#### STRAFBARKEIT VON ARBEITSKÄMPFEN?

von

## DR. WOLFGANG DÄUBLER Professor an der Universität Bremen

I. Die Beschäftigung mit dem Thema "Streik und Strafrecht" bedarf der Rechtfertigung. Einschlägige gerichtliche Entscheidungen gehen auf die 1. Hälfte der 50 er Jahre zurück. Seither scheinen sich keine Probleme mehr ergeben zu haben; Verurteilungen wegen Teilnahme an Arbeitsniederlegungen sind nicht ersichtlich. Auch das Interesse der Literatur hat merklich nachgelassen: Seit den 1954 erschienenen einschlägigen Monographien von Oswald <sup>1</sup> und Niese <sup>2</sup> haben sich nur noch auf Vollständigkeit bedachte Lehr- und Handbücher wie Hueck-Nipperdey <sup>3</sup> und Brox-Rüthers <sup>4</sup> um eine Bestimmung der strafrechtlichen Grenzen von Streik und Aussperrung bemüht. Kann es daher mehr als eine akademische Stilübung sein, die Frage nach der Strafbarkeit von Arbeitskämpfen erneut aufzurollen?

Die "Zurückhaltung" von Rechtsprechung und Lehre findet eine plausible Erklärung in der Zurückhaltung der Gewerkschaften. Seit der spektakulären Niederlage im Kampf um das BetrVG 1952 <sup>5</sup> haben sich die Arbeitnehmerorganisationen auf systemimmanente Forderungen nach mehr Lohn und Sozialleistungen beschränkt. Weitergehende Ansprüche wie das Verlangen nach Einführung der paritätischen Mitbestimmung in allen Großunternehmen wurden ausschließlich an den Gesetzgeber adressiert und dessen Einsicht und gutem Willen überlassen. Der Streik verlor seine gesellschaftsverändernde Kraft; er beschränkte sich auf die Rolle als letztes Mittel bei der Lohnauseinandersetzung und wurde so zum bloßen Verteilungskampf. Auch in diesem engen Bereich wurde er nur sehr spärlich eingesetzt <sup>6</sup>, obwohl sich die Einkommensrelationen fortwährend zu Lasten der

<sup>1)</sup> Der Streik und die ihm durch das Strafrecht gezogenen Grenzen, Köln 1954.

<sup>2)</sup> Streik und Strafrecht, Tübingen 1954.

<sup>3)</sup> Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band II/2, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1970, \$ 50 (S. 1051).

<sup>4)</sup> Arbeitskampfrecht. Ein Handbuch für die Praxis, Stuttgart 1965, S. 180 ff.

<sup>5)</sup> Vgl. dazu Eberhard Schmidt, Die verhinderte Neuordnung 1945-1952, 2. Aufl., Frankfurt/Main 1971, S. 193 ff.

<sup>6)</sup> Zur Streikstatistik s. Söllner, Arbeitsrecht, 2. Aufl., Stuttgart — Berlin — Köln — Mainz 1971, S. 67 mwN.

Lohnabhängigen verschoben <sup>7</sup>. Der den Status quo der Machtverteilung sichernde soziale Frieden wurde nicht nur von den Arbeitgebern propagiert, sondern auch von den Gewerkschaftsspitzen und großen Teilen der Mitgliedschaft akzeptiert <sup>8</sup>. Für die Bekämpfung von Arbeitsniederlegungen mit den Mitteln des Strafrechts fehlte so jeder Anlaß; es reichte völlig aus, einen sporadisch aufflammenden wilden Streik mit zivilrechtlichen (Schadensersatz-) Sanktionen zu belegen <sup>9</sup>.

Diese Situation kann sich ändern. Die Septemberstreiks brachten zwar keinen grundsätzlichen Wandel im Streikverhalten der deutschen Arbeitnehmer 10, doch ist damit zu rechnen, daß die seit Abschluß der Rekonstruktionsperiode stärker werdenden konjunkturellen Schwankungen zu verschärften Auseinandersetzungen führen werden. Dazu kommt eine fühlbare Politisierung insbesondere jüngerer Arbeitnehmer, die im Hochschulbereich zu "wilden" (und überdies meist "politischen") Assistentenstreiks 11, bei Polizisten, Steuerbeamten und Lehrern zur Praktizierung von Streiksurrogaten wie "Denkpausen" und "Dienst nach Recht und Gesetz" sowie zu Demonstrationen während der Dienstzeit führten 12. Auch Beamtenanwärter und Lehrlinge setzten sich 1970 offen über das ihnen von der herrschenden Meinung auferlegte Streikverbot hinweg 13. Wächst auch in Zukunft die Bereitschaft, schwer erträgliche Arbeits- und Ausbildungsbedingungen nicht nur im Wege des Appells an den Gesetzgeber zu kritisieren, sondern aus eigener Kraft für Abhilfe zu sorgen, so ist nicht auszuschließen, daß auch das Strafrecht wieder aus seiner Mottenkiste gezogen und als Mittel zum Schutz vor unerwünschtem sozialem Wandel eingesetzt wird. Nach den in den 50-er Jahren entwickelten Grundsätzen ist es hierfür vortrefflich geeignet: Die vom BGH vorgenommene Subsumtion des Streiks unter den Gewaltbegriff 14 macht es möglich, den sog.

politischen Streik als Hochverrat, zumindest aber als Nötigung von Staatsorganen zu behandeln; die Unbestimmtheit der Verwerflichkeitsklausel in § 240 II StGB und § 253 II StGB legt es nahe, auch einen Teil der "nichtpolitischen", auf Verbesserung der unmittelbaren Arbeitsbedingungen gerichteten Streiks als strafbares Unrecht auszugeben. So stehen etwa H. Schröder 15 und Mertz 16 auf dem Standpunkt, der vom Betriebsrat unter Verletzung des § 49 II 2 BetrVG 1952, organisierte wilde Streik sei strafbar, und Siebrecht nennt als Beispiele für "Verwerflichkeit" die beabsichtigte Existenzgefährdung des Arbeitgebers, den Streik von Landarbeitern während der Ernte und die Arbeitsniederlegung in Gas-, Elektrizitätsund Wasserwerken, sofern die Versorgung der Bevölkerung gefährdet wird 17. Weiter geht Maurach, der die Verwerflichkeit mit der Sozialadäquanz gleichsetzt 18 und damit wohl jeden nicht von der Rechtsprechung des BAG gedeckten Streik in den Strafbarkeitsbereich verweist.

Die Schärfe dieser Thesen macht eine eingehende Auseinandersetzung nötig, zumal sie schon während der 50-er Jahre nicht völlig unbestritten waren. Dazu kommt, daß der Abbau der Atmosphäre des Kalten Krieges (mit all ihrer Feindlichkeit gegenüber Arbeitnehmerorganisationen) auch juristischen Niederschlag fand: Die Tatbestände der Parlaments- und der Beamtennötigung (§§ 105, 114 StGB a. F.) wurden zusammengefaßt und bezüglich des Nötigungsmittels auf "Gewalt" oder "Drohung mit Gewalt" beschränkt (§§ 105, 106 StGB). Die in § 88 StGB n. F. geregelte Staatsgefährdung verzichtet im Gegensatz zur früheren Regelung auf die ausdrückliche Nennung von Streik und Aussperrung als Formen der Tatbegehung, und schließlich wurde der die "Aufforderung zum Ungehorsam" unter Strafe stellende § 110 StGB aufgehoben, wodurch die These H. Schröders 19 hinfällig wurde, jede Aufforderung zum Streik sei ein Vergehen gemäß § 110 StGB 20. Schließlich darf nicht vergessen werden, daß sich die Haltung der Literatur gegenüber der verfassungsrechtlichen Garantie des Streiks geändert hat. Was

<sup>7)</sup> S. die Angaben bei Huffschmid, Die Politik des Kapitals. Konzentration und Wirtschaftspolitik in der Bundesrepublik, 2. Aufl., Frankfurt/Main 1969, S. 14 ff.

<sup>8)</sup> S. als Beispiele aus neuerer Zeit die Beibehaltung der absoluten Friedenspflicht des Betriebsrats im DGB — Entwurf für ein neues BetrVG (RdA 1970, 237 ff. — § 49 III 1) oder die Beteiligung der Gewerkschaften an der Konzertierten Aktion (s. dazu Henschel GMH 1969, 215 ff.). Kritisch dagegen der "Bericht zum Selbstverständnis der Gewerkschaften" in: Gewerkschaftliche Praxis 1971, 151: "Zur Unterstützung ihrer Reformvorstellungen müssen die Gewerkschaften mehr als bisher bereit sein, sich des gewerkschaftlichen Kampfes zu bedienen; ihren Stolz auf die relativ geringe Zahl an Streiktagen im Vergleich zu anderen Ländern der westlichen Welt müssen sie aufgeben".

<sup>9)</sup> s. etwa den Fall BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

<sup>10)</sup> Vgl. dazu Schumann-Gerlach-Gschlössl-Milhoffer, Am Beispiel der Septemberstreiks – Anfang der Rekonstruktionsperiode der Arbeiterklasse? Frankfurt/Main 1971, S. 134 ff., 159 ff.

<sup>11)</sup> Nachweise bei Hoffmann KJ 1971, 45 und Ramm, Das Koalitions- und Streikrecht der Beamten, Köln 1970, S. 106 f.

<sup>12)</sup> Vgl. Däubler, Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Aufl., Tübingen 1971, S. 4 f; Hoffmann KJ 1971, 45 f.

<sup>13)</sup> Dazu: Beamtenstreik. Dokumentation über die Streikaktionen der Nachwuchskräfte der Stadt Frankfurt am Main im Dezember 1970, zusammengestellt von Norbert Breunig, herausgegeben vom ÖTV-Kreisjugendausschuß Frankfurt/Main, 1971.

<sup>14)</sup> BGHSt 8, 102 ff. = AP Nr. 1 zu \$ 80 StGB mit krit. Anm. Sax.

<sup>15)</sup> BB 1953, 1016.

<sup>16)</sup> AR-Blattei, Arbeitskampf VI A I 1 b.

<sup>17)</sup> Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, 3. Aufl. Köln 1964, S. 162.

<sup>18)</sup> Strafrecht, Besonderer Teil, 5. Auflage, Karlsruhe 1964, S. 117.

<sup>19)</sup> Schönke-Schröder, Kommentar zum StGB, 15. Aufl., München 1970, \$ 110 Rn 3; kritisch dazu Hueck-Nipperdey, II/2, \$ 50 C IV (S. 1059 Fn 38 a).

<sup>20)</sup> Für Abschaffung des § 110 Baumann ZRP 1969, 87 und Baumann-Frosch JZ 1970, 116. Wozu der Tatbestand des § 110 gut sein konnte, zeigt die Entscheidung BGHSt 7, 67: Arbeiter hatten in einem Flugblatt ihre Kollegen aufgerufen, "das BetrVG unwirksam zu machen, die Arbeitsgemeinschaftspolitik zu verhindern und die Wirtschaftsausschüsse sowie die Aufsichtsräte zu boykottieren". Außerdem sollte bei den Betriebsratswahlen für bestimmte, dem BetrVG ablehnend gegenüberstehende Kandidaten gestimmt werden. Der BGH bestätigte die Verurteilung gemäß § 110 StGB, da die Angeklagten "bewußt zur grundsätzlichen und allgemeinen Auflehnung gegen das im BetrVG niedergelegte Gebot der Zusammenarbeit aufgefordert" hätten "und zwar mit dem Endziel, eine andere Art des Mitbestimmungsrechts zu erreichen, das der Arbeiterschaft größere Rechte einräume". Zustimmend Brox-Rüthers S. 200 und Siebrecht S. 164.

in den 50-er Jahren noch Mindermeinung war, ist heute nahezu völlig anerkannt und durch die Notstandsklausel des Art. 9 III 3 GG zusätzlich abgesichert: Die von Gewerkschaften organisierte, auf Verbesserung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gerichtete Arbeitsniederlegung ist durch die Verfassung geschützt, sie ist Teil der ausdrücklich gewährleisteten Koalitionsfreiheit <sup>21</sup>. Damit könnte durchaus eine Neueinschätzung des Streiks auch auf strafrechtlichem Gebiet einhergehen — ein weiterer Grund, die Diskussion über die lange ausgeklammerte Problematik wieder aufzunehmen.

#### II. Der Streik als Straftat gegen die verfassungsmäßige Ordnung

1. Das im November 1952 von der KPD verkündete "Programm der nationalen Wiedervereinigung Deutschlands" forderte den Sturz des Adenauer-Regimes bis zum März 1953, dem Zeitpunkt der Behandlung von EVG- und Generalvertrag im Bundestag. Als Mittel wurde u. a. der "Massen- und Generalstreik" genannt 22. Der BGH prüfte diesen Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt der Vorbereitung zum Hochverrat gemäß §§ 81 I, 80 I Ziff. 1 StGB a. F. 23, wonach mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren bestraft wurde, wer ein Unternehmen vorbereitete, durch das die auf dem GG beruhende verfassungsmäßige Ordnung "mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt" geändert werden sollte 24. Nachdem das Gericht zunächst festgestellt hatte, anders als § 90a StGB a. F. wollten die Hochverratsvorschriften nicht nur die Grundprinzipien der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, sondern die Verfassungseinrichtungen in ihrer konkreten vom GG geschaffenen Form schützen, prüfte es die im vorliegenden Zusammenhang entscheidende Frage, ob der Streik Gewalt i. S. der §§ 80 ff. StGB a. F. sein könne. Prinzipiell wurde diese Frage bejaht. Die Anwendung von Körperkraft sei weder erforderlich noch geeignet; da die Gegenwart andere und nicht minder wirksame Methoden des "gewaltsamen" Umsturzes kenne, müsse es allein auf die Zwangswirkung ankommen, wäre doch sonst § 80 StGB a. F. weithin entwertet. Jeder Streik stelle nun eine aktive Kraftentfaltung dar; ob er eine der körperlichen Kraftentfaltung vergleichbare Wirkung erstrebe, hänge von der Art und dem Umfang des Streiks sowie davon ab, auf wen durch ihn eingewirkt werden solle. So stelle ein örtlich begrenzter oder auf einen bestimmten nicht lebenswichtigen Industrie- und Berufszweig beschränkter Streik "regelmäßig" keine Gewalt dar, während ein Massen- oder Generalstreik sehr wohl "Gewalt" i. S. der Hochverratsvorschriften sein könne.

Die Angeklagten wurden daher zu (der Höhe nach nicht mitgeteilten) Freiheitsstrafen verurteilt. Das Urteil hat in der Literatur zum Teil heftige Kritik  $^{25}$ , aber auch Zustimmung erfahren  $^{26}$ . In der Läpple-Entscheidung des BGH fand es ausdrückliche Bestätigung  $^{27}$ , obwohl im konkreten Fall das Vorliegen von Gewalt gegenüber dem Kölner Magistrat mit Rücksicht auf die räumliche Entfernung zwischen Demonstranten und Rathaus abgelehnt wurde, was als leichte Auflokkerung gewertet werden kann  $^{28}$ .

Die Kritik muß im vorliegenden Fall schon bei der Sachverhaltswürdigung ansetzen. Heinemann und Posser haben mit Recht darauf hingewiesen, für den Vorwurf des Hochverrats hätte es an ausreichenden tatsächlichen Anhaltspunkten gefehlt <sup>29</sup>. Irgendwelche Vorbereitungen für einen Umsturzversuch seien nicht bekannt geworden. Ein wichtiges Indiz für die Haltlosigkeit der Vorwürfe sei die Tatsache, daß kein Antrag auf Aufhebung der Immunität der Mitglieder der KPD-Bundestagsfraktion gestellt wurde und sich das Parlament überdies jeder Äußerung enthalten habe. In Wahrheit dürfte daher eine bloße verbale Erklärung vorgelegen haben, die vom BGH zu einem Hochverratsplan hochstilisiert wurde. Zutreffend hält F. Chr. Schroeder dem BGH weiter entgegen, er habe den geplanten Sturz der Adenauer-Regierung zur Forderung nach Abschaffung einer verfassungsmäßigen Institution umfunktioniert <sup>30</sup>. Die Auswirkung derart tendenziöser Sachverhaltsmanipulationen auf die unmittelbar Betroffenen schien das Gericht ebenso

<sup>21)</sup> Nachweise bei Däubler (Fn 12) S. 66 ff.; Hueck-Nipperdey, II/2, \$ 47 B I (S. 912 ff.). Auch Rüthers (JZ 1970, 431) spricht von dem "inzwischen allgemein gebilligten Schluß, der Arbeitskampf sei durch Art. 9 III GG verfassungsgesetzlich geschützt".

<sup>22)</sup> Die Sachverhaltsdarstellung stützt sich auf Heinemann-Posser NJW 1959, 121, da die einschlägige BGH-Entscheidung (BGHSt 8, 102 ff. = AP Nr. 1 zu § 80 StGB) nur sehr wenige Angaben enthält.

<sup>23)</sup> BGHSt 8, 102 ff. = AP Nr. 1 zu \$ 80 StGB.

<sup>24)</sup> heute (sachlich übereinstimmend) §§ 83 I, 81 I Ziff. 2 StGB.

<sup>25)</sup> Baumann-Frosch JZ 1970, 115; Blei JA 1970, 142; Čopić, Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art, Tübingen 1967, S. 130 Fn 12; Geilen in: Festschrift für Hellmuth Mayer, Berlin 1966, S. 446 ff.; ders., Der Tatbestand der Parlamentsnötigung, Bonn 1957, S. 87 ff.; Heinemann-Posser NJW 1959, 121 ff.; Sax Anm. zu AP Nr. 1 zu \$ 80 StGB; F. Chr. Schroeder, Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht, München 1970, S. 153, 203 ff. 26) Brox-Rüthers S. 195; Dreher, Kommentar zum StGB, 32. Aufl., München 1970, § 81 Anm. 3; Knodel, Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, München und Berlin 1962, S. 119 ff.; Schönke-Schröder aaO. (Fn 19) § 81 Rn 4 mit unpräzisen Nachweisen, die den Eindruck einer (nicht bestehenden) herrschenden Meinung erwecken: 1. Der herangezogene Bericht des Sonderausschusses für Strafrechtsreform (BT-Drucksache V/2860 S. 3) hält einen politischen Streik nur dann für Gewalt, wenn seine Auswirkungen der physischen Gewalt gleichkommen, so z. B. wenn durch Lahmlegung der gesamten Lebensmittel-, Wasser- oder Energieversorgung das physische Leben der Bevölkerung gefährdet ist. Nach Auffassung der Mehrheit der Ausschußmitglieder liegt keine Gewalt vor, wenn die Versorgung der Bevölkerung durch einen technischen Notdienst aufrechterhalten wird. Damit wird der Bereich der Strafbarkeit sehr viel enger als beim BGH und bei Schönke-Schröder gezogen, da nur der "politische" Streik einbezogen und auf die physischen Auswirkungen bei den Betroffenen abgestellt wird. 2. Der gleichfalls herangezogene Bericht von Krauth-Kurfess-Wulf (JZ 1968, 579) sagt nur, der verfassungskonforme Streik sei niemals Gewalt i. S. der \$\$ 81 ff. StGB; zum verfassungswidrigen Streik ist nichts ausgeführt; da der Gewaltcharakter nicht von der Rechtmäßigkeit abhängt, ist ein argumentum e contrario nicht plausibel. 3. Von den zahlreichen kritischen Stimmen werden nur Heinemann-Posser und Niese zitiert.

<sup>27)</sup> BGHSt 23, 46 ff.

<sup>28)</sup> So Blei JA 1970, 142.

<sup>29)</sup> NJW 1959, 121 ff.

<sup>30)</sup> aaO. (Fn 25) S. 204.

wenig zu interessieren wie die Gefährdung der Meinungsfreiheit; die unmittelbare Repression gegen die im Kalten Krieg Verfemten stand ausschließlich im Vordergrund und führte zu einem Tatbestand, den man am besten mit Gesinnungsjustiz bezeichnet <sup>31</sup>. Das System war perfekt: Wer die Dinge deutlich beim Namen nannte und derartige Entscheidungen als "Terrorurteile" bezeichnete, wurde wegen Beleidigung verurteilt <sup>32</sup>.

Auch die juristische Würdigung dieses zurechtgebogenen Tatbestandes war — um die unterkühlte Sprache unserer oberen Gerichte zu verwenden — nicht rechtsirrtumsfrei. Die Effizienzthese — § 80 a. F. laufe weithin leer, wenn die modernen, nicht auf physischer Gewaltanwendung beruhenden Umsturzversuche ausgeklammert blieben — mag zwar für sich allein plausibel sein, mißachtet jedoch die Tatsache, daß derartige Angriffe auf die bestehende Staats- und Gesellschaftsordnung durch zahlreiche andere Strafvorschriften erfaßt werden. Gerade der Streik fand ausdrückliche Erwähnung in § 90 StGB a. F., wo die staatsgefährdende Sabotage öffentlicher Einrichtungen mit Strafe bedroht wurde. Die für die extensive Auslegung der Hochverratsvorschriften notwendige "Strafbarkeitslücke" bestand daher gar nicht  $^{33}$ .

Weiter hat es der BGH unterlassen, auf die historische Entwicklung der Staatsschutzdelikte einzugehen. Wie F. Chr. Schroeder im einzelnen dargelegt hat 34, war es bis 1933 nahezu unbestritten, daß der Streik keine hochverräterische Gewaltmaßnahme darstellte. Die VO des Reichspräsidenten vom 4. 2. 1933 hatte noch zwischen periodischen Zeitschriften, die zum Hochverrat, und solchen, die zum Massen- und Generalstreik aufforderten, unterschieden. Erst die VO vom 28. 2. 1933 sah ausdrücklich auch den hochverräterischen Zwecken dienenden Streik in einem lebenswichtigen Betrieb sowie einen General- oder anderen Massenstreik als Hochverrat und damit als Gewalt an. Die Fortsetzung der im Faschismus dann praktizierten Auslegung durch den BGH war nicht nur "instinktlos", sondern ein offener Verstoß gegen den antitotalitären Charakter des Grundgesetzes, das jeden exzessiven Schutz der Staatsgewalt auf Kosten der Freiheit des Bürgers verhindern wollte 35. Darüber hinaus war die vorgenommene Ausdehnung des Gewaltbegriffes in § 80 StGB a. F. ein Verstoß gegen den in Art. 103 II GG niedergelegten Grundsatz des nullum crimen sine lege, da für den einzelnen Bürger eine derartige Entwicklung nicht voraussehbar war 36.

2. Läßt sich somit aus der BGH-Entscheidung keine gültige Aussage zur Behandlung des Streiks als Hochverrat ableiten, so könnte doch ein ähnliches Ergebnis aus der augenblicklichen Diskussion um den strafrechtlichen Gewaltbegriff folgen. Legt man ihn mit einem Teil der Literatur weit aus, so wäre die Arbeitsniederlegung grundsätzlich geeignet, die Voraussetzungen des Hochverrats und der Nötigung von Staatsorganen zu erfüllen – vorausgesetzt, die notwendigen subjektiven Voraussetzungen liegen vor. Schließt man sich stattdessen generell einem engen Gewaltbegriff an, so scheidet der Streik schon aus Gründen des objektiven Tatbestandes aus dem Bereich der § 81 ff., 105, 106 StGB n. F. aus.

a) Das RG sah als Gewalt i. S. des Strafrechts die Aufwendung körperlicher Kraft zur Überwindung eines tatsächlichen oder vorgestellten Widerstandes an, wobei unmittelbare oder durch Sachen vermittelte Einwirkung auf den Körper des Betroffenen entscheidendes Abgrenzungskriterium zur Drohung und zu straflosen Formen des Unter-Druck-Setzens war 37. Obwohl dieser traditionelle Gewaltbegriff auch heute noch vertreten wird 38, war er in den Jahren nach dem 2. Weltkrieg einem weitgehenden Auflösungsprozeß unterworfen, so daß er heute als selbständiges Tatbestandsmerkmal fast nicht mehr vorhanden ist; "Gewalt ist, was nötigend wirkt" 39. Zunächst verzichtete der BGH auf das schon vom RG aufgelockerte Erfordernis der körperlichen Kraftentfaltung und bezog auch das gewaltlose Beibringen von narkotisierenden Mitteln mit ein 40. Später wurde dann die Voraussetzung der physischen Einwirkung auf das Opfer zwar nicht aufgegeben, aber doch so weit ausgedehnt, daß auch die sonst allenfalls als Drohung zu qualifizierende psychische Beeinflussung erfaßt wird, sofern sie seelische Erregung und damit eine Minderung des körperlichen Wohlbefindens zur Folge hat 41. Mit dieser Begründung wurde es als Gewalt angesehen, wenn der Täter auf der Autobahn bei einer Geschwindigkeit von 105 kmh bis auf 2 Meter an seinen Vordermann heranfuhr 42, oder wenn er sich mit vorgehaltener, entsicherter und geladener Pistole von seinem Opfer Geld verschafft 43.

Verschiedene Stimmen aus der Literatur haben diese Entwicklung nachhaltig begrüßt und mit neuen Argumenten zu untermauern versucht <sup>44</sup>. Knodel lehnt

<sup>31)</sup> Zur Kritik s. etwa Richard Schmid, Einwände. Kritik an Gesetzen und Gerichten, Stuttgart 1965, S. 14 ff.

<sup>32)</sup> BGH bei Dallinger MDR 1955, 396, wobei einer sachlichen Auseinandersetzung dadurch ausgewichen wurde, daß ein Werturteil und keine (dem Wahrheitsbeweis zugängliche) Tatsachenbehauptung angenommen wurde. Zustimmend zu BGH Schönke-Schröder § 185 Rn 11.

<sup>33)</sup> Zutreffend Heinemann-Posser NJW 1959, 122; Sax Anm. zu BGH AP Nr. 1 zu \$ 80 StGB. Vgl. auch Čopić S. 130 Fn 12 und AE, Bes. Teil, Politisches Strafrecht, S. 43.

<sup>34)</sup> aaO. (Fn 25) S. 153.

<sup>35)</sup> Zum Kontrastcharakter des GG s. die Nachweise bei Däubler in: Däubler/Mayer-Maly, Negative Koalitionsfreiheit? Tübingen 1971, S. 33 Fn 25.

<sup>36)</sup> Ebenso Heinemann-Posser NJW 1959, 122 unter Berufung auf Abendroth.

<sup>37)</sup> S. den Überblick bei Blei JA 1970, 77 ff.

<sup>38)</sup> Baumann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bielefeld 1968, S. 457; Niese aaO. (Fn 2) S. 26; Stöcker JZ 1969, 398; wohl auch OLG Stuttgart JZ 1969, 670 r. Sp. a. E.

<sup>39)</sup> So Baumann-Frosch JZ 1970, 115. Zutreffend auch Maurach, Besonderer Teil, S. 113: "Der Tatbestand des § 240 StGB befindet sich in der Dogmatik der Gegenwart in einem Prozeß fortschreitender Entmaterialisierung. Er verliert zunehmend an der Schärfe seiner Konturen".

<sup>40)</sup> BGHSt 1, 145.

<sup>41)</sup> S. die detaillierte Übersicht bei Blei JA 1970, 77-80.

<sup>42)</sup> BGHSt 19, 263.

<sup>43)</sup> BGH NJW 1970, 61.

<sup>44)</sup> So insbesondere Knodel aaO. (Fn 26); Maurach (Fn 18) S. 113 ff.; Schönke-Schröder Vorbem. vor \$ 234 Rn 6 ff.

die Kriterien der Kraftentfaltung oder körperlichen Einwirkung als formal ab <sup>45</sup> und will stattdessen danach entscheiden, "ob durch Zufügung irgend eines Übels ein so starker Druck auf die Willensentschließung des zu Nötigenden ausgeübt wird, daß dadurch sein Widerstand gegen das Ansinnen des Täters mit hoher Wahrscheinlichkeit gebrochen wird" <sup>45</sup>. Mit Rücksicht auf die Gleichbehandlung von Gewalt und Drohung in § 240 II StGB sieht er diese Voraussetzung bei jeder gegenwärtigen Zufügung eines empfindlichen Übels als erfüllt an <sup>46</sup>. Die darin liegende extensive Auslegung des Gewaltbegriffs sei durch den verfassungsrechtlichen Auftrag zum Persönlichkeitsschutz legitimiert <sup>47</sup>.

b) Der Hinweis Knodels auf § 240 II verfängt nicht. Eine völlige Parallelisierung von Gewalt und Drohung mag zwar der inneren Harmonie des § 240 StGB dienlich sein, läßt sich aber mit dem Gesamtsystem des StGB nicht in Einklang bringen. An verschiedenen Stellen - so in den hier interessierenden §§ 81, 105, 106 n. F. - wird ausdrücklich von "Drohung mit Gewalt" gesprochen, eine vom Wortlaut her völlig eindeutige Absetzung von der in §§ 240, 253 pönalisierten "Drohung mit einem empfindlichen Übel" 48. Nach Knodel wäre beides identisch, zwei von der Entstehungsgeschichte wie vom Sprachgebrauch her unterschiedliche Begriffe würden vermengt. Darüber hinaus wären Drohung und Gewalt dann nicht mehr zu unterscheiden, wenn man mit dem BGH auch die Beeinträchtigung des psychischen Wohlbefindens einbeziehen würde: Jede nicht a priori wirkungslose Drohung pflegt den Betroffenen zu beeindrucken und läßt sich daher unschwer als Gewalt qualifizieren, so daß eine weitere vom StGB vorgenommene Differenzierung aufgelöst und im Grunde ein neuer Tatbestand des unerwünschten Zwangs geschaffen würde 49. Welch groteske Ergebnisse dies hätte, haben Geilen 50 und Koffka 51 im Einzelnen dargelegt. Die Drohung mit der Auflösung eines Verlöbnisses oder der Erhebung einer Scheidungsklage kann das geistig-körperliche Wohlbefinden sehr wohl negativ beeinflussen; als "Gewalt" würde sie gegebenenfalls den Drohenden nach §§ 176, 177 StGB strafbar machen 52. Hätten belastende Veröffentlichungen über einen Abgeordneten dessen Mandatsverzicht zum Ziel, so läge eine nach § 106 StGB strafbare Nötigung von Staatsorganen vor 53. Diese beiden Beispiele mögen genügen, um zu zeigen, daß auch der Gedanke des verfassungsrechtlich gebotenen Persönlichkeitsschutzes nicht als Rechtfertigung für die Ausuferung des Gewaltbegriffs herhalten kann. Würde man die Rechtsprechung des BGH und die Thesen Knodels zu Ende denken, so wäre die Konsequenz nicht eine Erweiterung, sondern eine einschneidende Beschränkung des Freiheitsschutzes, gegen den auch die §§ 240 II, 253 II StGB kein ausreichendes Korrektiv bieten würden 54. Geilen spricht zu Recht von einer "Inflationierung des Strafrechts, die nur als ungeheuerlich bezeichnet werden kann" 55. Würde sie Wirklichkeit, so käme dies einer polizeistaatlichen Zementierung des gesellschaftlichen Status quo gleich. Je mehr Formen der Einwirkung auf das Verhalten anderer pönalisiert werden, um so geringer werden die Chancen, an der gegebenen Machtverteilung etwas zu ändern, aktuelle Inhaber bestimmter Positionen und Rollen aus ihnen zu verdrängen. Die Ausdehnung des Gewaltbegriffs kommt daher aufs Ganze gesehen der herrschenden Klasse zu gute, die jeden Angriff auf ihre Privilegien als Gewalt abqualifizieren und mit der Waffe des Strafrechts bekämpfen kann 56. Dies zeigt sich besonders deutlich bei direkten Konfrontationen wie im Streik oder anderen Formen der Auseinandersetzung zwischen Unternehmern und Lohnabhängigen <sup>57</sup>; es hätte dieselbe Wirkung im politischen Meinungskampf. Durch diese Fixierung auf bestimmte Status-quo-Interessen kommt der weite Gewaltbegriff mit dem Grundsatz der Offenheit unserer Verfassungsordnung in Konflikt 58: Eine Auslegung von Strafrechtsnormen, die den Wechsel von Herrschafts- und Machtpositionen aufs äußerste erschwert, kann vor dem GG keinen Bestand haben.

c) Die hier geäußerte Kritik läßt ein "Zurück zum klassischen Gewaltbegriff" zumindest naheliegend erscheinen. Ein derartiges Votum hat es freilich deshalb nicht ganz einfach, weil es nur wenige Mitstreiter gibt: Die zahlreichen Autoren, die die moderne Ausuferung des Gewaltbegriffs ablehnen, pflegen in der Regel keine positiven eigenen Vorschläge zu machen oder kommen über formelhafte Andeutungen nicht hinaus <sup>59</sup>. Dennoch muß die Entwicklung eines positiven Gewaltbegriffs wenigstens ansatzweise in Angriff genommen werden, da sonst eini-

<sup>45)</sup> S. 125.

<sup>46)</sup> S. 64.

<sup>47)</sup> S. 71 Kritisch zu Knodel insbesondere Geilen in: Festschrift für Hellmuth Mayer, S. 446 ff.; Koffka JR 1964, 39.

<sup>48)</sup> Zutreffend Geilen aaO. (Fn 47) S. 459.

<sup>49)</sup> Vgl. Hueck-Nipperdey aaO. (Fn 3) \$ 50 A I (S. 1051 Fn 2).

<sup>50)</sup> aaO. (Fn 47).

<sup>51)</sup> JR 1964, 39.

<sup>52)</sup> Geilen aaO. (Fn 47) S. 457.

<sup>53)</sup> Geilen aaO. (Fn 47) S. 458.

<sup>54)</sup> Dazu unten III.; entsprechende "Verwerflichkeitsvorbehalte" fehlen bei fast allen anderen Gewaltdelikten.

<sup>55)</sup> aaO. (Fn 47) S. 453.

<sup>56)</sup> Richtig Stöcker JZ 1969, 398: "Darum sind Mchrheiten, die in einer demokratischen Ordnung Inhaber der Staatsgewalt sind, geneigt, die gewaltlose Aktion einer Minderheit für Gewalt auszugeben, um guten Gewissens ihrerseits Gewalt ausüben zu können".

<sup>57)</sup> Daß sich die Ausdehnung des Gewaltbegriffs auch gegen einzelne Mitglieder der herrschenden Klasse kehren kann, ist evident; daß er im Einzelfall sogar billigenswerten kriminalpolitischen Belangen wie etwa dem Schutz von Leben und Gesundheit im Straßenverkehr dienen kann (wo § 240 StGB das fehlende Delikt der Lebensgefährdung ersetzt), soll gleichfalls nicht bestritten werden.

<sup>58)</sup> Dazu insbes. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., Karlsruhe 1972, S. 12 ff.

<sup>59)</sup> Vgl. etwa Baumann-Frosch JZ 1970, 116: Entscheidend ist die Stärke des ausgeübten Drucks, sowie Stöcker JZ 1969, 398: Rückführung des Gewaltbegriffs auf den allgemeinen Sprachgebrauch. S. auch Busse, Nötigung im Straßenverkehr, Neuwied und Berlin 1968, S. 121.

germaßen sichere Aussagen über die Strafbarkeit von Streiks nicht gemacht werden können.

Aus den bisherigen Ausführungen kann zumindest der eine Schluß gezogen werden, daß der "richtige" Gewaltbegriff die beschriebenen Nachteile vermeiden und daher sehr viel enger sein muß. Darüber hinaus läßt sich die Feststellung treffen, daß seine Konturen nicht fließend, sondern fest sein müssen: Nur so ist für den Bürger die Strafbarkeit seines Verhaltens voraussehbar und damit dem das Rechtssicherheitsprinzip für das Strafrecht konkretisierenden Art. 103 II GG Genüge getan. Die Abgrenzung vom straflosen Druck muß daher so klar und eindeutig sein, daß Zweifelsfälle des Gerade-noch- oder Nicht-mehr-Dürfens auf ein Minimum beschränkt werden. Diesen Anforderungen wird die Begriffsbildung des RG in weitem Umfang gerecht. Gewalt liegt danach jedenfalls dann vor, wenn der Täter einen Angriff gegen den Körper des Opfers richtet und dabei selbst erhebliche Körperkräfte aufwendet (Verprügeln) oder - im weitesten Sinne - technische Einrichtungen benutzt (Gewehrschuß). Fehlt es an einer derartigen mechanischen Einwirkung, so kann Gewalt nur dann angenommen werden, wenn einzelne Körperfunktionen beim Opfer vorübergehend lahmgelegt werden. Das ist der Fall bei der "gewaltlosen" Beibringung narkotisierender Mittel ebenso wie beim Einsperren oder der bewußten Verursachung eines Nervenschocks. Anders verhält es sich, wenn nicht die Lokomotionsfähigkeit schlechthin, sondern wenn nur die Fortbewegung in bestimmten Formen (mit Auto oder Straßenbahn) oder in bestimmter Richtung (Verkehrsblockade) unmöglich gemacht wird. Ebenso reicht nicht die bloße Beeinträchtigung des Nervensystems aus; Aufregungen und Übelkeit sind Belästigungen, aber kein Anlaß zur Bestrafung ihres Verursachers. Würde man anders entscheiden und auch die Reduzierung oder Verschlechterung von Körperfunktionen einbeziehen - etwa das Nervöswerden des Autofahrers oder den Schrecken des mit der Pistole Bedrohten -, so würde man sich allen oben formulierten Einwänden aussetzen, die zu Recht gegen die Ausuferung des Gewaltbegriffes vorgetragen werden.

Dieser engeren Gewaltauffassung kann auch nicht entgegengehalten werden, sie mißachte kriminalpolitische Bedürfnisse 60. Einmal ist es grundsätzlich nicht Aufgabe des interpretierenden Richters, Strafbarkeitslücken zu schließen, da Art. 103 II GG diese Aufgabe zwingend dem Gesetzgeber vorbehält. Zum andern sollte man sich davor hüten, dem durch die wissenschaftliche Arbeitsteilung nahegelegten Irrtum zu erliegen, was nicht strafbar sei, sei deshalb auch erlaubt und von keinerlei Sanktionen bedroht. So unterliegt es keinem Zweifel, daß der nicht gewaltsame Eingriff in die Fortbewegungsmöglichkeit – etwa durch Versperren eines bestimmten Weges – gegen das in § 823 I BGB geschützte Recht der Freiheit der Person verstößt und deshalb zum Schadensersatz verpflichtet. Erst recht gilt

dies für alle Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit, die nach §§ 823, 847 BGB zum Ersatz des materiellen wie des immateriellen Schadens verpflichten. Zu kriminalpolitischen Bedenken besteht umso weniger Anlaß, als der E 62 eindeutig für eine Beschränkung des Gewaltbegriffs im hier vertretenen Sinne plädiert. Der in § 170 E 62 geregelte Nötigungstatbestand nennt als Mittel der Tatausführung "Gewalt" und "gefährliche Drohung", wobei er zur Ausfüllung dieser Begriffe auf die Legaldefinitionen des § 11 I Ziff. 7, II E 62 verweist. Dort wird zunächst die Drohung in 6 abschließend aufgezählte Einzelfälle aufgelöst (u. a. Drohung mit der Herbeiführung eines Strafverfahrens oder Drohung mit einem Übel, das die wirtschaftliche Lebensgrundlage eines anderen gefährdet), was gegenüber dem "empfindlichen Übel" des Status quo eine erhebliche Einschränkung bedeutet. Der Gewaltbegriff wird zwar nicht ausdrücklich in einzelne Fallgruppen aufgeteilt, jedoch wäre die Präzisierung der Drohung wenig sinnvoll und kaum verständlich, würde man die dort ausgeklammerten Fälle nun mit Hilfe der Gewalt wieder in den Tatbestand einbeziehen. Entscheidend spricht jedoch für eine enge Gewaltkonzeption die Regelung des § 11 II E 62, die bestimmt: "Im Sinne dieses Gesetzes ist es als Gewalt auch anzusehen, wenn der Täter bei einem anderen ohne dessen Willen Hypnose anwendet oder auf den Körper eines anderen ohne dessen Willen mit einem betäubenden, berauschenden oder ähnlichen Mittel einwirkt, um ihn bewußtlos, oder sonst zum Widerstand körperlich unfähig zu machen". Gehen somit die Verfasser des Entwurfs von der Notwendigkeit der Normierung dieses Tatbestandes aus, so kann ihr allgemeiner Gewaltbegriff allenfalls enger, nicht aber weiter als der hier vertretene sein. Der Schluß liegt nahe, daß auch sie - in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Sprachgebrauch - mehr oder weniger zum klassischen Gewaltbegriff zurückkehren wollten.

3. Versuchen wir nun, von diesem Ausgangspunkt aus den Gewaltcharakter des Streiks zu bestimmen, so läßt sich unschwer die Feststellung treffen, daß die Arbeitsniederlegung als solche nur in Ausnahmefällen als Gewaltanwendung anzusehen ist. Der Ärztestreik etwa, bei dem auch die Behandlung lebensgefährlich Erkrankter unterbrochen wird, der Streik von Gefängnisbediensteten, der zur Hinausschiebung des Entlassungszeitpunktes für Strafgefangene führt, die Unterbrechung jeder Energiezufuhr, die schwere Gesundheitsschäden zur Folge hat — in allen diesen Fällen würde Gewalt gegen die Betroffenen geübt, wobei es nicht auf die ein wenig begriffsjuristischen Fragen ankommen darf, ob der Streik ein Tun oder ein Unterlassen darstellt <sup>61</sup> und ob gegebenenfalls auch bloßes Untätigsein als Gewalt zu qualifizieren ist <sup>62</sup>. Freilich muß davor gewarnt werden, in solchen Streiks mehr als extrem gewählte Schulbeispiele zu sehen, die eine streikfeindliche Grundstim-

<sup>60)</sup> Zu Recht sieht Tiedemann JZ 1969, 720 in kriminalpolitischen Erwägungen die Ursache für die Ausweitung des Gewaltbegriffs.

<sup>61)</sup> Für bloßes Unterlassen Bauer ArbuR 1955, 68; Heinemann-Posser NJW 1959, 122; Ramm, Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, Stuttgart 1965, S. 11 ff., anders die hM im Strafrecht.

<sup>62)</sup> Knodel (Fn 26) S. 114 ff.; Schönke-Schröder Vorbem. vor \$ 234 Rn 15.

mung zu stützen vermögen <sup>63</sup> – in Wirklichkeit haben die deutschen Arbeiter nicht einmal während der sog. Novemberrevolution 1918 derartige Mittel in Erwägung gezogen <sup>64</sup>. Für unsere Zwecke kann es daher bei der Feststellung bewenden, daß die Arbeitsniederlegung theoretisch zwar die Voraussetzungen der Gewalt erfüllen kann, aber alle Erfahrung dagegen spricht, daß ein solcher Fall jemals eintreten wird.

Das hier gefundene Ergebnis stimmt weitgehend mit dem Bericht des Sonderausschusses für Strafrechtsreform überein 65, in dem anläßlich der Novellierung der Staatsschutzdelikte zunächst das allgemeine Verdikt über den sog. politischen Streik 66 relativiert wurde, da - unbeschadet seiner arbeitsrechtlichen Beurteilung - ein Streik als politisches Kampfmittel sozialadäquat sein könne, "wenn der mit ihm ausgeübte Druck auf gesellschaftliche Gruppen oder staatliche Einrichtungen den bis ins letzte nicht normierbaren, sondern aus der Wirklichkeit politischen Lebens zu entnehmenden Spielregeln politischer Auseinandersetzungen noch entspricht". Selbst der nicht sozialadäquate Streik erfülle nicht ohne weiteres den Begriff der Gewalt. Ihr Vorliegen sei nur dann zu bejahen, wenn die Auswirkungen der Arbeitsniederlegung der Anwendung physischer Gewalt gleichkommen so z. B. wenn durch Lahmlegung der gesamten Lebensmittel-, Wasser- oder Energieversorgung das physische Leben der Bevölkerung gefährdet sei. Nach Meinung der Ausschußmehrheit liege diese Voraussetzung nicht vor, wenn etwa die Versorgung der Bevölkerung durch Einsatz eines technischen Notdienstes aufrechterhalten werden könne 67. Schließt man sich dem an, so muß man auch die These Nieses 68 und Siebrechts 69 verwerfen, der Zeitungsstreik des Jahres 1952

sei eine strafbare Parlamentsnötigung gewesen. Nach heutiger Rechtslage ist selbst ein Generalstreik keine Gewalt i. S. der §§ 81 ff. und 105 StGB, sofern nur die physische Existenz von Mitbürgern nicht bedroht wird. Dies gilt selbst dann, wenn man mit der durchaus nicht stringenten herrschenden Auffassung davon ausgeht, daß Nötigung von Staatsorganen bzw. Organmitgliedern (§§ 105, 106 StGB) bereits dann vorliegt, wenn die Gewaltanwendung nicht unmittelbar gegen die staatlichen Funktionsträger, sondern nur gegenüber Teilen der Bevölkerung mit psychologischer Rückwirkung auf den Staatsapparat erfolgt 70.

4. Es fragt sich weiter, ob ein Streik die Voraussetzungen der verfassungsfeindlichen Sabotage gemäß § 88 StGB erfüllen kann. Bis zur Novellierung der Staatsschutzvorschriften im Jahre 1968 hätte diese Frage nicht auftauchen können, da die im Tatbestand übereinstimmende Vorschrift des § 90 StGB a. F. "Streik und Aussperrung" als Mittel der Tatbegehung ausdrücklich nannte. Der Bericht des Sonderausschusses für Strafrechtsreform vermag uns keinen Aufschluß darüber zu geben, ob die Herausnahme beider Begriffe zu dem an sich naheliegenden Schluß berechtigt, der Arbeitskampf sei damit aus dem Bereich des möglicherweise Strafbaren ausgeschieden: Es wird lediglich auf die - oben mitgeteilten - Ausführungen zu § 81 verwiesen 71, aus denen schwerlich Entscheidendes über die Qualifizierung des Streiks als Störungshandlung i. S. des § 88 n. F. abgeleitet werden kann. Immerhin scheint damit deutlich zu sein, daß die Arbeitsniederlegung zwar nicht völlig ausgenommen 72, aber nur in sehr engem Rahmen der Strafdrohung des § 88 n. F. unterstellt werden sollte. Dafür spricht, daß der Täterkreis im Gegensatz zur früheren Rechtslage auf "Hintermänner und Rädelsführer" sowie den ohne Verbindung zu einer Gruppe handelnden Einzelsaboteur beschränkt wurde, so daß der Streik schon wegen seiner fehlenden Inszenierbarkeit in aller Regel ausscheidet 73. Da das erhebliche wirtschaftliche und persönliche Risiko, das der Arbeitnehmer bei jedem Streik eingeht, die Arbeitsniederlegung überhaupt nur möglich macht, wenn der Einzelne von der Richtigkeit der erhobenen Forderungen überzeugt ist, kommt eine Fernsteuerung durch Rädelsführer und Hintermänner von vornherein fast gar nicht in Betracht <sup>74</sup>. Sollte einmal ein insbesondere bei kleineren Gruppen denkbarer Ausnahmefall vorliegen, so würde eine Bestrafung voraussetzen, daß die Aktion bewußt gegen Bestand oder Sicherheit der BRD oder gegen Verfassungsgrundsätze gerichtet war; das bloße Inkaufnehmen derarti-

<sup>63)</sup> Gegen derart emotionalisierende Beispiele Hoffmann KJ 1971, 49.

<sup>64)</sup> S. etwa das Abkommen zwischen dem Garnisonsältesten und dem Soldatenrat in Bremen vom 6. 11. 1918, abgedruckt in: Revolution und Räterepublik in Bremen, herausgegeben von Peter Kuckuk, Frankfurt/Main 1969, S. 33 ff.; "Die Rote Fahne" vom 8. 11. 1918, Amtliches Organ des Hamburger Arbeiter- und Soldatenrates, abgedruckt in: Illustrierte Geschichte der deutschen Revolution, Berlin 1929, S. 189 ("Alle Nahrungsmittelbetriebe haben die Produktion weiterzuführen"). S. weiter den Aufruf zum Generalstreik in Mitteldeutschland vom 23. 2. 1919, abgedruckt bei Dieter Schneider, Der Streik. Begriff und Geschichte in: Zur Theorie und Praxis des Streiks, herausgegeben von Dieter Schneider, Frankfurt/Main 1971, S. 72: "Es bleiben in Betrieb Wasserwerk, Bäckereien und Schlachthof. Lebensmitteldepots werden bewacht". Selbst der Aufruf zum Generalstreik anläßlich des Kapp-Putsches klammerte Wasserwerke, Krankenhäuser und Krankenkassen aus (abgedruckt bei Dieter Schneider aaO. S. 79).

<sup>65)</sup> BT-Drucksache V/2860. Zur stillschweigenden Billigung dieses Berichts durch das Plenum des Bundestages s. Reichel DB 1968, 1314.

<sup>66)</sup> Zur Fragwürdigkeit dieses Begriffs s. Däubler (Fn 12) S. 163.

<sup>67)</sup> BT-Drucksache V/2860 S. 3. Diese Passage ist bei Krauth-Korfess-Wulf JZ 1968, 59 insofern verkürzt wiedergegeben, als nur die Protokolle des Sonderausschusses als Beleg dafür zitiert werden, es habe Einigkeit darüber bestanden, "daß angesichts der in § 81 vorausgesetzten verfassungswidrigen Ziele ein sich im Rahmen der Verfassung haltender Streik niemals als Gewalt im Sinne der Hochverratsvorschriften relevant sein kann".

<sup>68)</sup> aaO. (Fn 2) S. 101 ff.

<sup>69)</sup> aaO. (Fn 17) S. 167.

<sup>70)</sup> Vgl. Blei JA 1970, 141; Brox-Rüthers aaO. (Fn 4) S. 193. Gegen diese Auffassung spricht die Tatsache, daß Gewalt gegen Sachen herkömmlicherweise nur dann als ausreichend angesehen wird, wenn sie sich physisch auf den Genötigten auswirkt (s. Dreher § 240 Anm. 1 Aa). 71) BT-Drucksache V/2860 S. 11.

<sup>72)</sup> So im Prinzip auch F. Chr. Schroeder (Fn 25) S. 469.

<sup>73)</sup> Zutreffend Hoffmann, Streik als gesellschaftsverändernde Praxis, in: Theorie und Praxis des Streiks, herausgegeben von Dieter Schneider, Frankfurt/Main 1971, S. 237 f.

<sup>74)</sup> Dies gilt allerdings nur, wenn man den Begriff des Rädelsführers oder Hintermannes i. S. des allgemeinen Sprachgebrauchs und der ratio legis bestimmt, die gerade die gefährlichsten Gruppenmitglieder kriminalisieren will. Zutreffend Čopić (Fn 25) S. 155 ff. gegen BGH.

ger Folgen reicht nicht <sup>75</sup>. Die staatsgefährdende Absicht muß überdies dem gesamten Geschehen das Gepräge geben, insbesondere allen Beteiligten bewußt sein. Deshalb ist es nicht möglich, § 88 anzuwenden, wenn bei einem nach strafrechtlichen Grundsätzen legalen Streik (theoretisch denkbare) Hintermänner verfassungsfeindliche Absichten verfolgen <sup>76</sup>. Aus der Beschränkung des Täterkreises folgt schließlich, daß der einfache "Mitläufer" den Tatbestand des § 88 StGB nicht erfüllt und aus dem Gedanken der notwendigen Teilnahme heraus auch nicht wegen Beihilfe bestraft werden kann <sup>77</sup>.

## III. Der Streik als Straftat gegen Freiheit und Vermögen

1. Der zweite Schwerpunkt der strafrechtlichen Beurteilung des Streiks liegt auf der möglichen Verletzung von Individualrechtsgütern. In der älteren Rechtsprechung wie in der Literatur wird eingehend der Tatbestand der Nötigung sowie — bei materiellen Streikzielen — der Tatbestand der Erpressung geprüft. Dabei wird die strafrechtliche Würdigung der Arbeitsniederlegung als solcher, des bloßen Nicht-Arbeitens, von der Behandlung der sog. Streikexzesse geschieden, von Handlungen also, die wie das Streikpostenstehen oder die Besetzung von Fabriken eine aktive Komponente enthalten. Aus Gründen der Darstellung empfiehlt es sich, an dieser Zweiteilung festzuhalten und zunächst den Streik als solchen unter dem Aspekt der §§ 240, 253 StGB zu prüfen.

2. Das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen beider Tatbestände wird in der Regel als unproblematisch empfunden. Auch wenn man – wie hier – den Streik nicht als Gewalt ansieht, läßt er sich doch unschwer als "empfindliches Übel" charakterisieren, das dem Arbeitgeber zugefügt wird. Das auftauchende Bedenken, man führe von vornherein ein unzulässiges Werturteil ein, indem die Ausübung eines durch die Verfassung gesicherten Rechts als "Übel" abqualifiziert werde, schlägt nicht durch, da die Bewertung des Streiks erst aufgrund der Verwertlichkeitsklausel der §§ 240 II, 253 II StGB erfolgt. Auf ihre Auslegung konzentriert sich demnach auch das Interesse der meisten Gerichte und Autoren, deren Stellungnahmen kurz mitzuteilen sind. Wann, so lautet die entscheidende Frage, ist die Androhung des Streiks "zu dem angestrebten Zweck" als "verwerflich" anzusehen?

a) Die Rechtsprechung ist – man ist versucht zu sagen glücklicherweise – nicht eben reichhaltig. Das wichtigste Urteil des Reichsgerichtes, das einen Lohnstreik als strafbare Erpressung behandelte, stammt aus dem Jahre 1890 <sup>78</sup>. Sie gibt be-

redtes Zeugnis von der Instrumentalisierbarkeit der angeblich so wertneutralen Begriffsjurisprudenz, wenn die Anwendung des die Koalitionen legalisierenden § 152 GewO mit der Begründung abgelehnt wird, er berechtige nur zur Erhebung von Forderungen für die Zukunft, könne aber die in concreto verlangte rückwirkende Lohnerhöhung nicht rechtfertigen 79. Darüber heute noch zu rechten, scheint freilich nicht übermäßig dringlich, zumal der Gesetzgeber während der Weimarer Zeit durch Einführung des Begriffes der "gefährlichen Drohung" diese Rechtsprechung korrigierte 80 und sie überdies aus einer Zeit stammt, in der das "Verwerflichkeitskorrektiv" noch nicht existierte. Aus neuerer Zeit sind jedenfalls einschlägige Entscheidungen nicht ersichtlich, obwohl — wie ein englisches Beispiel zeigt 81 — dies noch lange keinen ausreichenden Schutz vor einem "Rückfall" gewährt.

b) Die ungleich "reichere" Literatur bemüht sich zunächst, den Begriff der Verwerflichkeit etwas näher zu umschreiben. Fast alle Autoren kommen dabei zu dem Ergebnis, "verwerflich" sei mehr als "sittenwidrig" nach bürgerlichem Recht und als "sozialinadäquat" 82. Verwerflichkeit könne nur bei "allerschwersten Verstößen" 83 angenommen werden, sie enthalte ein "stärkeres Unwerturteil" 84, einen "erhöhten Grad sittlicher Mißbilligung" 85 und liege nur vor bei "sozialethisch unerträglichem Willenszwang" 86. Bei der Verurteilung wegen Nötigung oder Erpressung sei daher "besondere Vorsicht" zu üben 87.

Die relative Streikfreundlichkeit dieser Äußerungen sieht sich stark relativiert, sobald man die von denselben Autoren vorgenommenen Konkretisierungen betrachtet. Die "Einplanung strafbarer Handlungen" wie die Nötigung Arbeitswilliger mache den Streik verwerflich <sup>88</sup>, nach anderer Lesart bereits die dahingehende Duldung <sup>89</sup>. "Unerträgliche Schäden für die Rechtsgemeinschaft" machten einen Streik ebenso strafbar wie die Lahmlegung von Gas-, Elektrizitäts- und Wasserwer-

<sup>75)</sup> Ebenso Brox-Rüthers S. 197. Zur subjektiven Seite s. zusammenfassend Bennhold, Absicht bei Verfassungsgefährdung, Neuwied und Berlin 1966.

<sup>76)</sup> Ebenso Krauth-Kurfess-Wulf JZ 1968, 582; a. A. Dreher \$ 88 Anm. 5.

<sup>77)</sup> Dreher § 88 Anm. 3 C.

<sup>78)</sup> RGSt 21, 114 ff. Zur rechtlichen Bewertung des Arbeitskampfes während der Kaiserzeit s. Ekkehard Buchwaldt, Das kollektive Arbeitsrecht im Spiegel der Rechtslehre und Rechtsprechung 1848-1914, Diss. Mainz 1969, S. 68 ff.

<sup>79)</sup> RGSt 21, 114, 119.

<sup>80)</sup> Geilen, Festschrift Hellmuth Mayer, S. 446/447.

<sup>81)</sup> Art. 3 des Trade Disputes Act von 1906 hatte die in der Streikaufforderung liegende Anstiftung zum Vertragsbruch für legal erklärt und von jeder Haftung freigestellt. Dennoch wertete im Jahre 1964 das House of Lords als oberstes Gericht die von einer Gewerkschaft gegenüber dem Arbeitgeber ausgesprochene Streikdrohung als "tort of intimidation" und verurteilte zu Schadensersatz. Näheres s. bei Citrine-Hickling, Citrine's Trade Union Law, 3<sup>rd</sup> edition, London 1967, S. 28 ff., 623 ff.

<sup>82)</sup> Für Gleichsetzung von Verwerflichkeit und Sozialinadäquanz jedoch Maurach (Fn 18) S. 117.

<sup>83)</sup> Hueck-Nipperdey \$ 50 A I (S. 1053); Söllner (Fn 6) S. 93.

<sup>84)</sup> Mertz (Fn 16) A I 1 b; Siebrecht (Fn 17) S. 161.

<sup>85)</sup> Dreher \$ 240 Anm. 1 B b.

<sup>86)</sup> Brox-Rüthers S. 184; Niese (Fn 2) S. 55.

<sup>87)</sup> Nikisch, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 1959, \$ 65 VII 1 a. E.

<sup>(</sup>S. 150); zustimmend Söllner S. 93.

<sup>88)</sup> Brox-Rüthers S. 185.

<sup>89)</sup> Mertz A I 1 b; vgl. auch Siebrecht S. 162.

ken <sup>90</sup>. Jeder politische Streik sei eine rechtswidrige Nötigung <sup>91</sup>, und dasselbe gilt nach *Mertz* auch bei einem Verstoß gegen die betriebsverfassungsrechtliche Friedenspflicht <sup>92</sup>. Der gleiche Autor will jede Arbeitsniederlegung pönalisiert sehen, die nicht "ultima ratio" in den Auseinandersetzungen der sozialen Gegenspieler ist <sup>92</sup>. Auch ohne daß es ausdrücklich genannt wird, scheint auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine wichtige Rolle zu spielen. So soll ein Streik um ein "belangloses Ziel" wie die Verlegung der Frühstückspause ebenso die Verwerflichkeit begründen <sup>93</sup> wie übergroßer Schaden, so wenn Landarbeiter in der Ernte streiken <sup>94</sup> oder die Lohnforderungen so hoch sind, daß eine Existenzvernichtung des Arbeitgebers droht <sup>95</sup>. Besondere Aufmerksamkeit hat schließlich die streikweise Erzwingung eines closed shop gefunden; Arbeitsniederlegungen, um die Entlassung eines nicht oder anders organisierten Kollegen zu erzwingen, werden von einer verbreiteten Meinung für verwerflich erklärt <sup>96</sup>, wobei allenfalls dann eine Ausnahme gemacht wird, wenn der Betreffende "durch sittliche Verfehlungen den Betriebsfrieden gestört hat" <sup>97</sup>.

Den so entwickelten Fallgruppen ist die eine Tendenz gemein: Den Streik so weit als möglich zurückzudrängen, im Rahmen des noch irgendwie Plausiblen die Verwerflichkeit zu bejahen <sup>98</sup>; dabei scheint nur der "sozialadäquate" Streik i. S. der Rechtsprechung des BAG vor einer Pönalisierung einigermaßen sicher <sup>99</sup>. Dies könnte man als wissenschaftlich vertretbaren Standpunkt betrachten, wenn die zugrunde liegenden Wertentscheidungen wenigstens sichtbar gemacht und gegen andere Interessengesichtspunkte abgewogen würden. So liegt nichts als eine arbeitnehmerfeindliche Dezision vor, die nicht mal in allen Fällen gegenüber dem herrschenden Arbeitsrechtssystem Bestand hat — so wenn die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips mit Strafsanktionen erzwungen wird, obwohl die sog soziale Selbstverwaltung eine staatliche Reglementierung der Beziehungen zwi-

schen Unternehmern und Gewerkschaften verbietet und die Gefährdung der unternehmerischen Existenz wegen gestiegener Lohnkosten eine normale und im Grunde erwünschte Konsequenz der Marktwirtschaft ist, die das Ausscheiden des schwächsten Marktteilnehmers als Selbstverständlichkeit betrachtet 100. Nicht eben realistisch - aber mit der Vorstellung von Arbeitern als einem wilden, unberechenbaren Haufen vereinbar - ist die Annahme, Arbeitnehmer würden ihren Arbeitsplatz wegen "Belanglosigkeiten" aufs Spiel setzen 101 und selbstverständlich kommt es niemandem in den Sinn, nach einem Wertungswiderspruch zu fragen, wenn zwar der Verstoß gegen bürgerliche Moralnormen durch "sittliche Verfehlungen", nicht aber der Bruch der Arbeitnehmersolidarität durch "Trittbrettfahren" einen erzwungenen Hinauswurf rechtfertigt. Bezeichnend ist auch das Maß an Aufmerksamkeit, das dem Außenseiter als dem natürlichen Verbündeten des Arbeitgebers zuteil wird, während sich keine einzige Äußerung zur Verwerflichkeit eines - leider denkbaren - Streiks findet, der sich gegen die Gleichstellung diskriminierter Minderheiten richtet. Eine Arbeitsniederlegung, die die Beseitigung der sog. Leichtlohngruppen für Frauen verhindern oder den inferioren Status einer Gastarbeitergruppe konservieren möchte, findet sich nicht unter den zahlreichen gegebenen Beispielen.

Die Antwort auf dieses Vorgehen kann nicht darin bestehen, nun eben eine arbeitnehmerfreundliche Dezision vorzunehmen und mit Rücksicht auf die emanzipatorische Funktion des Streiks eine pauschale Freistellung von den §§ 240, 253 StGB zu postulieren. Derlei methodische "Ungezwungenheiten" kann sich nur erlauben, wer den Gang der gesellschaftlichen Entwicklung hinter sich weiß – andere sehen sich der Gefahr ausgesetzt, daß selbst positivistisch orientierte "Formaljuristen" Ideologieverdacht äußern oder – wenn's dazu nicht reicht – zum Mittel der Satire greifen <sup>102</sup>. Notwendig ist daher im konkreten Fall ein Rückgriff auf die grundsätzliche Problematik einer Konkretisierung von Generalklauseln, zu denen auch der Verwerflichkeitsvorbehalt zählt. Was hat die – von den eben zitierten Arbeitsrechtlern kaum berücksichtigte – Strafrechtswissenschaft zu dieser Frage zu sagen?

c) Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist bei der Feststellung der Verwerflichkeit "auf das Rechtsempfinden des Volkes zu achten" <sup>103</sup>. Da das Ge-

<sup>90)</sup> Siebrecht S. 162.

<sup>91)</sup> Knodel (Fn 26) S. 125; Siebrecht S. 162.

<sup>92)</sup> aaO. A I 1 b.

<sup>93)</sup> Brox-Rüthers S. 185; Niese S. 82.

<sup>94)</sup> Siebrecht S. 162.

<sup>95)</sup> Brox-Rüthers S. 185; Hueck-Nipperdey II/2 \$ 50 A II (S. 1054), bei sozialinadäquatem Streik; Oswald (Fn 1) S. 45; Siebrecht S. 162, 165.

<sup>96)</sup> Brox-Rüthers S. 185; Mertz A I 1 b; Niese (Fn 2) S. 61/62; Schönke-Schröder § 240 Rn 26; Siebrecht S. 161; a. A. Bauer ArbuR 1955, 68; unentschieden Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969, S. 327.

<sup>97)</sup> Brox-Rüthers S. 185.

<sup>98)</sup> Dabei gehen diejenigen Autoren am weitesten, die den Arbeitgeberverbänden am nächsten verbunden sind (Mertz, Siebrecht). Bezeichnend für die Ungleichgewichtigkeit der Diskussion ist die Tatsache, daß außer dem Aufsatz von Bauer (ArbuR 1955, 68 ff.) keine Äußerungen vorhanden sind, die in vergleichbarer Weise gewerkschaftliche Interessen artikulieren.

<sup>99)</sup> Selbst dies scheint nicht ganz unzweifelhaft, wenn man bei Schönke-Schröder \$ 253 Rn 11 liest, "im Regelfall" werde die Rechtswidrigkeit durch das Streikrecht ausgeschlossen.

<sup>100)</sup> Vgl. Biedenkopf, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, 46. DJT, S. 99 ff., 111 ff., 157 ff.

<sup>101)</sup> Zur Streikmotivation s. Hoffmann aaO. (Fn 73). Wie sehr die Arbeitsplatzunsicherheit auch heute noch das Denken und Handeln der Lohnabhängigen bestimmt, haben vor kurzem Kern-Schumann (Industriearbeit und Arbeiterbewußtsein, Teil I, Frankfurt/Main 1970, S. 245 ff.) erneut empirisch belegt.

<sup>102)</sup> Typische Beispiele hierfür bietet gerade die Auseinandersetzung zum Arbeitskampf. Zur "ideologiekritischen" Erwiderung, die selbstverständlich vor den eigenen Prämissen endet, s. die Rajewsky-Rezension von Schwerdtner (JZ 1971, 526), zum zweiten Weg v. Münch JZ 1970, 424 und Schick JZ 1970, 742.

<sup>103)</sup> BGHSt 1, 84, 86; 4, 254, 256; 17, 329, 331.

setz an sozialethische Wertungen anknüpfe, komme es darauf an, ob die Handlung "nach allgemeinem Urteil sittlich zu mißbilligen" sei 104; sie müsse unter Berücksichtigung aller Umstände eindeutig so anstößig sein, daß sie "als gröberer Angriff auf die Entschlußfreiheit anderer der Zurechtweisung mit den Mitteln des Strafrechts bedürfe" 105. Die Androhung müsse "sozial unerträglich" sein 106 und der "allgemeinen Volksüberzeugung" widersprechen 107. Wie dieses festzustellen sei, wurde vom Gericht auch nicht ansatzweise problematisiert; die Kontinuität gegenüber dem "gesunden Volksempfinden" der faschistischen Ära wurde in erstaunlicher Offenheit zugegeben, da die 1953 erfolgte Änderung, die das seit 1943 in \$\$ 240 II, 253 II StGB in Bezug genommene gesunde Volksempfinden durch die Verwerflichkeit ersetzte 108, als "im wesentlichen die sprachliche Fassung betreffend" bezeichnet wurde 109.

Die Kommentare und Lehrbücher stimmen dem in der Regel zu und beschränken sich allenfalls darauf, die vom BGH entwickelten Leerformeln leicht abzuwandeln oder durch eigene zu ersetzen. Die Verwerflichkeit nehme – ähnlich wie \$826 BGB – ethische Grundvorstellungen in Bezug \$110, sie stelle auf das normale Rechtsempfinden ab, das einen erhöhten Grad sittlicher Mißbilligung (also eine Art Sittenwidrigkeit erster Klasse) verlange \$111. Der Unrechtscharakter einer Tat sei um so klarer je deutlicher das Mißverhältnis zwischen Mittel und Zweck in qualitativer Hinsicht sei \$112. Auch hier wird kein empirischer Bezug gesucht; die Vorstellung einer nach einhelligen Wertmaßstäben lebenden Volks- bzw. Rechtsgemeinschaft schlägt auch insoweit durch, als man es für selbstverständlich hält, daß der Richter die "allgemeinen sittlichen Wertvorstellungen" kennt und zu konkretisieren in der Lage ist.

mag als solche nicht immer und für alle Zeiten von Übel sein, ist es doch den Gesetzgebungsinstanzen kaum möglich, die sich entwickelnden gesellschaftlichen Verhältnisse umfassend vorzuprogrammieren. Unter unseren Bedingungen ist jedoch eine derartige Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen auf die Judikative abzulehnen. Zum einen fehlt jede wirksame demokratische Kontrolle der Gerichte; zum anderen sind die Richter in ihrer überwältigenden Mehrzahl durch ihre Herkunft aus den oberen Gesellschaftsschichten 116, durch die an den Universitäten genossene Ausbildung 117 sowie schließlich durch die Selektionsmechanismen innerhalb des Justizapparates bewußtseinsmäßig auf die Erhaltung des Status quo und damit auch der vorhandenen Unterprivilegierungen festgelegt 118. Damit sind sie wenig geeignet, auch nur die Offenheit unseres Verfassungssystems zu garantieren, geschweige denn Motor einer im Interesse der Mehrheit der Bevölkerung liegenden gesamtgesellschaftlichen Demokratisierungsbewegung zu sein 119. Die verfassungsrechtliche und gesellschaftspolitische Notwendigkeit der Be-

Die Kritik dieser Art "Rechtsfindung" kann hier - auch soweit sie noch nicht

geleistet ist - nicht nachgeholt werden 113. Die Pluralität der in der Bevölkerung

vorhandenen Ansichten zum Guten und Billigen ist mittlerweile auch von einigen

Autoren des Strafrechts zur Kenntnis genommen worden 114. Die Existenz dieser

Divergenzen verdeutlicht den Verschleierungscharakter des "Anstandsgefühls aller

billig und gerecht Denkenden", um die berühmteste Leerformel dieser Art zu nen-

nen. Hinter dem "Volksbewußtsein" verbirgt sich richterliche Dezision 115. Diese

schränkung des richterlichen Gestaltungsspielraums kann sich im Strafrecht auf

ein zusätzliches Argument stützen, das auch bei fehlendem methodenkritischem

<sup>104)</sup> BGHSt 17, 329, 331. BGHSt 2, 194, 196 und BGHSt 18, 389, 391 sprechen von "richtigem" allgemeinem Urteil. Auf die bloße sittliche Mißbilligung stellt BGHSt 19, 263, 268 ab. 105) BGHSt 17, 329, 332; vgl. auch AG Bremen JZ 1969, 79 = KJ 1968, 78 ff. Dazu Hannover KJ 1968, 51 ff.

<sup>106)</sup> BGHSt 18, 389, 391.

<sup>107)</sup> BGHSt 17, 329, 332: Die Entscheidung eignet sich vortrefflich als Material zur Erkundung der Richterpsyche. Ein "Freier" hatte einer Dirne Geld gegeben; als sie ihn — so BGH — "in sinnliche Erregung" versetzt hatte, wollte sie noch 10.— DM, worauf der ernüchterte Kunde das Unternehmen aufgab und den bereits bezahlten Betrag der Dirne gewaltsam wieder abnahm. Da er "aus begreiflicher Wut über das üble Verhalten der Dirne" gehandelt habe, sei sein Verhalten nach allgemeiner Volksüberzeugung nicht als verwerflich anzusehen.

108) § 240 II a. F. lautete: "Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Zufügung des angedrohten Übels zu dem angestrebten Zweck dem gesunden Volksempfinden widerspricht".

<sup>109)</sup> BGHSt 5, 254, 256. Vgl. auch BGHSt 1, 84, 87: Das Besatzungsrecht verbiete nur, daß nach "angeblichem" gesundem Volksempfinden bestraft werde.

<sup>110)</sup> Schönke-Schröder \$ 240 Rn 15 b; \$ 253 Rn 11.

<sup>111)</sup> Dreher \$ 240 Anm. 1 Bb.

<sup>112)</sup> Maurach, Besonderer Teil, S. 118.

<sup>113)</sup> Es sei deshalb insbesondere auf Franz Neumann, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: Demokratischer und autoritärer Staat, herausgegeben v. H. Marcuse, Frankfurt/Main 1967, S. 55 ff., 63 ff.; auf Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt/Main 1970, sowie auf Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, Frankfurt/Main 1971, verwiesen.

<sup>114)</sup> Lenckner JuS 1968, 251; Welzel S. 327 und in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 6. Band, Bes. Teil, S. 279 ("Antithetik sozialer Wertvorstellungen" speziell beim Arbeitskampf).

<sup>115)</sup> Roxin JuS 1964, 376 ff.

<sup>116)</sup> Dazu insbesondere Dahrendorf, Deutsche Richter. Ein Beitrag zur Soziologie der Oberschicht, in: Gesellschaft und Freiheit, München 1965, S. 176 ff.

<sup>117)</sup> S. dazu insbesondere Wassermann (Hrsg.), Erziehung zum Establishment, Karlsruhe 1969, und "Neue Juristenausbildung", herausgegeben vom Loccumer Arbeitskreis, Neuwied und Berlin 1970.

<sup>118)</sup> Zum Ergebnis richterlicher Sozialisationsprozesse s. die Untersuchung von Kaupen, Die Hüter von Recht und Ordnung, Neuwied und Berlin 1969. — Kritisch zur Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht Mayer-Maly RdA 1970, 289 ff.

<sup>119)</sup> Deshalb wird sachlich völlig Divergierendes vermengt, wenn die Bezugnahme von Gerichten der DDR auf "Regeln und Anschauungen eines sozialistischen Gemeinschaftslebens" in einer Linie mit der Heranziehung des allgemeinen Volksbewußtseins in unserer Rechtsprechung gesehen wird, wie dies bei Teubner S. 21 geschieht (dort Fn 83 auch weitere Nachweise).

Bewußtsein schwerlich aus der Welt zu schaffen ist: Der Grundsatz nullum crimen sine lege verbietet es, die Bestimmung der Grenzen der Strafbarkeit dem Richter zu überlassen. Aus Art. 103 II GG folgt, daß der Bürger in der Lage sein muß vorauszusehen, welches Handeln mit welcher Strafe bedroht ist, damit er sein Verhalten entsprechend einrichten kann <sup>120</sup>. Diese Voraussetzung ist in der bisherigen Rechtsprechung zu §§ 240, 253 StGB (und der darauf aufbauenden Literatur zum Streik) nicht gewahrt; diese muß als Verfassungsverstoß qualifiziert werden <sup>121</sup>.

d) Die Suche nach einer alternativen Lösung wird sich sinnvollerweise zunächst an den Ansätzen orientieren, die in anderen Teilen der Rechtsprechung entwickelt, von der Strafrechtswissenschaft aber meist nur am Rande zur Kenntnis genommen wurden. Eine reiche zivil- und öffentlich-rechtliche Literatur hat sich der Frage gewidmet, inwieweit die Generalklauseln des BGB vom Wertsystem der Grundrechte durchdrungen und damit in mehr oder weniger großem Umfang inhaltlich determiniert werden 122. Die dort erarbeiteten Einsichten auf die strafrechtliche Generalklausel der §§ 240 II, 253 II StGB zu übertragen, besteht aller Anlaß, will man nicht die Einheit der Rechtsordnung in einem entscheidenden Punkt auflösen. Welchen Einfluß – so ist daher zu fragen – kann die verfassungsrechtliche Streikgarantie auf die Konkretisierung der Verwerflichkeitsklausel im Hinblick auf Arbeitskämpfe ausüben?

Die Beantwortung dieser Frage wird dadurch erleichtert, daß sich die viel diskutierte und noch nicht befriedigend gelöste Drittwirkungsproblematik im vorliegenden Zusammenhang nicht stellt. Der Streik ist seiner historischen Funktion wie seiner Positivierung im GG nach kein nur "staatsgerichtetes", sondern gleichzeitig ein an den sozialen Gegenspieler adressiertes Recht; ihm kommt de lege lata "Drittwirkung" zu 123. Daraus folgt, daß für Handlungen im Rahmen der grundgesetzlichen (oder auf anderer Rechtsgrundlage beruhenden) Streikgarantie jede Bewertung als verwerflich ausscheiden muß. Was das höherrangige Verfassungsrecht legalisiert, kann nicht vom Strafrecht als unrechtsbegründender Tatbestand behandelt werden 124.

120) BVerfG NJW 1969, 1759.

Der Umfang der verfassungsrechtlichen Streikgarantie ist umstritten; Einigkeit besteht nur darüber, daß die gewerkschaftlich organisierte Arbeitsniederlegung zur Verbesserung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen vom GG legalisiert ist 125. Sie ist daher vor jeder Pönalisierung sicher. Jenseits ihrer Grenzen beginnt eine beträchtliche Rechtsunsicherheit. Ob auch die gerne als wilder Streik abqualifizierte spontane Arbeitsniederlegung den Schutz des GG genießt 126 und ob auch der sog. politische Streik zumindest toleriert wird 127, das sind Probleme, die trotz "herrschender Meinung" nicht als gelöst betrachtet werden können. Sie hier in Angriff zu nehmen, erscheint nicht angebracht, zumal sich zeigt, daß auch die Heranziehung verfassungsrechtlicher Maßstäbe die Rechtsunsicherheit nicht wesentlich verringert. Selbst wenn man also zu einem relativ plausiblen Ergebnis käme, wäre der oben gegen die Rechtsprechung und Literatur erhobene Einwand nicht ausgeräumt, die Unvorhersehbarkeit der Entscheidung für den Bürger nicht beseitigt. Die Heranziehung der Verfassung kann daher nur einen Bereich der Straffreiheit abstecken, da insoweit Art. 103 II GG nicht eingreift. Ein Streik, der die (hier oder anderwärts gezogenen) verfassungsrechtlichen Grenzen überschreitet, könnte deshalb allein noch nicht als "verwerflich" i. S. der §§ 240 II, 253 II StGB angesehen werden.

e) Die Literatur zu den Gute-Sitte-Klauseln im Zivilrecht kennt eine große Zahl von Konkretisierungsversuchen, die *Teubner* vor kurzem eingehender Darstellung und fundierter Kritik unterzogen hat <sup>128</sup>. Auszuscheiden haben im vorliegenden Zusammenhang zunächst diejenigen Stimmen, die in den §§ 138, 826 BGB, 1 UWG einen Normbildungsauftrag an die Gerichte erblicken <sup>129</sup>, da eine derartige Auslegung der §§ 240 II, 253 II StGB gegen den Grundsatz des nullum crimen sine lege verstoßen würde. Die als zweite Gruppe herausgearbeiteten Verweisungen auf innerrechtliche Maßstäbe <sup>130</sup> wie ordre public und Institutionenschutz liegen im Strafrecht sehr viel weniger nahe und stoßen überdies auf das Bedenken, ihrerseits wiederum Globalermächtigungen an den Richter zu sein <sup>131</sup>. Was bleibt, ist die Verweisung auf außerrechtliche Maßstäbe <sup>132</sup>, auf naturrechtlich fixierte oder faktisch geübte Normen. Ohne die ersteren hier der gebotenen eingehenden Würdigung unterziehen zu können, müssen sie wegen ihrer inhaltlichen Unbestimmtheit und ihrer Vielzahl ausscheiden; über die Strafbarkeit eines Verhaltens darf gerade in einer auf Pluralismus hin angelegten Verfassungsordnung nicht eine ein-

<sup>121)</sup> Weitergehend Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart und Köln 1953, S. 86, der generelle Verfassungswidrigkeit des \$ 240 annimmt. Wie hier wohl Lenckner JuS 1968, 249 ff., 308; Welzel (Fn 114) S. 280 ("im Rechtsstaat völlig untragbar").

<sup>122)</sup> Dürig in: Maunz-Dürig-Herzog, GG, 3. Aufl., München 1971, Art. 1 III Rn 127 ff.; Leisner, Grundrechte und Privatrecht, München 1960; L. Raiser, Grundgesetz und Privatrechtsordnung in: Verhandlungen des 46. DJT, Bd. II, München und Berlin 1967, B 5 ff.; Ramm, Einführung in das Privatrecht/Allgemeiner Teil des BGB, Bd. I, München 1969, L 283 ff. (mit eingehenden Nachweisen L 289).

<sup>123)</sup> Eine Ausnahme macht nur die BAG-Rechtsprechung zu den landesrechtlichen Streikgarantien. Nachweise und Kritik bei Däubler (Fn 12) S. 90 ff.

<sup>124)</sup> Dabei kann dahinstehen, ob die Ausfüllung von Generalklauseln ausschließlich aus verfassungsrechtlichen Wertungen heraus erfolgen muß, ob also nur bei Verstoß gegen Verfassungsvorschriften Verwerflichkeit anzunehmen ist. S. dazu Ramm, Bd. II G 452 (zu § 138 BGB).

<sup>125)</sup> Nachweise oben Fn 21.

<sup>126)</sup> So insbes. Ramm ArbuR 1971, 65 ff., 97 ff.

<sup>127)</sup> Nachweise zum Diskussionsstand bei Däubler (Fn 12) S. 163 Fn 70. S. auch Hoffmann Hamb Jb 1971, 267 f.

<sup>128)</sup> Teubner (Fn 113), S. 13 ff.

<sup>129)</sup> Teubner S. 42 ff.

<sup>130)</sup> Teubner S. 36 ff.

<sup>131)</sup> So auch Teubner S. 42.

<sup>132)</sup> Teubner S. 13 ff.

zelne philosophische oder religiöse Konzeption entscheiden. Als taugliches Abgrenzungskriterium bleibt somit nur die Existenz einer "unbestrittenen" sozialen Norm <sup>133</sup>. Nur dann kann der Einzelne die Strafbarkeit seines Tuns auch bei offenen Tatbeständen in ausreichendem Maße voraussehen, wenn in seinem Lebenskreis Normen existieren, die faktisch befolgt, als verbindlich angesehen und von den Beteiligten gebilligt werden <sup>134</sup>.

Nun ergibt sich freilich die Schwierigkeit, daß gerade beim hier interessierenden Streik, aber auch zu zahlreichen anderen Fragen erheblich divergierende Übungen, Erwartungen und Bewertungen bestehen. Was soll geschehen, wenn - um ein Beispiel Lenckners aufzugreifen 135 - die Auffassungen über die Sittenwidrigkeit der freiwilligen Sterilisation auseinandergehen? Wie soll sich der Richter entscheiden, wenn etwa ein Streik um die Erweiterung der Mitbestimmung in Frage steht, seit 1952 aber keine derartige Aktion mehr stattgefunden hat, die Meinungen über die Existenz eines Streikverbotes auseinandergehen und die bejahenden Stimmen sich wieder danach unterscheiden, ob sie für eine Beibehaltung oder für eine Aufhebung plädieren 136? Das in der empirischen Sozialforschung verwandte Mittel der Unterscheidung nach der Geltungsintensität läßt sich nicht auf die Rechtswissenschaft übertragen, wo es kein Mehr oder Weniger, sondern nur ein Entweder - Oder gibt. Die Entscheidung mit Limbach dem wertenden und abwägenden Richter zu überlassen, von wann ab eine für die Rezeption in die Rechtsordnung ausreichende Intensität vorliegt 137, würde uns in unseren Bemühungen nahezu auf den Ausgangspunkt zurückwerfen. Das Abstellen auf das Mehrheitskriterium vermag jedenfalls im Strafrecht nicht zu befriedigen, da dies den vom GG gewollten, aus dem Demokratieprinzip wie aus Art. 5 folgenden Minderheitenschutz aushöhlen würde, der den Einsatz des Strafrechts nur als letztes Mittel gegenüber Bestrebungen gestattet, die nicht einmal die Chance haben sollen, jemals von einer Mehrheit getragen zu werden 138. Damit ist eine sehr viel breitere Basis erforderlich, deren quantitative Ausdehnung freilich nicht völlig rational begründbar ist. Eine gewisse Parallele bietet insoweit das Wahlrecht, das der besseren Ordnung des Gemeinwesens willen auf die Berücksichtigung von Splittergruppen verzichtet. Damit wären Außenseitermeinungen ebenso ausgeschieden wie das Horrorbeispiel der Einstellungen von Gangstern <sup>139</sup>. Sobald eine gesellschaftlich relevante Gruppe eine bestehende Übung durchbricht, ihre Verbindlichkeit bestreitet oder ihre Legitimität in Zweifel zieht, kann keine eine Verurteilung tragende soziale Norm mehr angenommen werden. Bei Vorliegen eines solchen "Dissenses" ist daher von jeder Strafverfolgung abzusehen, was Lenckner, der im Ergebnis weithin mit dem hier Vertretenen übereinstimmt <sup>140</sup>, zu Recht für den Fall Dohrn, das Mensurenschlagen und die Verlobtenunzucht annimmt <sup>141</sup>.

Das Vorhandensein einer sozialen Norm vermag freilich für sich allein die Verwerflichkeit nicht zu begründen. Der an das Grundgesetz gebundene Richter kann zwar niemanden wegen Nötigung und Erpressung verurteilen, wenn — pauschal gesagt — seine Entscheidung nicht mit sozialen Standards übereinstimmt; auf der anderen Seite ist er aber nicht gehindert, sondern von seiner Aufgabenstellung her sogar verpflichtet, verfassungswidrigen Übungen trotz Billigung durch die Beteiligten die Anerkennung zu versagen <sup>142</sup>. Das von ihm anzuwendende Wertsystem ist insoweit einem Filter vergleichbar, der mißbräuchliche gesellschaftliche Praktiken abwehrt.

Der hier vertretenen Auffassung kann auch nicht der Einwand entgegengehalten werden, die Feststellung sozialer Normen sei im Rahmen eines Strafverfahrens schwer möglich, zumindest aber mit unangemessenem Aufwand verbunden, da in Wettbewerbs- und Warenzeichenprozessen seit Jahrzehnten demoskopische Gutachten als Beweismittel anerkannt sind <sup>143</sup>. Was dort zur Klärung finanzieller Interessen unschwer möglich ist, sollte nicht gerade dann als zu aufwendig hingestellt werden, wenn es um die persönliche Freiheit einzelner Mitbürger geht. Auch in diesem Zusammenhang gilt es, jedem Bürger die gleichen Chancen vor Gericht zu verschaffen <sup>144</sup> und nicht für Unternehmerprozesse Privilegien zu vergeben. Im übrigen würde es eine gesonderte Untersuchung lohnen, einmal der Frage nachzugehen, warum unbestimmte Rechtsbegriffe im Wettbewerbsrecht sogar mit empiri-

<sup>133)</sup> Wegen Art. 103 II GG haben die von Teubner (S. 99 ff., 106 ff.) entwickelten weiteren Funktionen der Gute-Sitte-Klauseln ("Gute Sitten als Transformation sozialer Wertvorstellungen", "Gute Sitten als Delegation legislativer Aufgaben") im Strafrecht keinen Platz. 134) Vgl. Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 1. Band, 4. Aufl., Tübingen 1956, S. 18, 19, der Konformität, Normativität und Legitimität unterscheidet. S. auch Lenckner JuS 1968, 308, der eine Bestrafung nur dann bejaht, wenn die in Bezug genommenen außergesetzlichen Maßstäbe "insoweit eindeutig oder relativ eindeutig sind". 135) JuS 1968, 308.

<sup>136)</sup> Vgl. die durch Infas ermittelte Feststellung, daß etwa ein knappes Drittel der befragten Arbeitnehmer nach erfolglosen politischen Verhandlungen bereit wäre, zur Durchsetzung einer erweiterten Mitbestimmung in den Streik zu treten (Mitgeteilt bei Thomssen, Wirtschaftliche Mitbestimmung und sozialer Konflikt, Neuwied und Berlin 1970, S. 61). Die Fragestellung war im übrigen zu undifferenziert, um die Existenz einer sozialen Norm i. S. des Textes zu beweisen.

<sup>137)</sup> Limbach, in: Festschrift für E. Hirsch, Berlin 1968, S. 77 ff. Im wesentlichen zustimmend Teubner S. 91.

<sup>138)</sup> Kritisch bei den Gute-Sitte-Klauseln Teubner S. 91 unter Berufung auf Gibbs.

<sup>139)</sup> Lenckner JuS 1968, 309.

<sup>140)</sup> JuS 1968, 308. Ein Unterschied besteht insoweit, als er nicht auf das Vorliegen einer sozialen Norm rekurriert, sondern sich mit der pauschalen Feststellung unterschiedlicher Überzeugungen sowie dem Fall begnügt, daß "rechtlich Denkende vernünftigerweise verschiedener Ansicht sein können".

<sup>141)</sup> Lenckner JuS 1968, 308.

<sup>142)</sup> Vgl. Teubner S. 91.

<sup>143)</sup> S. die Nachweise bei Teubner S. 10 ff.

<sup>144)</sup> BVerfGE 9, 124 ff. Der Kontrast wird besonders deutlich, wenn man bedenkt, daß sich Strafverfahren regelmäßig gegen Mitglieder der Unterschicht richten, die in Wettbewerbsund Warenzeichensachen nie beteiligt sind.

schem Material ausgefüllt werden, während sich die Gerichte in anderen Lebensbereichen mit tautologischen Begründungen zu begnügen pflegen.

Des weiteren könnte der hier entwickelten Auffassung entgegengehalten werden, sie enge den Bereich der Strafbarkeit zu sehr ein; insbesondere beim Streik seien nur Extremfälle denkbar, in denen eine soziale Verbotsnorm nachgewiesen werden könne.

Sicherlich ist nicht zu bestreiten, daß der hier begangene Weg einschließlich des "in dubio pro reo" bei der Feststellung sozialer Sachverhalte den Kreis der strafbaren Handlungen zu reduzieren vermag. Dabei ist jedoch zu beachten, daß sich die erörterte Problematik überhaupt nur stellt, wenn es der Gesetzgeber wie bei Nötigung und Erpressung versäumt hat, einen klaren, seinen Anwendungsbereich selbst bestimmenden Tatbestand zu schaffen. Wählt er den Weg eines "offenen", auf soziale Normen verweisenden Deliktes, so ist es ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit, den Bürger vor exzessiver Anwendung derartiger Normen zu schützen. Es ist nicht Sache des Richters, sondern der parlamentarischen Instanzen, in den Fällen Abhilfe zu schaffen, die dringend nach einer Strafsanktion verlangen. Läßt sich — um ein aktuelles Beispiel zu nennen — keine soziale Verbotsnorm gegen das dichte Auffahren auf der Autobahn konstatieren, so muß dies für den Gesetzgeber Anlaß sein, ein allgemeines Lebensgefährdungsdelikt zu schaffen, das wegen der "Konturenschärfe" des geschützten Rechtsgutes rechtsstaatlichen Anforderungen voll genügen würde.

Beim Streik ist schließlich zu beachten, daß die Zivil- und Arbeitsrechtsordnung eine große Zahl von außerordentlich wirksamen Sanktionen bereithält, die eine "Ausuferung" von Arbeitskämpfen und eine Gefährdung des so gerne beschworenen Rechtsfriedens mit größter Sicherheit verhindern. Wichtigstes Korrektiv ist die Lohneinbuße des Arbeitnehmers, die durch gewerkschaftliche Streikunterstützung nur teilweise (und das nur vorübergehend) ausgeglichen werden kann. Ihre Wirkung ist sehr viel einschneidender als der Produktionsausfall für den Unternehmer, da mangels ausreichender finanzieller Reserven jede Lohnminderung sich unmittelbar auf die Lebenshaltung des Arbeitnehmers auswirkt. Hinzu kommt das nach herrschender Meinung noch immer bestehende Risiko des Arbeitsplatzverlustes, da auch die revidierte Rechtsprechung des BAG dem Unternehmer die Möglichkeit zur lösenden Aussperrung und zur Einsparung von Arbeitsplätzen gibt 145. Bei rechtswidrigen Arbeitsniederlegungen droht nicht nur Kündigung, sondern eine Schadensersatzforderung, die sich sowohl gegen den einzelnen Streikteilnehmer wie gegen die Gewerkschaft richtet und die die wirtschaftliche Existenz der Betroffenen ruinieren kann. Wollte man hier noch mit der herrschenden Meinung an Strafsanktionen denken, so läge im Grunde das vor, was die Militärs mit "overkill" bezeichnen.

# 145) BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = RdA 1971, 185 ff. = NJW 1971, 1668 ff.

### IV. Die strafrechtliche Beurteilung der sog. Streikexzesse

Von der bisher untersuchten "reinen", d. h. in bloßem Unterlassen bestehenden Arbeitsniederlegung sind Aktionen zu unterscheiden, die anläßlich eines Streiks begangen wurden, im Gegensatz zu diesem aber in einem aktiven Tun bestehen. Vom Grundsatz her gilt für sie keine Sonderregelung — erfüllen sie die Voraussetzungen eines Straftatbestandes, so bleibt der Täter nicht deshalb straflos, weil ein mehr oder weniger enger Zusammenhang mit dem Streikgeschehen bestand <sup>146</sup>. Werden daher Fensterscheiben zertrümmert, Autos umgestürzt oder andere Personen verprügelt, so bestehen grundsätzlich keine Bedenken gegen eine Bestrafung nach § 303 bzw. 223 StGB.

Zwei Fälle verdienen jedoch wegen ihrer Häufigkeit besondere Beachtung: Zum einen ist zu prüfen, ob der sog. Sitzstreik, d. h. das bewußte Verweilen am Arbeitsplatz ohne zu arbeiten, gegebenenfalls einen nach § 123 StGB strafbaren Hausfriedensbruch darstellt; zum andern bedarf der Gesamtkomplex des Streikpostenstehens näherer Betrachtung, das schon immer am leichtesten Reaktionen der Staatsgewalt zur Folge hatte.

1. Der Sitzstreik wird in der Literatur als Straftat gemäß § 123 StGB betrachtet, sobald der Arbeitgeber die Streikenden zum Verlassen des Betriebes auffordert <sup>147</sup>. Dieser Standpunkt ist konsequent, wenn man davon ausgeht, daß dem Unternehmer ein unbeschränktes Hausrecht zusteht, kraft dessen er selbst während bestehenden Arbeitsverhältnisses dem einzelnen Arbeitnehmer den Zutritt zum Betrieb verbieten kann <sup>148</sup>. Eine solche Konzeption sieht sich jedoch heute dem Einwand ausgesetzt, auf einer rein liberalistischen Sicht des Unternehmens aufzubauen, die der Stellung des Arbeitnehmers im Produktionsprozeß nicht gerecht wird. Nach der von zahlreichen Autoren <sup>149</sup>, aber auch von der Mitbestimmungskommission <sup>150</sup> vertretenen Auffassung stellen Betrieb und Unternehmen "soziale Gebilde" dar; sie sind als "Personenverbund" zu qualifizieren, in dem zwei Arten von Individuen (die ihre Arbeitskraft einbringenden Arbeitnehmer und die das Kapital einschießenden Anteilseigner bzw. deren Beauftragte) kooperieren. Auch wenn diese institutionelle Sicht des Unternehmens geeignet ist, den Widerspruch zwischen Arbeit und Kapital zu verschleiern <sup>151</sup>, stellt sie doch inso-

<sup>146)</sup> BGH AP Nr. 1 zu § 125 StGB; Heinitz JR 1956, 4 ff.

<sup>147)</sup> Brox-Rüthers S. 207; Hueck-Nipperdey II/2 \$ 50 C III (S. 1058); Schönke-Schröder \$ 123 Rn 20; Siebrecht S. 159.

<sup>148)</sup> Säcker BB 1966, 702 ff. mwN.

<sup>149)</sup> Fitting-Kraegeloh-Auffahrt, BetrVG, 9. Aufl., Berlin und Frankfurt 1970, \$ 1 Rn 12 a; Kunze, Die Funktion des Eigentums im modernen Gesellschaftsrecht, in: Marburger Gespräch über Eigentum-Gesellschaftsrecht-Mitbestimmung, Marburg 1967, S. 77 ff.; v. Nell-Breuning, Unternehmensverfassung, in: Festschrift Kronstein, Frankfurt 1967, S. 54 ff.; ders. Mitbestimmung, Frankfurt/Main 1968, S. 41; Thomas Raiser, Das Unternehmen als Organisation, Berlin 1969.

<sup>150)</sup> BT-Drucksache VI/334 S. 58.

<sup>151)</sup> Zur Kritik an der daraus folgenden Mehrfaktorenlehre s. Karl Marx. Das Kapital. Bd. III.

weit einen Fortschritt dar, als sie dem Anspruch nach den Arbeitnehmer aus seiner durch den Arbeitsvertrag vermittelten Objektstellung befreit und ihm die Qualität eines prinzipiell gleichberechtigten Subjektes zuerkennt. Diese Feststellung ist umso bedeutsamer als das geltende Recht sich wenigstens ansatzweise an diesem Unternehmensmodell ausrichtet, indem es mit dem BetrVG und MitbG die liberale Unternehmensverfassung durchbricht und den Arbeitnehmer zu einem – allerdings in sehr beschränktem Umfang – mitgestaltenden Subjekt macht <sup>152</sup>. Ist das aber richtig, so kann auch der Aufenthalt des Arbeitnehmers an seiner Arbeitsstätte nicht von einer mehr oder weniger willkürlichen Bestimmung durch den Arbeitgeber abhängen. Solange keine ausdrücklich abweichenden Vorschriften bestehen, steht daher das sog. Hausrecht dem Unternehmer und den Beschäftigten gleichermaßen zu: Zumindest bei gültigem Arbeitsverhältnis kann dem Arbeitnehmer der Zutritt zum Betrieb nicht verwehrt werden.

Zum selben Ergebnis führt eine weitere davon in der rechtsdogmatischen Diskussion geschiedene Erwägung: Die Annahme eines Rechts am Arbeitsplatz. In der abstrakten Bejahung eines solchen als "absolut" qualifizierten Rechts sind sich Rechtsprechung und Literatur weithin einig 153; in den praktischen Auswirkungen ähnelt es mehr einem wohltönenden Programmsatz als einem subjektiven Recht, solange die Entlassung aus betriebsbedingten, d. h. durch unternehmerische Dispositionen geschaffenen Gründen wie auch eine nahezu beliebige Zuweisung anderer Arbeit möglich bleibt. Will man im Rahmen des de lege lata bestehenden Spielraums mit dem Recht am Arbeitsplatz Ernst machen, so bietet sich die Analogie zur Miete an, die zwar keine "dingliche", vor einem Entzug durch Kündigung geschützte Position gewährt, dafür aber nach dem mit dem Arbeitsantritt vergleichbaren Einzug eine nicht mehr im Wege der Selbsthilfe entziehbare Stellung verschafft 154. "Besitz am Arbeitsplatz" würde bedeuten, daß jedenfalls während bestehenden Arbeitsverhältnisses ein jederzeitiges Zugangsrecht zum Betrieb, dem "räumlich-gegenständlichen Bereich" der Betätigung der Arbeitskraft, existieren muß.

Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn man die Zulässigkeit einer lösenden Aussperrung bejahen würde. Daß dem Bedenken entgegen stehen, wurde schon an anderer Stelle eingehend begründet, so daß hierauf verwiesen werden kann 155. Schließt man sich den dort vorgetragenen Argumenten nicht an, so

wäre zu erwägen, ob nicht gerade in diesem Fall eine richtig verstandene Kampfparität den Arbeitnehmern das Recht zum Verbleiben im Betrieb zusprechen müßte, haben sie doch keine andere Möglichkeit, den endgültigen Verlust ihres Arbeitsplatzes und damit den Zusammenbruch ihrer Aktion aufgrund der Einstellung neuer Arbeitskräfte zu verhindern. Dies ist dann besonders evident, wenn man mit dem BAG die Sukzessivaussperrung kleinerer Arbeitnehmergruppen 156 oder die Kündigung wegen (in ihrer Berechtigung schwer nachprüfbarer) Einsparung von Arbeitsplätzen 157 zuläßt, und damit dem Unternehmer die Möglichkeit gibt, sich je nach der Lage auf dem Arbeitsmarkt Ersatz für Streikende zu verschaffen – hier hilft in Zeiten der Rezession nur die physische Anwesenheit am Arbeitsplatz, um die schrittweise Liquidierung der Streikbewegung zu verhindern 158.

Als Ergebnis bleibt daher festzuhalten, daß der Sitzstreik keinen Hausfriedensbruch darstellt — was die vorgetragenen Gesichtspunkte zwar nicht im naturwissenschaftlichen Sinne stringent beweisen, aber doch plausibel zu machen vermögen.

2. Streikpostenstehen ist als solches legal. Dies galt selbst in der Zeit vor dem 1. Weltkrieg <sup>159</sup>, obwohl damals § 153 GewO den Aktionsradius sehr einengte, indem er nicht nur Beleidigungen, sondern auch weniger abschätzige Äußerungen gegenüber Streikbrechern verbot <sup>160</sup>. Dabei sind jedoch auch heute die Streikposten auf "gütliches Zureden" beschränkt; alles, was darüber hinausgeht, wird kategorisch als Nötigung abqualifiziert. Dies soll etwa für das Photographieren von Streikbrechern <sup>161</sup> ebenso gelten wie für die Abweisung Arbeitswilliger, die nicht im Besitze eines von der Streikleitung ausgestellten Passierscheins sind <sup>162</sup>. Das Bilden von Ketten vor den Werkstoren sowie die Anwesenheit einer großen Masse von Arbeitnehmern ist unzulässig, wenn dadurch Arbeitswilligen der Zugang zum Betrieb versperrt wird <sup>163</sup>. Auch das Aussparen eines "schmalen Durchgangs" reicht nicht; vielmehr ist ihnen nach Auffassung des BayOblG "ein leicht erkennbarer und genügend breiter Zugang zur Arbeitsstätte freizulassen" und jedes "Spießrutenlaufen" zu ersparen <sup>164</sup>; lediglich ein Umweg von wenigen Schritten ist "im allgemeinen" zuzumuten <sup>164</sup>. Erst recht ist es strafbar, einen Streikbre-

<sup>152)</sup> Eingehender Däubler (Fn 12) S. 249 f.

<sup>153)</sup> BAG AP Nr. 7 zu § 1 KSchG; Hedemann RdA 1953, 121 ff.; Herschel-Steinmann, Kommentar zum KSchG, 5. Aufl. 1961, § 1 Rn 58 a; Hueck-Nipperdey II/2 § 49 A II 2 a (S. 996 — dort Fn 26 umfassende Nachweise zum Diskussionsstand); Wiedemann RdA 1961, 5 ff.

<sup>154)</sup> Direktions- und Hausrecht sind insofern Anomalia in unserer Rechtsordnung als sie ein unmittelbares Selbsthilferecht gewähren und den Arbeitnehmer daher in die Position eines bloßen "detentor", vergleichbar dem Mieter im römischen Recht bringen. (Dazu Kaser, Römisches Privatrecht, 6. Aufl., München 1968, S. 80).

<sup>155)</sup> Däubler (Fn 12) S. 166 ff., 242 ff.

<sup>156)</sup> BAG AP Nr. 10, 24 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

<sup>157)</sup> BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

<sup>158)</sup> Für die hier vorgetragene Auffassung spricht auch § 102 V BetrVG 1971, der die grundsätzliche Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bis zum Abschluß des Kündigungsschutzprozesses vorschreibt.

<sup>159)</sup> Nachweise bei Kim, Das Streikpostenstehen als rechtmäßiges oder rechtswidriges Verhalten gegenüber dem bestreikten Arbeitgeber, Marburg 1969, S. 6 ff.

<sup>160)</sup> Nachweise bei Däubler (Fn 35) S. 27.

<sup>161)</sup> AG Alzenau ArbGeb 1955, 406; Brox-Rüthers S. 187; Siebrecht S. 157.

<sup>162)</sup> Nachweise bei Hueck-Nipperdey II/2 § 49 B II 8 c (S. 1033), bestr.

<sup>163)</sup> Brox-Rüthers S. 187; Heinitz JR 1956, 4; Siebrecht S. 157.

<sup>164)</sup> BayObLG NJW 1955, 1806. Zustimmend Hueck-Nipperdey II/2 § 50 C II (S. 1058); Siebrecht S. 157.

cher als "Lumpen" zu bezeichnen; die Maßstäbe für die Beurteilung einer Beleidigung werden durch den Arbeitskampf nicht beeinflußt 165.

Die Beispielsfälle zeigen, daß genau wie bei den oben abgehandelten, wegen besonderer Gesetzesverstöße angeblich verwerflichen Streiks im Grunde eine Dezision vorliegt, die nur im Hinblick auf das nicht deutlich gemachte Vorverständnis kritisiert werden kann. So macht etwa die strafrechtliche Würdigung des Photographierens als Nötigung und nicht als gemäß § 33 I Ziff. 2 KUG strafbare Verletzung des Rechts am eigenen Bild deutlich, daß es mehr um den Schutz des "Arbeitswillens" als um den Schutz der Persönlichkeit geht. Vergleicht man außerdem die hier vorgenommene Beurteilung mit den Stellungnahmen von Rechtsprechung und Literatur zur Anfertigung und Aufbewahrung von Photographien durch den Verfassungsschutz 166, so wird eine streikfeindliche (und überdies etatistische) "Schlagseite" sichtbar, die dem alten Reichsgericht alle Ehre gemacht hätte. Das Verbot der Beschränkung des Zugangs zum Betrieb entspringt dem Bestreben, jeden Ansatz zur eigenen Organisation der Arbeitnehmer zurückzudrängen; dieselbe herrschende Meinung, die sonst auch bei bestehendem Arbeitsverhältnis kein Recht auf Zugang zur Arbeitsstätte gewährt 167, ist plötzlich eifrig bemüht, diesem Recht "Drittwirkung" gegen die streikenden Arbeitskollegen zu geben und vor jeder auch nur faktischen Beeinträchtigung zu schützen. Auch bei der Verfolgung von Beleidigungen nimmt man es sehr genau, während nicht einmal ein Kündigungsgrund angenommen wird, wenn der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer als "großen Lausbuben" bezeichnet 168.

Auch hier muß wiederum auf das Vorliegen sozialer Normen abgestellt werden, ohne die eine Verurteilung wegen Nötigung nicht möglich ist. Es ist daher notfalls mit Hilfe der empirischen Sozialforschung zu klären, ob bestimmte Verhaltensweisen gegenüber Arbeitswilligen generell mißbilligt werden. Voraussichtlich würden entsprechende Erhebungen zu dem Ergebnis führen, daß das Absperren des Fabrikgeländes durch Massierung von Streikposten oder durch Bildung von Ketten keineswegs immer abgelehnt wird. Durch das daraus folgende Ausscheiden des § 240 StGB werden die Arbeitswilligen im übrigen keineswegs schutzlos; jeder Angriff auf ihre körperliche Integrität bleibt strafbar und berechtigt zur Notwehr. Auch an der Anwendbarkeit des § 185 StGB ändert sich grundsätzlich nichts, obwohl letztlich die Umstände darüber entscheiden müssen, wann eine wirkliche Kundgabe der Mißachtung und wann nur eine Unfreundlichkeit vorliegt. Schließlich findet das hier angenommene Ergebnis eine Rechtfertigung auch in der Aufhebung des § 153 GewO, der u. a. Einwirkungen auf Streikbrecher durch "An-

S. 337/338.

wendung körperlichen Zwanges, durch Drohungen, durch Ehrverletzung oder durch Verrufserklärung" mit Strafe bedrohte, und der nicht durch eine extensive Auslegung der Nötigungs- und Beleidigungsparagraphen zu neuem Leben erweckt werden sollte.

### V. Strafbarkeit der Aussperrung?

Die Literatur zur strafrechtlichen Sanktionierung des Arbeitskampfes pflegt in der Regel Streik und Aussperrung in einem Atemzug zu nennen 169. Sie folgt damit dem verbreiteten Paritätsschema, ohne sich im geringsten darum zu kümmern, daß unter unseren Bedingungen die Verurteilung eines aussperrenden Unternehmers wegen Nötigung oder Erpressung in das Reich der Fabel gehört. Dennoch ließe sich gerade vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus eine derartige Strafbarkeit relativ leicht begründen. Wird nämlich - wie Brox-Rüthers 170 und Niese 171 meinen – ein ansonsten sozialadäquater Streik "verwerflich", wenn er für den Arbeitgeber die Gefahr der Existenzvernichtung mit sich bringt, so muß dasselbe - auf die Aussperrung übertragen - in aller Regel zur Bestrafung des Unternehmers führen, da die Aussperrung den Arbeitsplatz als in der Regel einzige Lebensgrundlage des Arbeitnehmers zumindest gefährden soll. Für eine solche Wertung besteht um so mehr Veranlassung, als sie nirgends als Kampfmittel ausdrücklich gewährt, sondern in der hessischen Landesverfassung sogar ausdrücklich verboten ist <sup>172</sup>. Außerdem verstößt sie nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung grundsätzlich gegen das Paritätsprinzip, da der Streik das gestörte Gleichgewicht im Arbeitsverhältnis erst wieder herstellt und die Aussperrung daher zu einer erneuten Bevorzugung des Unternehmers führen würde <sup>173</sup>.

Eine Lösung dieser Fragen ist hier weder möglich noch erforderlich. Eine soziale Norm in dem Sinn, daß Aussperrungen nicht geübt, nicht als verbindlich erachtet und nicht gebilligt werden, dürfte sich schwerlich nachweisen lassen, da zumindest die wenn auch kleine Minderheit der Unternehmer für dieses Kampfmittel plädieren wird. Auch in einer solchen Außenseiterhaltung ist sie zu schützen, so daß sich insgesamt die Feststellung ergibt, daß das Strafrecht den Arbeitskampf nicht reglementiert, sondern im Grunde ausspart - was aus dem Gedanken der sozialen Selbstverwaltung wie aus der Neutralitätspflicht des Staates heraus uneingeschränkt zu begrüßen ist.

<sup>165)</sup> Siebrecht S. 157. Vgl. auch LG Göttingen SAE 1958, 57 ff.

<sup>166)</sup> v. Münch JuS 1965, 404.

<sup>167)</sup> s. Säcker BB 1966, 702 ff. mwN.

<sup>168)</sup> s. Trappe, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl. 1969,

<sup>169)</sup> Brox-Rüthers S. 180; Hueck-Nipperdey II/2 § 50 (S. 1051 ff.) u. a.

<sup>170)</sup> S. 184.

<sup>171)</sup> S. 74 f. Weitere Nachweise oben Fn 95.

<sup>172)</sup> Zutreffend Ramm (Fn 11) S. 163.

<sup>173)</sup> Däubler (Fn 12) S. 166 ff. mwN (Fn 11).