts. The willingness of activists to expose themselves to criminal sanctions can itself be a form of persuasion, communicating the seriousness of the activists' convictions. To understand the function of disruptive protest, it is important to distinguish between mainstream political activity within institutions — which seeks popularity and public support, affirmed at elections — and activity targeted at the broader political ecosystem and norms that influence the rules and opportunities for action within mainstream institutions. Disruptive protest may be unpopular at the time, because it is confrontative, conflictual and cultivates what Martin Luther King Jr described as 'creative tension'.<sup>24</sup> Social movements have used it successfully throughout history,<sup>25</sup> however, even if that success was not apparent at the time.<sup>26</sup> That success reflects that conflict, tension, discomfort and emotions such as anger and moral shame are often the motors of social and political change. It can extend the Overton window for acceptable arguments within mainstream politics,<sup>27</sup> alter how the more 'moderate', mainstream flank of a movement appears, and expose contradictions in values in mainstream politics.<sup>28</sup>

Across the world, disruptive protest has become a popular tactic for flanks of the climate movement.<sup>29</sup> Since the disruptive climate protest movement became active in Australia, state legislatures have increasingly moved against it. In 2019 the Queensland Parliament passed legislation introducing jail terms for using certain lock on devices such as ‘dragon’s dens’ and tripod suspension devices that are difficult for police to remove without causing injury.<sup>30</sup> In 2022 the New South Wales Parliament passed legislation that made disrupting, blocking or causing the closure of prescribed railway stations, ports or infrastructure an offence.<sup>31</sup> An exemption was carved out for industrial action. It also introduced an offence of disrupting or obstructing Sydney Harbour Bridge, except as part of an industrial action.<sup>32</sup> In December 2022 protestor Deanna ‘Violet’ Coco was sentenced under the legislation to 15 months in prison with a non-parole period of eight months for blocking a lane on Sydney Harbour Bridge for 28 minutes.<sup>33</sup> Her sentence was later overturned on the basis that police had misled the Court during the initial sentencing by claiming Coco had blocked an ambulance.<sup>34</sup> Helen Kvelde and Domonique Jacobs, activists from the Knitting Nannas, brought a constitutional challenge to the New South Wales legislation in May.<sup>35</sup> The New South Wales Supreme Court has yet to deliver its decision.

South Australia followed New South Wales in May 2023 by increasing the maximum penalty for intentional or reckless obstruction of a public place to a three month custodial sentence or \$50,000 fine.<sup>36</sup> New South Wales Premier Chris Minns has also recently proposed that governments work with social media platform Meta to prevent the broadcast of protests involving civil disobedience.<sup>37</sup>

## Constitutional Treatment of Legislation Targeting Civil Disobedience

The Australian Constitution infamously contains limited express rights. In 1992 the Australian High Court found that a freedom of political communication was implied in certain constitutional provisions that require that Parliament be “directly chosen by the people”.<sup>38</sup> This was found to apply to legislation affecting the physical conduct of protest.<sup>39</sup> But to decide whether legislation targeting civil disobedience is a proportionate burden on that freedom involves complex questions about what ‘choice’ means. To protect the capacity of people to ‘choose’ involves protecting the conditions in which choices form. Those conditions are ‘pre-institutional’ and interference with them can be difficult to identify and analyse. They encompass influences on how political parties select and prioritise certain policies over others in electoral platforms and how pressure on party and parliamentary agendas is exercised. Work on civil disobedience, and on social movements more generally, also looks at strategic engagements with this broader political ecosystem in which the agendas for electoral choice form.<sup>40</sup> There is considerable overlap between the conditions that the implied freedom should protect from legislative interference, and what civil disobedience seeks to achieve in agitating for certain parliamentary or election priorities.

Two relatively recent decisions of the Australian High Court provide some early indications of the Court grappling with how to understand civil disobedience and treat legislation seeking to deter its exercise by increasing criminal penalties. Although the approach of justices has diverged, some judgments have tended to quickly dismiss the value of protest that involves illegal activity. While unarticulated, that dismissal reflects certain premises regarding the nature of politi-

cal communication and how it influences both ‘choice’ and the options available for voters to ‘choose’.

*Brown v Tasmania*

The 2017 decision of *Brown v Tasmania* considered the 2014 Tasmanian legislation that targeted forestry blockades. Two activists, Bob Brown and Jessica Hoyt, were arrested and charged under the legislation while trespassing on “business premises”. A majority of the Court agreed with their argument that the provisions of the legislation breached the implied freedom of political communication, but the reasons of the majority judgment centred on the breadth of the provisions. Kiefel CJ, Bell and Keane JJ noted the difficulty for police officers in determining the boundaries of “business premises”. This increased the risk that police may interfere with protests outside but near those premises that did not involve trespass or illegality. Justice Gageler’s judgment, which also found the legislation unconstitutional, noted the number of protests that have taken place on the site of areas that were subsequently granted protection by the government. Gageler J emphasised the “communicative power of on-site protests” that “lies in the generation of images capable of attracting the attention of the public and of the politicians to the particular area of the environment” under threat. Edelman J dissented, concluding that the legislation was valid because it only targeted conduct that was “already unlawful”. If there was “no legal freedom to communicate about government or political matters”, then the Constitution could not protect that activity. For the Court to assess whether the Constitution protected a freedom in that context would be an “anathema” in a society “founded on the rule of law”.



*Farm Transparency v New South Wales*

Judgments in the 2022 *Farm Transparency v New South Wales* decision, which narrowly upheld the 2007 New South Wales ‘ag-gag’ legislation, exposed premises relevant to the treatment of civil disobedience more starkly. In 2015 New South Wales police raided the Adelaide home of Chris Delforce, the director of Farm Transparency, and charged him for, amongst other things, the possession of footage of pigs being gassed as a method of slaughter that he obtained on private commercial premises.<sup>41</sup> While some charges were later dropped, Farm Transparency and Delforce challenged section 11 and 12 of the Act which prohibit publishing and possessing material obtained while secretly recording activity on private property. Kiefel CJ and Keane J, with Justices Edelman and Steward in separate judgments, found the restriction on publishing was a proportionate burden on the implied freedom. Chief Justice Kiefel and Justice Keane’s judgment found that the restriction was necessary to disincentivise illegal trespass, which in turn protected “privacy”, “property” and “dignity”. Justice Edelman agreed but concluded that the restriction on publishing wouldn’t apply to third parties or journalists who publish without knowledge of the unlawful way the footage was obtained. As in *Brown*, Justice Edelman’s judgment concluded that the freedom could not protect what was already illegal. Justice Gageler, dissenting, concluded that disincentivising trespass was an insufficient justification for restricting communication on “matters of political and governmental concern”, particularly where that prohibition was blanket. As in *Brown*, Gageler J emphasised the persuasive visual imagery as a form of communication.

## A Position on Civil Disobedience?

These judgments do not present an express position on civil disobedience — illegal activity for the purpose of political engagement. With the exception of Justice Gageler’s judgments, however, they reflect certain relevant premises. The first of these seems to be a view of political communication as information, whose function in shaping voters’ choices at elections can exist independently of the medium that carries it and how it is communicated. This premise is not unique to the Australian context, and reflects to a certain extent in First Amendment doctrine on ‘content-neutrality’ and ‘time, place and manner’ restrictions. The reality of political practice, as well as extensive scholarship in the social sciences, demonstrates the instability of that distinction. In recognising the importance of visual imagery, Justice Gageler’s judgments reflect a less mechanistic understanding of how political communication shapes voter choice. Relatedly, some of the judgments too readily dismiss the value of activity that is unlawful in shaping Australia’s political system. This tendency — reflected in Justice Edelman’s judgment in both cases, and Chief Justice Kiefel and Justice Keane’s judgment in *Farm Transparency* — sees the additional burden as less relevant because the law already restricts the activity. This tendency is at odds with practices of civil disobedience, where accepting criminal penalties is itself a form of communication that communicates the strength of the activist’s convictions. Altering the penalty, or the ends to which material obtained unlawfully can be used, will affect the likelihood of that communication taking place — and this is the legislature’s intent.

These premises are not treated in great depth in *Brown* and *Farm Transparency* and the Court’s position on civil disobedience so far — likely to become more important as the climate crisis escalates societal

and political conflicts — is not entirely settled. Brown and Farm Transparency may instead tend to validate Justice Gageler’s concerns that adopting a test of structured proportionality to analyse whether the implied freedom had been breached, reduces analysis to “some pre-determined all-encompassing algorithm” that takes attention away from the fundamental purpose for which the freedom exists. When combined with other doctrinal oddities of the implied freedom — the Court will only analyse legislative but not executive acts<sup>42</sup> — it can produce the strained outcomes associated with an algorithm. A clear example is Chief Justice Kiefel and Justice Keane’s conclusion that the legislation in Farm Transparency protected dignity and privacy, even though the particular facts involved surveillance of commercial activity on commercial premises. Other constitutional systems, including Germany, distinguish between protecting the privacy and dignity of natural persons and other legal persons.<sup>43</sup> This kind of close attention to context is particularly important in cases involving civil disobedience, which as my earlier discussion explored, often involve trespass against private property rights. Debate and contest about what is, and should be, property goes to the heart of most environmental conflicts.

## **The Climate Emergency and Contentious Politics**

Parliaments and legislatures across the world are failing to meet the challenges of the climate emergency. And while the reasons for that failure are complex, one explanation is the ‘institutionalised’ quality of parliamentary politics itself. Party politics pursues popularity, its focus is local and short-term, and the design of legislatures is oriented toward compromise between interests and the maintenance of the status quo. The climate emergency requires us to act fast, it will not compromise or negotiate on terms, and the consequences will not

wait for the bundle of norms and expectations that govern institutionalised politics to catch up. In the short term, any policy response required to keep global heating within safe bounds will involve a loss of entitlement to extract wealth from the environment — especially for actors and constituencies with a greater degree of representation and influence in parliamentary politics.<sup>44</sup> Mainstream politics is disincentivised from leading uncomfortable conversations unless it has no choice. If parliamentary politics steps up to the challenge of the climate emergency, it will be because it is forced to do so either by a ‘politics of discomfort’, or because the scale of disaster that unfolds from its current trajectory creates that discomfort. To this end, the climate emergency requires that constitutional lawyers reflect carefully on the premises regarding democratic change that we bring to constitutional interpretation.

## Nachweise

1. See, eg, Nick Crockett, 'The Rise of Critical Infrastructure Protest Legislation and its Implications for Radical Climate Activism' (2022) 33(2) *Colorado Environmental Law Journal* 407; *Public Order Act 2023* (UK).
2. Jürgen Habermas, 'Civil Disobedience: Litmus Test for the Democratic Constitutional State' (1985) 30 *Berkeley Journal of Sociology* 95. Habermas argued that the state should treat civil disobedience more leniently than 'ordinary' criminality. Where judges and prosecutors fail to do so, this effectively reduces the question of what is 'legitimate' to what is 'legal', resulting in what he termed 'authoritarian legalism'.
3. Thomas Anthony O'Brien, "'Let this Forest For Ever Rest": Tracking Protest and Identity in Australia's Forests' (2019) 50(3) *Australian Geographer* 365.
4. Lenore Taylor, 'Why reignite Tasmania's forest wars — to produce logs no one will buy?' *Guardian Australia* online, 24 March 2017.
5. *Workplaces (Protection from Protestors) Act 2014* (Tas).
6. *Brown v Tasmania* (2017) 261 CLR 328.
7. *Police Offences Amendment (Workplace Protection) Act 2022* (Tas).
8. 'Fact Sheet', *Police Offences Amendment (Workplace Protection) Bill 2022*, available here: [https://www.justice.tas.gov.au/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0004/654682/Police-Offences-Amendment-Workplace-Protection-Bill-2022-Fact-Sheet.pdf](https://www.justice.tas.gov.au/__data/assets/pdf_file/0004/654682/Police-Offences-Amendment-Workplace-Protection-Bill-2022-Fact-Sheet.pdf)
9. *Sustainable Forests Timber Amendment (Timber Harvesting Safety Zones) Act 2022* (Vic).
10. Darren Lilleker, Anastasia Veneti and Daniel Jackson, 'Images mat-

ter: the power of the visual in political communication', *The Conversation*, 20 September 2019, available here: <https://theconversation.com/images-matter-the-power-of-the-visual-in-political-communication-122281>

11. Laura Kane, 'Chilliwack dairy farm pleads guilty to animal abuse', *The Canadian Press*, 16 December 2016, available here: <https://globalnews.ca/news/3132414/chilliwack-dairy-farm-pleads-guilty-to-animal-abuse/>
12. David King, 'Undercover footage of violence at dairy farm prompts RSPCA investigation', *The Guardian*, 26 February 2019, available here: <https://www.theguardian.com/environment/2019/feb/26/undercover-footage-of-violence-at-dairy-farm-prompts-rspca-investigation>
13. Premier of Victoria, 'Government Crack Down on Live Baiting', *State Government of Victoria (Web Page)*, 11 June 2015, available here: <https://www.premier.vic.gov.au/government-crack-down-live-baiting>
14. Lauren Day, 'Pig abattoir ceases operations amid investigation into 'serious and disturbing' allegations', *ABC News online*, 26 February 2023, available here: <https://www.abc.net.au/news/2023-04-26/pig-abattoir-ceases-operations-amid-investigation-allegations/102264842>
15. Decision of OLG Naumburg, 22 February 2018, 2 Rv 157/17.
16. Center for Constitutional Rights and Defending Rights and Dissent, 'Ag-Gag Across America: Corporate-Backed Attacks on Activists and Whistleblowers', 2017, available here: <https://ccrjustice.org/sites/default/files/attach/2017/09/Ag-GagAcrossAmerica.pdf>
17. See, eg, *Security from Trespass and Protecting Food Safety Act 2020 (Ontario)*.

18. Surveillance Devices Act 2007 (NSW) s 11.
19. See, eg, Surveillance Devices Act 1999 (Vic) s 11.
20. Right to Farm Act 2019 (NSW).
21. Agriculture and Other Legislation Amendment Bill 2019 (Qld).
22. Summary Offences (Trespass on Primary Protection Premises) Amendment Act 2020 (SA).
23. *Farm Transparency v New South Wales* [2022] HCA 23.
24. Martin Luther King Jr, 'Letter from Birmingham City Jail' in Hugo Adam Bedau (ed), *Civil Disobedience in Focus* (Routledge, 1991) 68.
25. Damien Gayle, 'Disruptive protest helps rather than hinders activists' cause, experts say' *The Guardian*, 7 July 2023, available here: <https://www.theguardian.com/world/2023/jul/07/disruptive-protest-helps-not-hinders-activists-cause-experts-say>
26. Michael Harriot, 'MLK is revered today but the real King would make white people uncomfortable' *The Guardian*, 17 January 2022, available here: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2022/jan/17/mlk-is-revered-today-but-the-real-king-would-make-white-people-uncomfortable>
27. Heather Alberro, 'Climate change: radical activists benefit social movements — history shows why' *The Conversation*, 24 May 2022, available here: <https://theconversation.com/climate-change-radical-activists-benefit-social-movements-history-shows-why-181977?>
28. Brent Simpson, Robb Willer, Matthew Feinberg, 'Radical flanks of social movements can increase support for moderate factions' (2022) 1(3) *PNAS Nexus* 110.
29. Carnegie Endowment for International Peace, 'Climate Protests: Tracking Growing Unrest', 12 January 2023, available here: <https://www.carnegieendowment.org/2023/01/12/climate-protests-tracking-growing-unrest/>

[//carnegieendowment.org/2023/01/12/climate-protests-tracking-growing-unrest-pub-88778](https://carnegieendowment.org/2023/01/12/climate-protests-tracking-growing-unrest-pub-88778)

30. Summary Offences and Other Legislation Amendment Bill 2019 (Qld).
31. Roads and Crimes Legislation Amendment Bill 2022 (NSW).
32. Roads Act 1993 (NSW) s 144G.
33. Azadeh Dastyari, 'The Road to Repression: Environmental Activism and the Right to Protest in the State of New South Wales', *Verfassungsblog*, 20 December 2022, available here: <https://verfassungsblog.de/the-road-to-repression/>
34. Michael McGowan, 'NSW police drop claim that protest involving Deanna 'Violet' Coco blocked ambulance' *The Guardian Australia* online, 7 March 2023, available here: <https://www.theguardian.com/australia-news/2023/mar/07/nsw-police-drop-claim-that-protest-involving-deanna-violet-coco-blocked-ambulance>
35. Ben Doherty, 'Knitting Nannas tell court NSW protest laws have left them 'frightened' to take climate action' *The Guardian Australia* online, 10 May 2023, available here: <https://www.theguardian.com/australia-news/2023/may/10/knitting-nannas-tell-court-nsw-protest-laws-have-left-them-frightened-to-take-climate-action>
36. Summary Offences (Obstruction of Public Places) Amendment Act 2023 (SA).
37. Tasmin Rose and Josh Taylor, 'NSW push to stop climate protesters livestreaming on Facebook labelled 'profoundly anti-democratic' *The Guardian Australia* online, 22 June 2023, available here: <https://www.theguardian.com/australia-news/2023/jun/23/nsw-push-to-stop-climate-protesters-livestreaming-on-facebook-labelled-profoundly-anti-democratic>



38. *Australian Capital Television v Commonwealth* (1992) 177 CLR 106.
39. *Levy v Victoria* (1997) 189 CLR 579.
40. Jim Jasper, Kevin Moran, Marisa Tramontano, 'Strategy' in Donatella della Porta and Mario Diani (eds) *The Oxford Handbook of Social Movements* (OUP, 2014) 399-409.
41. Paul Gregoire, 'Exposing Agricultural Brutality: An Interview with Chris Delforce' *Sydney Criminal Lawyers* (Web Page) 22 November 2017, available here: <https://www.sydneycriminallawyers.com.au/blog/high-court-challenge-to-nsw-ag-gag-laws-an-interview-with-farm-transparency-projects-chris-delforce>
42. Janina Boughey and Anne Carter, 'Constitutional Freedoms and Statutory Executive Powers' (2022) 45(3) *Melbourne University Law Review* 903-949.
43. See, eg, German Federal Constitutional Court decision of the First Senate 13 June 2007, 1 BvR 1550/03.
44. Matto Mildenerger. *Carbon Captured: How Business and Labor Control Climate Politics* (MIT Press, 2020).



*Adam Wagner*

# (In)tolerance to Civil Disobedience in the UK





In the UK, civil disobedience “has a long and honourable history”, as Lord Hoffmann famously said in *R v Jones (Margaret)*<sup>1</sup>. He went on:

*‘[p]eople who break the law to affirm their belief in the injustice of a law or government action are sometimes vindicated by history. The suffragettes are an example ... It is the mark of a civilised community that it can accommodate protests and demonstrations of this kind. But there are conventions which are generally accepted by the law-breakers on one side and the law-enforcers on the other. The protesters behave with a sense of proportion and do not cause excessive damage or inconvenience. And they vouch the sincerity of their beliefs by accepting the penalties imposed by the law. The police and prosecutors, on the other hand, behave with restraint and the magistrates impose sentences which take the conscientious motives of the protesters into account.’*

These are undoubtedly fine words. But, as Lord Justice Toulson said in a different case, fine words butter no parsnips.<sup>2</sup> For a while, even as late as a few years ago, peaceful protesters – even those who caused significant disruption – were treated leniently by the courts, rarely if ever being imprisoned. But recent judgments and legislation suggest that the days of toleration for civil disobedience are over.

Hardly a week goes by in the UK without a high-profile story about civil disobedience, generally arising from the environmental movement. On 3 August 2023, Greenpeace activists covered the Prime Minister’s family home in ‘oil black’ fabric to protest the recent granting of new oil licences.<sup>3</sup> Recently, the Just Stop Oil group has blocked roads,<sup>4</sup> disrupted major sporting events<sup>5</sup> and thrown soup at a Van Gogh painting<sup>6</sup>.

Meanwhile, the courts have been taking an increasingly stringent approach to the sentencing of deliberately disruptive protesters. On 31

July, the Court of Appeal (the second highest appellate court) upheld what it accepted were ‘severe’ prison sentences – three years and two years seven months’ imprisonment respectively – handed down to two Just Stop Oil protesters who had climbed, and caused the 40-hour closure of, a bridge on a major motorway ((*R Trowland*)).<sup>7</sup>

The judgment was handed down by the incoming Lord Chief Justice, Lady Justice Carr, and it contains a number of important signals for both protesters and judges considering the many hundreds of cases which are likely to be in the judicial pipeline in the coming months.

### Three developments

Why are the courts taking what appears to be a more stringent approach to sentencing? There have been three closely connected legal developments which have, taken together, fundamentally changed the legal position of peaceful protest in the UK.

First, in the past two years there has been a glut of new legislation aimed at making it harder for protest movements to do what they traditionally do – organise protests and capture public attention with direct action. There have been three important pieces of legislation in as many years.

The Police, Crime, Sentencing and Courts Act 2022 (‘PCSCA’)<sup>8</sup> made it possible for the police to impose conditions on, including banning, public processions and assemblies which were ‘noisy’, or disruptive in other ways such as causing ‘prolonged disruption’ to various everyday activities. A new statutory offence was also created for causing public nuisance. Previously, this had been a common law offence, and the Law Commission had recommended it was placed on a statutory footing. But the sting in the tail, which was highlighted by the sentencing of the motorway bridge protesters, was the maximum 10-

year prison sentence for the new offence. The maximum sentence for obstructing the highway was also increased from a fine to 51 weeks imprisonment.

Then came the Public Order Act 2023<sup>9</sup>, creating new offences of ‘locking on’ and ‘being equipped for locking on’. ‘Locking on’ is widely defined as a person ‘*attaching themselves to another person, to an object or to land*’. Being equipped for locking on means having ‘*an object*’ with the intention of using it for locking on. Days after the legislation was introduced, it was used to arrest and detain republican activists who were found with luggage straps which they say were for transporting protest signs to the coronation of King Charles III.<sup>10</sup>

The 2023 Act also introduced a power to search protesters without suspicion if a senior officer believes offences such as locking on ‘may’ be committed in an area. It additionally introduced ‘serious disruption prevention orders’, which give courts powers to order serial disruptors not to associate with other protesters, enter town centres etc. – a tactic which has previously been used to prevent gang violence, terrorism and drug dealing.

In recent months, a new regulation<sup>11</sup> (made under the PCSCA) made it even easier for police to impose conditions on processions and assemblies, lowering the threshold (which had only just been lowered by the PCSCA) further to any protest which an officer reasonable believes may cause a ‘*hindrance that is more than minor*’ to everyday activities. This could in theory include walking the dog or meeting a friend for a coffee. I commented that the change gives police an almost unlimited discretion to limit peaceful protest and would likely have a chilling effect on protest generally.<sup>12</sup>

## Persons unknown injunctions

A second development is the rapid growth of the use of civil injunctions to restrain protest activities.

Until 20 years ago, it was necessary to name a defendant to an injunction granted to protect private rights. A case about a Harry Potter book changed that, in a ruling that made it possible for an injunction to apply to anyone who did the thing which the injunction prohibited.<sup>13</sup> This judgment was swiftly taken up by landowners who could not identify protesters trespassing on their land but wanted to obtain an injunction preventing the protest activities.

For a number of years, such anti-protest injunctions were limited to small areas, for example a few meters outside of a shop selling animal furs<sup>14</sup> or the entrance to a fracking site<sup>15</sup>. However, more recently, 'Mega Person Unknown Injunctions' (my term) have been granted to prevent protest activities on huge areas of land. There are currently, for example, injunctions preventing protest along the entire proposed route of the High Speed 2 railway project, running for hundreds of miles.<sup>16</sup> An even larger one was granted which applies to anyone protesting on the 'strategic road network' of 4,300 miles.<sup>17</sup>

Anyone breaching an injunction can be held in contempt of court, with penalties of an unlimited fine or up to two years' imprisonment. In the first contempt case relating to protesters (in which I acted), about a protest outside of a fracking site, the Court of Appeal approved suspended rather than immediate prison sentences. Lord Justice Leggatt (as he was then), citing *R v Jones* and highlighting the history of leniency towards civil disobedience, emphasised that '*greater clemency*' should be shown towards those who are found to be '[e]schewing violence and showing some measure of moderation in the level of harm intended', and who are '*engaged in a form of political action undertaken on moral*



grounds rather than in mere criminality'.<sup>18</sup>

More fine words – but in the three years since *Cuadrilla*, few pars-nips have been buttered. Road blocking protests have led to a number of protesters receiving immediate prison sentences. In a case relating to *Insulate Britain*<sup>19</sup>, nine defendants received immediate prison sentences of between three and six months for breaching an injunction preventing protest on the M25 motorway. Dame Victoria Sharpe, President of the (then) Queen's Bench Division, said<sup>20</sup> that '[i]n a democratic society which recognises the right to freedom of peaceful assembly, protests causing some degree of inconvenience are to be expected and, up to a point, tolerated'. However, she went on:

*'Ordinary members of the public have rights too, including the right to use the highways. The public's toleration of peaceful protest depends on an understanding that, in a society subject to the rule of law, the balance between the protestors' right to protest and the right of members of the public to use the highways is to be determined not by the say-so of the protestors, but according to the law ... these defendants broke the social contract under which in a democratic society the public can properly be expected to tolerate peaceful protest...'*

In imposing the sentences, the Court highlighted the apparent lack of remorse, and the fact that unlike in previous cases such as *Cuadrilla*, *'harm was not the by-product of the protest; its very objective was to cause harm and disruption to as many ordinary members of the public as possible to bring attention to the cause the defendants advocated'*.<sup>21</sup>

In another case, involving breaches of the HS2 injunctions, protesters were given long sentences including 268 days imprisonment, perhaps the longest yet, buttressed by a £43,000 costs order.<sup>22</sup>

## Increased sentences for disruptive protest

The third development is the approach now being taken to the sentencing of non-violent protest in the criminal courts, as exemplified by the recent judgment in *R (Trowland)* – the motorway bridge case.

In that case, the appellants pointed out that the sentences under appeal were the longest ever handed down in a case of non-violent protest in modern times. The Court of Appeal accepted they were ‘severe’ but did not consider them ‘manifestly excessive’ (the test on appeal).

Lady Justice Carr highlighted a number of factors when justifying the decision, including that: (1) the ‘*sheer scale of disruption and damage*’ went well beyond that in previous cases where leniency had been shown<sup>23</sup> and disrupted hundreds of thousands of members of the public<sup>24</sup>, (2) disruption was the central aim of the protesters’ conduct, as opposed to a side-effect of the protest, therefore weakening Article 10 and 11 ECHR protections (the rights to freedom of expression and of assembly respectively) and distinguishing it from previous cases<sup>25</sup>, (3) the protesters’ apologies ‘*rang hollow*’, (4) there was now an increased need for deterrence, because ‘*supporters of organisations such as Just Stop Oil have staged increasingly well-orchestrated, disruptive and damaging protests*’ in the context of a ‘*pressing social need to protect the public and to prevent social unrest arising from escalating illegal activity*’,<sup>26</sup> (5) at the time of the events, both protesters were on police bail for similar offences<sup>27</sup>, (6) both had at least one relevant antecedent<sup>28</sup>, and (7) the sentences ‘*reflect[ed] Parliament’s will*’ as they were under the new statutory public nuisance offence which, as described above, attracts sentences of up to 10 years imprisonment.<sup>29</sup>

## (In)tolerance to protest

Disruptive environmental protest has become a hugely controversial issue in the UK, both politically and legally. It is likely to be a wedge issue in the upcoming General Election. Both major political parties are talking tough on the issue, and the government has instituted draconian new laws. The courts, for their part, are permitting ever more Mega Persons Unknown injunctions and imposing increasingly longer prison terms for peaceful – but disruptive – protests.

Part of this is an international trend, caused by the indisputable evidence of global warming and the increasingly activist environmental movement.<sup>50</sup> But from a UK practitioner's perspective, it is deeply worrying that there are now a large number of peaceful protesters in the prison system, or facing huge bills for legal costs, or both. If the judgment in *R (Trowland)* is anything to go by, this is just the beginning. The wave of environmental direct-action protests is increasing in size, and is already crashing against the rocks of harsh and broad new anti-protest legislation. I have no doubt that many more protesters will enter the prison system soon, potentially leading to martyrdom and radicalisation – so, contrary to the government's intentions, leading to more, not less, public disruption.

It is no great surprise that the courts have changed their previously lenient approach when the issue is protests whose *very aim* is public disruption. The Insulate Britain and Just Stop Oil protests are generally aimed at the public at large, not (as, for example, with the recent Greenpeace protest) government and companies. They often cause very significant disruption, and the courts obviously feel – and explicitly say – that they are protecting the public interest by deterring similar future actions.

However, one might ask whether the courts' previous statements

on showing leniency towards civil disobedience now mean anything at all. There is always a risk of viewing the actions of previous successful protest movements through rose-tinted glasses. The women's suffrage campaign, which is often held up as a paradigmatic 'good protest movement' (for example in *R v Jones*), could be highly disruptive and sometimes violent<sup>51</sup>. The logic of treating non-violent protesters more leniently than other people breaking the criminal law is that history shows that society benefits from social movements, which are often disruptive and – as today – place themselves in the crosshairs of public criticism and government intolerance.

The courts today talk of protesters breaching the 'social contract', require that they act with 'proportion', and that they express genuine remorse. But if you speak to anyone on the more radical edges of the environmental movement, they will say that they are fulfilling the social contract by highlighting – in a non-violent way – the imminent threat of environmental destruction. They do not, in my experience, show the kind of remorse that the courts demand of them because they do not feel any, and are generally not the kind of people who say things which they do not mean for personal gain. I wonder whether the courts have now set the bar of the 'civil disobedience discount' so high, and added so many provisos and exceptions, that it is essentially unachievable, and unreal in the current, or any, protest context.

Arguably, Parliament also bears some of the blame for the increasing radicalisation of these groups by making it so difficult to organise large scale, 'traditional' protests without running the risk of being arrested or charged with overly broad offences such as 'coming equipped for locking on'. Ultimately, peaceful *political* protest should be addressed by *politicians*. The current government has decided, by making disruption of 'everyday life' a criminal act, that it is a matter not of politics but for the police and criminal law. This will have serious implications

for society, and for freedom of speech, whether or not you believe it is the right approach.

The debate over the appropriate level of toleration for disruptive protest has been raging for years, but in another sense it is only just beginning. The courts, and society at large, should take the opportunity to consider whether the right balance is being struck.

## Nachweise

1. [2006] UKHL 16. The judgment is available here: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2006/16.html>
2. As he was then: see *Guardian News and Media Ltd, R (on the application of) v City of Westminster Magistrates' Court* [2012] EWCA Civ 420, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/420.html>, para. 1
3. BBC News, 4 August 2023, Rishi Sunak: Five bailed after Greenpeace protest at PM's home, available here: <https://www.bbc.com/news/uk-england-york-north-yorkshire-66403105>
4. Cambridge Independent, 01 August 2023, 'We will not die quietly' say Just Stop Oil Cambridge protesters after North Sea drilling goes ahead, available here: <https://www.cambridgeindependent.co.uk/news/just-stop-oil-protesters-in-rush-hour-cambridge-march-over-o-9324126/>
5. Sky News, 29 June 2023, Just Stop Oil protesters charged with trespass after disrupting Ashes test, available here <https://news.sky.com/story/just-stop-oil-protesters-charged-with-trespass-after-disrupting-ashes-test-12911878>
6. The Guardian, 14 October 2022, Just Stop Oil activists throw soup at Van Gogh's Sunflowers, available here: <https://www.theguardian.com/environment/2022/oct/14/just-stop-oil-activists-throw-soup-at-van-goghs-sunflowers>
7. *Trowland & Anor, R. v* [2023] EWCA Crim 919, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2023/919.html>
8. Available here: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2022/32/contents>

9. Available here: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/15/contents/enacted>
10. See Josh Payne and Gwyn Wright, Republican protesters arrested as lock-on devices seized hours before coronation, available here: [https://uk.style.yahoo.com/republican-protesters-arrested-lock-devices-085150892.html?guce\\_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce\\_referrer\\_sig=AQAAAMDgYaQEwdRt\\_SwbX2ihppNtzgqe4OH8xHbOd9Ln6LyvHiNkijD0z-2L5TeUSVvKJxXp6cbB8yFr0OSwUEG85nk9BKzuBIIf1yc16zRkByUhz08ULdo5psQisswG3BfRis30tnh4a\\_1xNCSFdxW2SxgvnwYs1jEpOHGaPyohh5n&guccounter=2](https://uk.style.yahoo.com/republican-protesters-arrested-lock-devices-085150892.html?guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAAMDgYaQEwdRt_SwbX2ihppNtzgqe4OH8xHbOd9Ln6LyvHiNkijD0z-2L5TeUSVvKJxXp6cbB8yFr0OSwUEG85nk9BKzuBIIf1yc16zRkByUhz08ULdo5psQisswG3BfRis30tnh4a_1xNCSFdxW2SxgvnwYs1jEpOHGaPyohh5n&guccounter=2)
11. Available here: <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2023/655/contents/made>
12. You can read a legal opinion I wrote for Friends of the Earth on the 2023 Act here: [https://cdn.friendsoftheearth.uk/sites/default/files/downloads/FoE%20Opinion%20-%20Adam%20Wagner.pdf?\\_ga=2.42754093.928716782.1691320448-1426195736.1691320446](https://cdn.friendsoftheearth.uk/sites/default/files/downloads/FoE%20Opinion%20-%20Adam%20Wagner.pdf?_ga=2.42754093.928716782.1691320448-1426195736.1691320446)
13. Bloomsbury Publishing Group Ltd. & Anor v News Group Newspapers Ltd. & Ors [2003] EWHC 1205 (Ch) (23 May 2003), available here: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2003/1205.html>
14. Canada Goose UK Retail Ltd & Anor v Unknown Persons [2020] EWCA Civ 303 (05 March 2020), available here: [https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2020/303.html&query=\(.2020.\)+AND+\(EWCA\)+AND+\(Civ\)+AND+\(303\)](https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2020/303.html&query=(.2020.)+AND+(EWCA)+AND+(Civ)+AND+(303))
15. Cuadrilla Bowland Ltd & Ors v Lawrie & Ors [2020] EWCA Civ 9 (23 January 2020), available here: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2020/9.html>
16. See for the injunction here: <https://www.hs2.org.uk/in-your-area/hs-2-route-wide-injunction/>

17. See National Highways, High Court injunctions for motorways and major A roads, <https://nationalhighways.co.uk/about-us/high-court-injunctions-for-motorways-and-major-a-roads/>
18. *Cuadrilla Bowland Ltd & Ors v Lawrie & Ors* [2020] EWCA Civ 9, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2020/9.html> – see in particular paras. 97-99.
19. *National Highways Ltd v Heyatawin & Ors* [2021] EWHC 3078 (QB), <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2021/3078.html>
20. At paras. 56-58.
21. Para. 54.
22. *Cuciurean v Secretary of State for Transport & Anor* [2022] EWCA Civ 1519, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2022/1519.html> (lacted for Cuciurean in the case, which has now been taken to the European Court of Human Rights).
23. E.g. *R v Richard Roberts and others* [2018] EWCA Crim 2739, where appellants sat on top of the cabs of lorries for 2.5 to 3 days causing one carriage way of a highway was blocked causing ‘substantial’ disruption to thousands of people. Their 15 and 16 months’ sentences were reduced on appeal to a conditional discharge for two years. The other comparator was *R v James Hugh Brown* [2022] EWCA Crim 6, in which an Extinction Rebellion protester glued himself to the fuselage of a plane at an airport. He was removed after an hour, by which time 339 passengers’ flights were cancelled. His sentence was reduced from 12 to 4 months imprisonment.
24. Para. 76.
25. Para. 75.
26. Para. 86.
27. Paras. 16-17.



28. Paras. 14-17.

29. Para. 90.

30. See the other contributions of this book.

31. See Fern Riddell, *Suffragettes, violence and militancy*, available here:  
<https://www.bl.uk/votes-for-women/articles/suffragettes-violence-and-militancy>

# Autor:innen-Verzeichnis

**Dr. Samira Akbarian** ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

**Dr. Maxim Bönnemann** ist Redakteur beim Verfassungsblog und Comparative and International Law Research Scholar an der University of Michigan Law School.

**Anna-Mira Brandau**, MJur (Oxford) forscht zu verfassungs- und völkerrechtlichen Grundsatzfragen.

**Rouven Diekjobst**, MJur (Oxford) ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Friedenssicherungsrecht und Humanitäres Völkerrecht der Ruhr-Universität Bochum.

**Prof. Dr. Katrin Höffler** ist Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Rechtssoziologie an der Universität Leipzig.

**Tobias Gafus** ist Rechtsanwalt in Berlin.

**Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz** ist Professor für Öffentliches Recht an der Universität Bonn.

**Dr. Andreas Gutmann** ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Kassel Institute for Sustainability der Universität Kassel.

**Hannah Espín Grau** ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Kriminologie und Strafrecht der Goethe-Universität

**Prof. Dr. Felix Hanschmann** ist Inhaber des Dieter-Pawlik-Stiftungslehrstuhls für Kritik des Rechts – Grundlagen und Praxis des demokratischen Rechtsstaats an der Bucerius Law School in Hamburg.

**Lena Herbers** hat Jura und Soziologie studiert und ist Doktorandin am Institut für Soziologie der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

**Liz Hicks** ist Postdoktorandin an der Universität Münster.

**Prof. Dr. Thorsten Koch** ist Gastprofessor für Öffentliches Recht

mit dem Schwerpunkt Polizei- und Ordnungsrecht an der Hochschule für Wirtschaft und Recht in Berlin.

**Prof. Dr. Stefan König** ist Strafverteidiger in Berlin und Honorarprofessor in Göttingen.

**Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel** lehrt Strafrecht an der Universität Augsburg.

**Dr. Fin-Jasper Langmack** forscht zum Völkerstrafrecht, den Menschenrechten und der Transitional Justice.

**Prof. Dr. Andreas Nitschke** ist Professor für Öffentliches Recht und Zivilrecht an der Fachhochschule für Verwaltung und Dienstleistung in Altenholz, Schleswig-Holstein.

**Prof. Dr. Ralf Poscher** ist Professor für Öffentliches Recht an der Universität Freiburg und Direktor des Max-Planck-Instituts zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht.

**Prof. Dr. Tobias Singelnstein** ist Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie am Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt.

**Tore Vetter** ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) der Universität Bremen.

**Prof. Dr. Jochen von Bernstorff** ist Professor für Staatsrecht, Völkerrecht, Verfassungslehre und Menschenrechte an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen.

**Adam Wagner** ist Barrister und Visiting Professor am Goldsmiths, University of London.

**Fynn Wenglarczyk** ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtstheorie an der Goethe-Universität Frankfurt.

**Maja Werner** ist Doktorandin am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht.

**Jan-Louis Wiedmann**, LL.M. (Cambridge) ist ab November 2023

Rechtsreferendar am Kammergericht Berlin.

**Jana Wolf** ist Doktorandin am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

## Read more

### Verfassungsblog



Verfassungsblog is a not-for-profit academic and journalistic open access forum of debate on topical events and developments in constitutional law and politics in Germany, the emerging European constitutional space and beyond. It sees itself as an interface between the academic expert discourse on the one hand and the political public sphere on the other.

Check out [Verfassungsblog.de](http://Verfassungsblog.de) to discover all our articles, debates and other resources.



### Our Books

We've got more open access books on other topics available for you at [Verfassungsblog.de/Books](http://Verfassungsblog.de/Books).

Verfassungsbooks

ON MATTERS CONSTITUTIONAL

„Der zivile Ungehorsams ist wieder da und versetzt die Republik in helle Aufregung. Und vieles spricht dafür, dass er in einem demokratischen Rechtsstaat nicht legitim sein kann. Andererseits aber ist die liberale Demokratie ja ein kontingent gewachsenes Konglomerat aus Praktiken und Institutionen, das gerade, weil es den Menschen gerecht werden soll, immer wieder Ausnahmen kennt und sich durchlaviert und außerdem eine gewisse Zukunftsflexibilität zeigen muss. In jedem Fall spielt die Rezeption des Ungehorsams in der Öffentlichkeit eine gewichtige Rolle - und an der Schnittstelle von Recht und Öffentlichkeit versammelt dieser Band wesentliche Argumentationen für oder gegen den zivilen Ungehorsam.“

– Hedwig Richter

