

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 45

Strafrechtlicher Gewaltbegriff und Staatsgewalt

Von

Rainer Keller



Duncker & Humblot · Berlin

RAINER KELLER

Strafrechtlicher Gewaltbegriff und Staatsgewalt

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser
ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 45

Strafrechtlicher Gewaltbegriff und Staatsgewalt

Von

Dr. Rainer Keller



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Prof. Dr. Rolf-Peter Calliess, Hannover**

Alle Rechte vorbehalten

© 1982 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1982 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3 428 05112 2

Vorbemerkung

Diese Arbeit habe ich im Frühjahr 1980 abgeschlossen. Der Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Hannover hat sie als Dissertation angenommen. Spätere Veröffentlichungen wurden soweit möglich berücksichtigt.

Die Herren Prof. Calliess und Prof. Haffke haben die Arbeit durch Anregung und Kritik gefördert. Herr Prof. Schmidhäuser hat sie in die Reihe der strafrechtlichen Abhandlungen aufgenommen. Die Theodor und Helene Klüber Stiftung für Frieden und Lebenshilfe hat den Druck großzügig unterstützt. Ihnen allen danke ich.

Hannover im Januar 1982

Rainer Keller

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	13
1. Erste Eingrenzung	13
2. Zur Verbindlichkeit des Redens von Gewalt im Strafrecht ...	14
3. Rechtliche und tatsächliche Relevanz des Begriffs strafbarer Gewalt	18
II. Arten der Gewalt	20
1. Prämissen	20
2. Verletzungsgewalt	21
3. Verletzungsgewalt und vermittelte Verkehrsformen	24
4. Instrumentelle und expressive Verletzungsgewalt	26
5. Strukturelle Gewalt; soziale und politische Bestimmung	27
6. Zwangsausübung	30
7. Staatliche Monopolisierung von Zwang und Freiheit?	31
III. Schutz und Wahrung von Freiheit durch Strafrecht	34
1. Verhältnis von Gewaltbegriff und Rechtsgut Freiheit im Strafrecht	34

2. Das Rechtsgut Freiheit in herkömmlicher Sicht	35
a) Rechtgut und Freiheitsschutztatbestände 36 — b) Entwicklung des Rechtsguts 38 — c) Negative Freiheit 41 — d) Positive Freiheit 41 — e) Relativierte Freiheit 45 — f) Neubestimmung des Verhältnisses von Gewalt und Freiheit 47 — g) Zusammenfassung 48 — h) Normative Implikationen des Freiheitsbegriffs im Strafrecht 48	
3. Zu einigen sozialen Zusammenhängen von äußerer Willensfreiheit	49
a) Das Wollen 49 — b) Arbeit 50 — c) Verkehrsformen: Sprache 51 — d) Freiheit und normierte Verkehrsformen 52 — e) Distanz, Annäherung, Regelverletzung 54 — f) Zwischenergebnis 55 — g) Verkehrsformen: Tausch 55 — h) Vereinzelung, Zweckrationalität, Zerfall menschlicher Verkehrsformen 56 — i) Vereinzelung und Herrschaft 56 — k) Résumé 59	
4. Zusammenhänge von Freiheit in Straftatbeständen	60
a) Die Fragestellung: Freiheit als Substanzbegriff oder als Sammelbegriff 60 — b) Sexualdelikte 60 — c) Kindesentziehung 61 — d) Freiheitsberaubung 62 — e) Delikte im politischen System 62 — f) Raub 63 — g) Erpressung 67 — h) Zwischenergebnis 68 — i) Nötigung 69 — k) Freiheit als Sammelbegriff und funktionsdifferente Bestimmung des Gewaltbegriffs? 82 — l) Zusammenfassung 84	
IV. Entwicklung und bisherige Bestimmungen des Gewaltbegriffs ...	87
1. Zur historischen Entwicklung der Gewaltstrafbarkeit	87
a) Einheit von Gewalt und Freiheit 88 — b) Gewalt und Freiheit im Mittelalter 88 — c) Landfriedensordnungen 91 — d) Mögliche Funktionen des weiten Gewaltverbots 92 — e) Das crimen vis im Absolutismus 96 — f) Bürgerliche Herrschaft 100	
2. Gewalt als Kraftentfaltung	103
a) Darstellung des Begriffs 103 — b) Wechsel der Gewaltbegriffe in der Rechtsprechung 105 — c) Kritik der Unbestimmtheit des Begriffs 107 — d) Schutz der öffentlichen Sicherheit als Erklärung? 108	
3. Gewalt als Einwirkung auf den Körper	110
a) Darstellung des Begriffs 110 — b) Kritik der Rechtsprechung 115 — c) Kritik der Literatur 116 — d) Das Berührungsverbot als Erklärung des Begriffs? 122	

4. Dualismus von tatbestandlichem Gewaltbegriff und Rechtsgut Freiheit	124
a) Methodendualismus 126 — b) Dualismus von Kriminalpolitik und formaler Rechtsstaatlichkeit 129 — c) Verfassungsrechtliche Probleme des Dualismus 131	
5. Bindings Gewaltbegriff	135
6. Monistische Konzeption von Gewaltbegriff und Freiheitschutz	137
a) Naturalismus, Teleologie und Erfolgsorientierung 137 — b) Kritik des Vorrangs der Teleologie 143 — c) Kritik des Vorrangs des Erfolges 152	
7. Gewalt als Zwangsausübung	155
a) Rechtsprechung 155 — b) Literatur 160 — c) Sozialadäquater Freiheitsschutz 163 — d) Sozialadäquanz, Generalprävention, Konformismus 165	
8. Freiheit als objektiver Wert	166
a) Zur Bedeutung von objektiven Werten 167 — b) Objektive Werte im Strafrecht 170 — c) Methodische Probleme, Ablösung der Freiheit von historischer und sozialer Wirklichkeit 171 — d) Entsubjektivierung der Freiheit 175 — e) Auflösung demokratischer Verfahren und Kompetenzen 178 — f) Auflösung des Gewaltmonopols und Diskriminierung 179 — g) Alternative zur Wertorientierung 182 — h) Fazit 183	
9. Die Forderung nach materieller Gerechtigkeit	183
a) Selektivität 184 — b) Mehrdeutigkeit 184 — c) Soziale Gerechtigkeit 185 — d) Legalität und Gerechtigkeit 186 — e) Positivismus 187 — f) Vereinzelung 188 — g) Folgenorientierung 188	
10. Soziale Zusammenhänge der Ausweitung des Gewaltbegriffs	192
a) Interventionismus 193 — b) Latenz der Strafgewalt 197 — c) Gefahrenkontrolle 199	
11. Pragmatische Erwägungen	203
a) Milderung durch Anerkennung des Verbotsirrtums? 203 — b) Vergleich mit Fahrlässigkeit und Unterlassung 204 — c) Vergleich mit anderen Rechtsgebieten 206	

12. Vorschläge zur Einschränkung des weiten Gewaltbegriffs ...	207
a) Freiheitsschutz, Sozialadäquanz, Interesse (Haffkes Ansatz) 207 — b) Andere Ansätze 212	
13. Zusammenfassung der Kritik	212
V. Bestimmung des Gewaltbegriffs	214
1. Leitlinien der Bestimmung	214
a) Reflexiver Freiheitsschutz 214 — b) Gewalt und Zwang 216 — c) Soziale Bedeutung der Gewalthandlung 217 — d) Fazit 220	
2. Verletzungsgewalt	220
a) Gewalt und Kommunikation (Calliess' Ansatz) 221 — b) Problematische Legitimation der Strafe 223 — c) Verletzung und Gefahr 225 — d) Die soziale Bedeutung der Verletzungshandlung 226 — e) Gegenwärtige Gefahr 229 — f) Weitere Bestimmungen der Gefahr 231 — g) Einwände gegen die Einbeziehung der Gefahr 233 — h) Scheingefahr als Gewalt? 235	
3. Können andere Beeinträchtigungen als Gewalt bewertet werden?	242
4. Eigentumsbeeinträchtigungen und Gewalt gegen eine Person	243
a) Zum Sprachgebrauch 244 — b) Argumentation aus §§ 249 ff. 244 — c) Zur Bestimmung der Gewalt gegen eine Person 246 — d) Systematische Probleme 248 — e) Fazit 249	
5. Gewalt als Freiheitsberaubung und Gewalt gegen eine Person	249
a) Zur sozialen Bedeutung der Freiheitsberaubung 249 — b) Gewalt gegen eine Person und Freiheitsberaubung 252 — c) Weitere Gründe für die Einbeziehung 255 — d) Eingrenzungen 256	
6. Gewalt durch Unterlassen?	257
7. Definition der Gewalt	261

VI. Einzelprobleme des Gewaltbegriffs	262
1. Betäubung, Einwilligung und Probleme der Sexualdelikte ...	262
2. Gewalt gegen Dritte und Probleme der politischen Delikte ..	265
a) Rechtsprechung und Literatur 265 — b) Eigene Lösung 267	
— c) Besonderheiten der politischen Delikte 271	
3. Straßenverkehrsdelikte	280
a) Gefährdungsvorsatz 280 — b) Gefahrkonstellationen 282	
4. Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte	284
a) Der weite Gewaltbegriff bei § 113 284 — b) Der Gewalt-	
begriff der h. M. bei § 113 286 — c) Eigene Lösung 289	
5. Gefangeneneuterei	290
a) Reichweite des § 121 290 — b) Zusammenrottung 292 — c)	
Strafbarkeit der Selbstbefreiung? 294 — d) Anstaltsinterne	
Gewaltnötigung (ohne Ausbruchstendenz) 298 — e) Weiter	
Gewaltbegriff und Strafvollzug 299 — f) Zusammenfassung 299	
6. Gewalttätigkeit	300
a) Gewalt und Gewalttätigkeit 300 — b) Rechtsprechung und	
Literatur 301 — c) Öffentliche Sicherheit als vorrangiges	
Rechtsgut? 304 — d) Bestimmung des Begriffs der Gewalt-	
tätigkeit 309	
 VII. Strafrechtlicher Gewaltbegriff und Staatsgewalt — Zusammen-	
fassung	317
 Literaturverzeichnis	320

I. Einleitung

1. Erste Eingrenzung

Wenn einer den anderen verprügelt, ist das Gewalt. Aber auch, ohne ihn anzufassen, kann er ihn in seiner Gewalt haben. Eine Idee, eine Ideologie oder die Verhältnisse können Gewalt über die Menschen erlangen, wenn die Menschen die Gewalt über sich selber verloren haben. Der Bereich dessen, was als Gewalt bezeichnet wird, hat zwei Zentren, die körperliche Aggression und das Machtverhältnis. Juristisch sind dafür die Bezeichnungen aktuelle, dynamische, personale Gewalt einerseits und andererseits statische, strukturelle, konstitutionalisierte Gewalt, Gewaltverhältnis gebräuchlich.

Wenn ein Mensch einen anderen tötet oder verletzt, so wird das im Strafrecht in speziellen Tatbeständen erfaßt, die nicht den Terminus Gewalt enthalten, sondern genauere Bezeichnungen, wie ‚töten‘, ‚an der Gesundheit beschädigen‘, ‚körperlich mißhandeln‘. Ob der strafrechtliche Terminus ‚Gewalt‘ das gleiche meint oder mehr oder etwas ganz anderes, soll hier untersucht werden. Vorab ist klar: Die nach dem StGB strafbare Gewalt muß ein menschliches Verhalten, eine Tat sein, denn nur darauf beziehen sich die Straftatbestände. Nicht gemeint sein kann also „der stumme Zwang der Verhältnisse“ (K. Marx), „the invisible hand“ (Adam Smith); das Gewaltverhältnis ohne personalen Gewalthaber ist nicht strafbare Gewalt. Personale Gewaltverhältnisse jedoch, in denen Menschen über andere Macht haben, sind im StGB als ‚Gewalt‘ erwähnt, z. B. die „Staatsgewalt“, die „Gewalt- und Willkürherrschaft“, die „Gewalt“ von Fürsorgepersonen über die von ihnen Abhängigen¹. Ohne als solche bezeichnet zu werden, sind auch noch andere personale Gewaltverhältnisse im StGB thematisiert². Zu bestimmen, was dabei im einzelnen gemeint ist, ist nicht Ziel der vorliegenden Untersuchung. Erledigt ist damit das Problem der Gewaltverhältnisse freilich nicht, denn wer einen strafrechtlichen Begriff bestimmt, wirkt allemal an einem Gewaltverhältnis mit.

Was in den verbleibenden sehr zahlreichen Gewaltstraftatbeständen gemeint ist, kommt in allen sozialen Bereichen vor, vom Hochverrat

¹ §§ 92, 223 b StGB.

² Z. B. §§ 170 b, 170 d, 174 ff., 176. §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

über Vergewaltigung und Raub bis zur Straßenverkehrsnotigung. Nach der tatbestandlichen Handlungsbeschreibung muß dabei Gewalt sich darauf richten, jemanden zu einem bestimmten Verhalten zu zwingen, ihn zu nötigen. Nur als Zwangsmittel ist ‚Gewalt‘ in diesen Vorschriften erwähnt. Sie muß mit Zwang also in irgendein Verhältnis gebracht werden; d. h. sie muß von Zwang auch unterschieden werden. Allerdings tendieren Strafrechtsprechung und Literatur dahin, Gewalt mit Zwang annähernd zu identifizieren. Auch dann muß es sich aber um eine konkrete Zwangsausübung handeln. Die bloße Zwangsmöglichkeit, d. h. die Macht, das Gewaltverhältnis, genügt nicht³.

2. Zur Verbindlichkeit des Redens von Gewalt im Strafrecht

Sozialwissenschaftliche Untersuchungen zum Thema Gewalt beziehen sich je nach dem Erkenntnisinteresse der Einzeldisziplin primär auf jeweils eines der beiden Bedeutungszentren des Wortes Gewalt. So war die frühere psychologische Aggressionsforschung vor allem an der dynamischen Gewalt des einzelnen, die Politologie vor allem an der institutionellen oder strukturellen Gewalt orientiert¹. Die Friedensforschung beschäftigt sich mit beiden Varianten. Dynamische, personale Gewalt und strukturelle Gewalt zusammenfassend wird hier Gewalt bestimmt als Beschränkung der aktuellen Selbstrealisierungsmöglichkeiten des Menschen², letztlich als vermeidbarer Widerspruch zwischen individuellem und Gesellschaft. Danach ist sehr vieles Gewalt.

Neuere Definitionen des Begriffs Gewalt im Strafrecht kommen der in der Friedensforschung gefundenen Bestimmung nahe; sie bestimmen wie gesagt Gewalt im wesentlichen als Zwangsausübung. Diese Nähe des strafrechtlichen zum sozialwissenschaftlichen Begriff ist erstaunlich, denn im Strafrecht hat das Reden von Gewalt eine besondere Verbindlichkeit: die Strafe. Mit ihr ist ein Gewaltverhältnis hergestellt, das als physischer Zugriff aktualisiert wird, wenn der Verurteilte sich nicht fügt. Im Strafrecht ein Geschehen als Gewalt bezeichnen, kann bedeuten, es mit Gewalt zu ahnden, unter Umständen mit lebenslanger Freiheitsstrafe (§ 81). In allen Gewaltstraftatbeständen ist Freiheitsstrafe angedroht.

Die sozialwissenschaftliche Erkenntnis von Gewalt ist meist geleitet von dem Interesse, Gewalt zu beseitigen oder doch zu verringern, durch psychologische, organisatorische, sozialpolitische oder ähnliche Maß-

³ Das ist unbestritten. Vgl. die Differenzierung der Zwangsmittel ‚Abhängigkeitsverhältnis‘ und ‚Gewalt‘ in § 108.

¹ Kritisch zu dieser Arbeitsteilung Kl. Horn, Gewalt und Aggression, S. 33.

² Vgl. Galtung, Gewalt, Frieden, Friedensforschung, S. 57.

nahmen³. Die strafrechtliche Erkenntnis von Gewalt ist orientiert an deren Zurückdrängung durch Strafgewalt. Deutlich wird das davon abweichende sozialwissenschaftliche Erkenntnisinteresse formuliert von Hacker: „Probleme, die nur mit Gewalt gelöst werden können, müssen neu gestellt werden“⁴. Zwar können auch sozialwissenschaftliche Untersuchungen der Gewalt letztlich auf Beseitigung der Gewalt durch Gewalt hinauslaufen⁵; der Zusammenhang von Erkennen, Definieren und Handeln ist hier jedoch wesentlich lockerer als im Strafrecht. Wer in Anwendung des Strafrechts Gewalt definiert, hat *wirkliche* Definitionsgewalt. — Wenn dennoch auch das Strafrecht Gewalt aufheben soll, so darf der Strafrichter Gewalt nicht „bekämpfen“, nicht durch Gewalt ersetzen. Vielmehr muß er sein eigenes Mittel, die Strafgewalt und die Funktionen und Bedingungen ihrer Anwendung, also das *Recht im gesellschaftlichen Zusammenhang reflektieren*, um so die alternativenlose Unmittelbarkeit der Gewalt zu ersetzen durch ein anderes.

Im Strafrecht versucht man, dem Problem in zwei Schritten gerecht zu werden. Zunächst wird ungeachtet der Strafbarkeit ein sehr weiter tatsächlicher Bereich — neuerdings fast jede Zwangsausübung — als Gewalt erfaßt. Anschließend wird positiv festgestellt, welcher Zwang als Mittel zu Zwecken verwerflich ist oder besonders intensiv wirkt⁶ und deshalb rechtswidrig ist und der Reaktion der Strafgewalt bedarf. Durch die recht ungenauen Kriterien der Verwerflichkeit und Intensität entsteht „für jedermann ein strafrechtliches Interpretationsrisiko“⁷. Um privaten Zwang zu verhindern, wird die Drohung mit der staatlichen Strafgewalt verallgemeinert. Man traut den Bürgern anscheinend kaum zu, dauerhaft vernünftig zusammenzuleben und Probleme gewaltlos zu regeln, aber zur Vernunft der Strafgewalt hat man grenzenloses Vertrauen. Ob damit der Zusammenhang von privater Gewalt und Strafgewalt hinreichend reflektiert ist, läßt sich bezweifeln. Immerhin ist im Grundgesetz von Demokratie die Rede, damit wird der Vernunft der Bürger einiges zugetraut.

Die Bestimmung strafrechtlicher Tatbestände ist orientiert an Zielen. Es sollen bestimmte ‚Güter‘ geschützt werden. Der weite, die Strafgewalt entgrenzende Begriff privater Gewalt ist orientiert an einzelnen Subjekten, deren jedes, gerade weil es zunächst *einzelnes* ist, vorab das

³ Bei der Friedensforschung ist dieses Interesse im Namen fixiert. Zur Aggressionsforschung: Hacker, *Aggression, Die Brutalisierung der modernen Welt*, S. 15; vgl. auch Werbik, *Theorie der Gewalt*, S. 6.

⁴ A.a.O.

⁵ Vgl. Dencik, *Plädoyer für eine revolutionäre Konfliktforschung*, S. 247 ff.

⁶ Zum Teil werden auch andere Generalklauseln, Güterabwägungen eingeführt, dazu später.

⁷ Wolfgang Naucke, *Generalklauseln*, S. 16.