

Über die strafrechtliche Bedeutung des politischen Widerstandes

von Christoph Gusy

I. Widerstandsrecht

1) Das **überpositive Widerstandsrecht** bezeichnet das Recht des Bürgers, sich gegen extrem ungerechte Maßnahmen zur Wehr setzen oder ihnen doch die Befolgung versagen zu dürfen. Seine Entstehungs- und Existenzbedingungen sind (1) die Existenz einer – materiell verstandenen – Gerechtigkeitsidee, welche (2) alle Menschen bindet: Der Herrscher ist verpflichtet, nur gerechte Gesetze zu erlassen; die Untertanen ihrerseits sind verpflichtet, gerechte Gesetze zu befolgen, weil sie gerecht sind; schließlich (3) die Ableitbarkeit inhaltlicher Maßstäbe für Normen aus der Gerechtigkeitsidee, welche eine Beurteilung der Gesetze nach den Maßstäben "gerecht" oder "ungerecht" zulassen. Bezeichnet hier die Gerechtigkeit – oft auch Legitimität genannt – den Geltungsgrund und Befolungsanspruch des Rechts, so konstituiert sie zugleich die Grenze dieses Rechts. Was der Untertan nicht zu befolgen verpflichtet ist, dagegen ist er nach zahlreichen – nicht aber allen – rechtsphilosophischen Ansätzen berechtigt, Widerstand zu leisten.

Dieses Konzept bezieht seine innere Rechtfertigung daraus, daß die Maßstäbe des Rechts zwar vorgegeben sind; der Untertan aber keine Möglichkeit besitzt, auf den Inhalt der Gesetze – und damit ihre Kongruenz mit der Gerechtigkeit – Einfluß zu nehmen. Unter einer solchen Prämisse ist Widerstand die einzige Handhabe des Rechtsunterworfenen. Damit ist allerdings zugleich das Ende eines derartigen Konzepts in der Demokratie vorgegeben: Hier hat der Bürger die reale Möglichkeit, auf den Inhalt der Gesetze einzuwirken; und die Gesetze sind auch nicht bindend, weil sie gerecht, sondern weil sie demokratisch erlassen sind. In der Demokratie geht somit die Auseinandersetzung nicht um die Geltung der schon erlassenen Gesetze und deren Grenzen, sondern um den Inhalt der zu erlassenden Gesetze. Widerstand gegen Normen wird durch Mitwirkungsrechte bei der Gesetzgebung kompensiert: Was das Widerstandsrecht *ideal* zu sichern versuchte – nämlich die Kongruenz von Rechtsinhalt und Geltungsgrund –, das hat die Demokratie *real* gemacht. Ein überpositives Widerstandsrecht kann es demnach in der Demokratie, wie sie die griechische und die bundesdeutsche Staatsform ausmacht, trotz mancher diesbezüglichen Postulate nicht geben.

2) Art. 120 Abs. 4 der griechischen Verfassung von 1975 sowie Art. 20 Abs. 4 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland von 1949 in der Fassung von 1968 garantieren das **positive Widerstandsrecht**. Die Legalisierung des Widerstandsrechts kann nicht bedeuten, daß Widerstand gegen demokratisch gesetzte Staatsakte erlaubt sein kann. Eine Rechtsordnung, die Widerstand gegen ihre eigenen Maßnahmen zuläßt, hebt sich selbst auf.

Damit geraten Demokratie und Widerstandsrecht als Elemente einheitlicher Rechtsordnungen notwendig in ein Komplementärverhältnis. Demokratisches Staatshandeln schließt Widerstand aus. Letzterer kann demnach nur gegen nichtdemokratische Maßnahmen geleistet werden. Damit wird die Anerkennung des Widerstandsrechts notwendig zu einem Akt der Selbststabilisierung der vorhandenen Staatsform, also der Demokratie. Widerstand ist zugelassen – oder gar gefordert – zum Zwecke der Verfassungsgewährleistung, also Bestandteil des Staatsschutzrechts. Daß damit beide Staaten auf je spezifische Vorgänge ihrer eigenen Verfassungsgeschichte reagieren, versteht sich von selbst.

3) Art. 120 Abs. 4 der griechischen Verfassung von 1975 lautet: "Die Einhaltung der Verfassung wird dem Patriotismus der Griechen anvertraut; sie sind berechtigt und verpflichtet, gegen jeden, der es unternimmt, die Verfassung mit Gewalt aufzulösen, mit allen Mitteln Widerstand zu leisten."

Art. 20 Abs. 4 GG lautet: "Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist."

4) Die Unterschiede zwischen beiden Konzepten sind evident: Die griechische Verfassung normiert kein Recht, sondern – einander korrespondierend – Recht und Pflicht, also eine Kompetenz. In Zeiten der gewaltsamen Bedrohung kehrt die Aufgabe der Verfassungsgewähr zum *pouvoir constituant* zurück. Das Verfassungsrecht statuiert so – genau beschrieben – eine besondere Form der Gewaltenteilung: Eine Selbstermächtigung des Verfassungsgebers, der auch nach Erlaß der Verfassung nicht in eine Ruhelage eintritt. Es ist die permanente Aufgabe des Staatsvolkes, über die Integrität der Verfassung gegen gewaltsame Übergriffe zu wachen und diese gegebenenfalls abzuwehren. Damit endet das Wirken des *pouvoir constituant* nicht mit der Verfassunggebung; er ist den anderen Staatsgewalten auch zeitlich nicht vorgeordnet, sondern nebengeordnet. Der *pouvoir constituant* wird zugleich zum konstitutionellen Organ, das nach Maßgabe der Verfassung zu handeln berechtigt und verpflichtet ist. Widerstand, der ohne Vorliegen der Voraussetzung des Art. 120 Abs. 4 der griechischen Verfassung geleistet wird, ist somit verfassungswidriges Staatshandeln, nämlich kompetenzwidriges Organhandeln.

5) Demgegenüber geht das deutsche Recht von einem grundrechtlichen Konzept des Widerstandsrechts aus, wie es Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG unmißverständlich zum Ausdruck bringt. Konsequenter ist der Widerstand auch nur ein Recht und nicht – wie etwa im griechischen Recht oder auch nach Art. 147 HeLV – zugleich eine Verpflichtung. Daher läßt sich Art. 20 Abs. 4 GG auch nicht kompetenzrechtlich begreifen. Vielmehr läßt es sich beschreiben als Nothilferecht des Bürgers zugunsten einer bedrohten Verfassung.

Das grundrechtliche Argument unterscheidet sich praktisch von dem kompetenzrechtlichen. Abgesehen von der fehlenden Widerstandspflicht ist der Widerstand in der Bundesrepublik nicht an die Grundsätze gebunden, die

für die Ausübung von Staatsgewalt gelten. Er bedarf keiner gesetzlichen Ausformung; das Übermaßverbot gilt nicht – das ist allerdings in Einzelheiten umstritten –; und gegen die Ausübung des Widerstands ist keine Berufung auf Grundrechte zulässig. Das Widerstandsrecht unterliegt keinen gesetzlichen Schranken. Es ist nicht nach Maßgabe des einfachen Rechts auszuüben, sondern das einfache Recht ist lediglich verfassungsgemäß in Übereinstimmung mit dem grundgesetzlichen Widerstandsrecht.

II. Widerstandsrecht im Strafrecht

Art. 20 Abs. 4 GG als Rechtfertigungsgrund

6) Widerstandsrecht rechtfertigt Widerstandshandlungen. In Übereinstimmung mit der strafrechtlichen Dogmatik ist Art. 20 Abs. 4 GG als Rechtfertigungsgrund zu begreifen. Wer im Widerstand einen Straftatbestand erfüllt, handelt zwar tatbestandsmäßig; sein Verhalten ist jedoch unter besonderen rechtlichen Voraussetzungen nicht als rechtswidrig qualifiziert. Vielmehr ist es durch Art. 20 Abs. 4 GG gerade – ausnahmsweise – erlaubt.

Rechtswidrig sind demgegenüber alle Handlungen, welche die Ausübung des Widerstandsrechts entgegen Art. 20 Abs. 4 GG behindern, also etwa hoheitliche Eingriffe der Polizei- und Ordnungskräfte zu Lasten der Widerstand Leistenden. Solche Handlungen sind etwa im Sinne des § 113 Abs. 3 Satz 1 StGB als verfassungswidrig und damit rechtswidrig zu bezeichnen. Art. 20 Abs. 4 GG schließt eine Bestrafung nach § 113 StGB im Rahmen des Anwendungsbereichs seines Abs. 3 S. 1 demnach notwendig aus. Daß auch eine Bestrafung nach § 240 StGB nicht in Betracht kommt, ergibt sich schon daraus, daß Grundrechtsausübung im “Staat des Grundgesetzes” niemals “verwerflich” ist.

7) Gerechtfertigt ist ein Handeln allerdings allein, wenn es die Voraussetzungen der Rechtfertigungsnorm erfüllt. Dies wirft die Frage nach dem Tatbestand des Art. 20 Abs. 4 GG auf. Dieser kumuliert zwei Anforderungen: das “Unternehmen, diese Ordnung zu beseitigen”, und die “Unmöglichkeit anderer Abhilfe”. Das Unternehmen der Beseitigung kann von staatlichen und privaten Stellen ausgehen; die Unmöglichkeit anderweitiger Abhilfe bezieht sich insbesondere auf die Unfähigkeit der Staatsorgane, die Verfassung zu garantieren. In dieser Unmöglichkeitsklausel liegt die Subsidiarität des Widerstandsrechts. Sie zeigt zugleich die insgesamt restriktive Haltung des Grundgesetzes zum Widerstand: Verfassungsgewährleistung gegen Umsturz ist erst Staats- und danach Bürgerpflicht. Insoweit geht die griechische Verfassung jedenfalls ihrem Wortlaut nach über das deutsche Recht hinaus.

8) Das zentrale Problem des Widerstandsrechts aus Art. 20 Abs. 4 GG liegt allerdings im Erfordernis der Zeitgleichheit beider Merkmale. Während einerseits die Beseitigung der verfassungsmäßigen Ordnung erst noch

“unternommen” wird, also in der Vorstufe zum Erfolg steht, so ist gesichert, daß Widerstand nicht erst einsetzen darf, wenn der Umsturz schon vorbei oder erfolgreich zum Ziel geführt ist. Dazu paßt aber nicht das andere Element. Obwohl die Beseitigung der verfassungsmäßigen Ordnung erst in das Unternehmensstadium gelangt ist, muß *zugleich* die Staatsgewalt außerstande zur Abhilfe sein. Eine solche Intensität der Einwirkung des Unternehmens auf die Beseitigung der verfassungsmäßigen Ordnung ist nicht im Frühstadium denkbar; vielmehr wird Staatserhaltung durch Widerstand gerade ausgeschlossen, wenn die Umsturzbewegung noch klein und wenig mächtig ist. Während das “Unternehmen” der Beseitigung als Tatbestandsvoraussetzung den Widerstand nicht zu spät beginnen soll, soll umgekehrt die Unfähigkeit der staatlichen Abhilfe garantieren, daß der Widerstand nicht zu früh beginnt. Damit gerät das Widerstandsrecht allerdings in eine paradoxe Situation, die als zentrales Dilemma des Art. 20 Abs. 4 GG erkannt worden ist.

Die Möglichkeit der Abhilfe durch den Staat kann nämlich aus zwei Gründen ausgeschlossen sein: Entweder sind die Staatsorgane gegenüber dem Unternehmen **unwillig zur Abhilfe**; oder aber sie sind **unfähig zur Abhilfe**. Nur und erst, wenn eine dieser beiden Voraussetzungen vorliegt, ist der Widerstand zulässig.

9) Die Staatsorgane sind **unwillig zur Abhilfe**, wenn sie entweder mit dem Unternehmen der Beseitigung des Grundgesetzes gemeinsame Sache machen oder ihm zumindest nicht vollständig ablehnend gegenüberstehen; und zugleich diese ihre Haltung die eigene Verpflichtung auf das Grundgesetz überwiegt. Die Staatsorgane müssen also eher bereit sein, auf die Beseitiger Rücksicht zu nehmen, als auf jene Ordnung, zu deren Schutz sie eigentlich angetreten sind. Dies letztere kann aber erst der Fall sein, wenn alle Möglichkeiten versagen, die Staatsorgane gerichtlich oder auf sonstige Weise zur Einhaltung der Verfassungsbestimmungen zu zwingen. Die Unmöglichkeit der Abhilfe wegen Unwilligkeit der Staatsorgane besteht so erst, wenn die Mechanismen zur Einhaltung des Grundgesetzes einer vollständigen Erosion unterlegen sind, wenn also der staatliche Wille, das Grundgesetz zu bewahren, bereits bei einer Vielzahl von Organen in einer Weise geschwunden ist, daß nur noch von einer formellen Geltung, nicht aber mehr von einer materiellen Wirksamkeit des Grundgesetzes gesprochen werden kann. Staat und Grundgesetz sind dann politisch bereits in einer Weise auseinandergelaten, welche nicht mehr den Schluß zuläßt, daß eine solche Staatsgewalt noch die Staatsgewalt des Grundgesetzes darstellt. Die Staatsform des Grundgesetzes besteht dann nur noch ihrer Fassade nach, nicht aber mehr in der Sache.

10) Die Staatsorgane sind **unfähig zur Abhilfe**, wenn das Unternehmen zur Beseitigung bereits stärker ist als die Staatsgewalt selbst. Damit ist allerdings die Basis der Staatsgewalt entfallen: Sie ist nur dann vorhanden, wenn sie sich potentiell gegen jede andere Gewalt im Staat durchsetzen kann. In diesem Sinne kann eine Staatsform nur existieren, sofern sich die potentiell stärkste Macht im Staat ihr unterordnet. Von einer solchen Staatsgewalt

kann aber keine Rede mehr sein, wenn die Staatsorgane unfähig sind, sich gegen ein Unternehmen zur Beseitigung der Verfassung durchzusetzen. In diesen Fällen ist die vom Grundgesetz vorgesehene Staatsgewalt nicht mehr vorhanden; an ihre Stelle ist eine andere Gewalt getreten, die ihrerseits die stärkste ist und sich im Begriff befindet, selbst die Staatsgewalt zu übernehmen.

Demnach kann – beide genannten Fallgruppen zusammenfassend – der Widerstand erst eintreten, wenn die vom Grundgesetz vorgesehene Staatsgewalt entweder nicht mehr vorhanden ist oder sich vom Grundgesetz bereits gelöst hat, also nicht mehr die “Staatsgewalt des Grundgesetzes” ist.

11) Damit gerät das Widerstandsrecht zumindest tatsächlich in den Kontext der Auflösung einer Rechtsordnung und den Übergang von einer staatlichen Ordnung zu einer anderen. Es steht in einer faktischen Situation, die gekennzeichnet ist vom Fehlen von Staatsorganen, welche das Grundgesetz durchsetzen können, welche also insbesondere eine praktische Realisierung der rechtlichen Interessenzuordnung, die nach Verfassung und Gesetz besteht, nicht mehr erbringen können. Damit befindet sich nicht nur der Staat Bundesrepublik Deutschland, sondern auch das gesamte Recht in einer Existenzkrise, wenn der Widerstandsfall einsetzt – wohlgemerkt: einsetzt! Es ist die Situation nicht mehr der geordneten Auseinandersetzung *nach* dem Recht, sondern diejenige des Kampfes *um* das Recht, und zwar um die Grundpfeiler der staatlichen Ordnung. Es ist die Situation des Bürgerkriegs!

Ein Bürgerkrieg kann mindestens zwei mögliche Ergebnisse haben: Entweder geht die alte Ordnung als Sieger aus ihm hervor, der Widerstand war also erfolgreich; oder aber die neue Ordnung ist der Sieger, die alte Ordnung – und damit der “Staat des Grundgesetzes” – ist tatsächlich und rechtlich überwunden. Im letzten Fall kann das Widerstandsrecht keine rechtliche Relevanz erlangen: Der Bürgerkrieg, in welchem der “alte Staat” unterliegt, bringt eine neue Staatsgewalt hervor; und diese neue Staatsgewalt ist an das Grundgesetz nicht gebunden, denn das Grundgesetz kann nur die von ihm selbst konstituierte Staatsgewalt binden. Eine neue Staatsgewalt, die an deren Stelle tritt, hat und schafft ihr eigenes Recht. Ist sie aber nicht an das Grundgesetz gebunden, so kann ihr auch nicht das Widerstandsrecht entgegengehalten werden. Ist der Bürgerkrieg verloren, so läuft das Widerstandsrecht leer; es bleibt ein leerer Rechtstitel, der sich gegen eine Staatsgewalt richtet, die dann nicht mehr vorhanden ist.

Widerstandsrecht kann als Rechtfertigungsgrund demnach nur “eingreifen”, wenn die alte Staatsgewalt aus dem Bürgerkrieg als Sieger hervorgegangen ist. In einer derartigen Situation kann es aber kaum praktisch werden, da die Bundesrepublik kaum diejenigen bestrafen wird, deren Mithilfe sie ihre eigene Fortexistenz verdankt. Denn gerechtfertigt sind nur Widerstandshandlungen, nicht aber zusätzliche Straftaten, etwa Plünderung oder Ermordung von unterlegenen Bürgerkriegsgegnern ohne Widerstandseffekt.

12) Zwischenergebnis: Widerstandsrecht kann nur dann tatbestandlich eingreifen, wenn es praktisch kaum Relevanz erlangt. Es richtet sich gegen Maßnahmen, die ihrerseits aus politischen Gründen nicht durchgeführt

werden: Kein Staat, der zeitweilig unfähig zur Selbsterhaltung war und dann aus dem Bürgerkrieg doch als Sieger hervorgegangen ist, kann dann noch die eigenen Helfer und Anhänger bestrafen. Art. 20 Abs. 4 GG ist demnach von seinen eigenen Voraussetzungen her so angelegt, daß er nicht relevant werden kann. Seine **strafrechtliche Bedeutung** ist demnach – allein aus verfassungsrechtlichen Gründen der Konkretisierung des Grundrechtstatbestandes – **gleich Null**.

Der genannte Befund ist auch weder Zufall noch restriktive Auslegung, sondern entspricht sehr wohl der Entstehungsgeschichte und dem historischen Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers. Dieser – im Jahre 1968 bereits mancher Berufung auf das Widerstandsrecht auch in innenpolitischen Angelegenheiten konfrontiert – wollte mit der Aufnahme des Art. 20 Abs. 4 GG in das Grundgesetz nicht nur deutlich machen, was das Widerstandsrecht ist; er wollte zudem gleichermaßen verdeutlichen, was es nicht ist. Eben aus dem letzteren Grunde richtet sich der Widerstand nicht gegen "Verfassungsbruch" bzw. "rechtswidrigen Mißbrauch der Staatsgewalt"; der "ultima ratio-" Gedanke dominierte in den Beratungen je länger, je mehr. Am deutlichsten wird dies vielleicht darin, daß das "Unternehmen" der Beseitigung der Staatsgewalt erst zum Schluß noch eingeschoben wurde; ursprünglich hieß es stattdessen: "Ist die freiheitliche demokratische Grundordnung beseitigt . . .".

13) Der bisherige Befund bestätigt die Diagnose: Das Widerstandsrecht des Grundgesetzes ist eine Norm, welche die Auflösung einer Rechtsordnung und ihren Übergang in eine andere betrifft. Tatbestandlich betrifft es exakt den Punkt, der in der Staatslehre als Existenzfrage des Rechts angesehen wird: Es ist angesiedelt im Bereich von Bürgerkrieg, Staatsnotrecht und staatsrechtlichem Neuanfang. Dabei ist es eher eine Frage der Terminologie, ob hier das Recht an seinen Ausgangspunkt zurückgeführt wird, der Ausnahmezustand also als Bewährungsprobe des Rechts qualifiziert wird, oder aber ob man sich gleich zu dem Befund erklärt: "Das Staatsrecht hört hier auf". Und wo das Staatsrecht aufhört, da fängt dann erst das Widerstandsrecht des Grundgesetzes an. Darin liegt sein Dilemma.

Strafrechtliche Folgefragen

14) Das Widerstandsrecht wird hier als **Rechtfertigungsgrund** verstanden; allerdings als ein solcher, der gerade **nicht allein strafrechtlicher Natur** ist. Als allgemeiner Rechtfertigungsgrund kann er im Staatsrecht, im Verwaltungsrecht, im Bürgerlichen Recht und eben im Strafrecht seine je spezifischen Wirkungen entfalten. Welche Wirkungen dies sind, ist nicht aus der Bezeichnung als "Rechtfertigungsgrund", sondern aus Art. 20 Abs. 4 GG zu entnehmen. Auch angesichts fortgeschrittener Diskussionen über die "Einheit der Rechtsordnung" ist jedenfalls aus der Perspektive des öffentlichen Rechts heute anerkannt, daß Verbots- und Rechtfertigungsnormen in unterschiedlichen rechtlichen Kontexten unterschiedliche Bedeutungen aufweisen können.

15) Art. 20 Abs. 4 GG verleiht dem Widerstandleistenden keine erkennbar weiteren Rechte, als sie auch schon das einfache Strafrecht begründet: nämlich Notwehr (§§ 32 f. StGB) oder Notstand (§ 34 StGB).

Widerstand ist gemäß Art. 20 Abs. 4 GG zulässig "gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen". Er ist also zulässig gegen den Beseitiger; ferner gegen seine Mittäter, Hintermänner und Unterstützer. Er ist aber nicht zulässig gegen unbeteiligte Dritte. Insoweit ist der Wortlaut des Art. 20 Abs. 4 GG eindeutig.

Das schließt nicht aus, daß gegen Dritte weitere Normen des Strafrechts einschlägig werden können, die ein Handeln rechtfertigen (§ 34 StGB) oder entschuldigen (§ 35 StGB). Dies ist aber keine Frage des Widerstandsrechts und braucht hier deshalb auch nicht untersucht zu werden.

16) Die wohl praktisch wichtigste strafrechtliche Frage liegt in dem Problem, wie der Irrtum über das Bestehen oder die Grenzen des Widerstandsrechts zu behandeln ist. Dabei werden zwei Konstellationen unterschieden: (1) Der Täter nimmt irrig an, die tatsächlichen Voraussetzungen des Art. 20 Abs. 4 GG lägen vor, und begeht unter Berufung auf das Widerstandsrecht Straftaten. (2) Der Täter nimmt irrig an, das Widerstandsrecht habe einen weiteren Anwendungsbereich, als es ihn in Wirklichkeit aufweist, und handelt unter Berufung auf sein vermeintliches Widerstandsrecht. Der erstgenannte Irrtum wird als solcher über Tatsachen, der zweitgenannte als solcher über Rechtsfragen verstanden.

Das strafrechtliche Schrifttum ordnet diese Irrtumsformen den §§ 16, 17 StGB zu. Die Auslegung dieser Bestimmungen weist alle Charakteristika eines voll entwickelten, strafrechtswissenschaftlichen Meinungsstreits auf. Ohne diesem Erkenntnisstand vorgreifen zu wollen, läßt sich allerdings für die Thematik des Widerstandsrechts feststellen: Die Anwendung des § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB auf das Widerstandsrecht wird auf die eine oder andere Weise zu vermeiden gesucht. Dies gelingt umso eher, als die Subtilität des Meinungsstreits oft nicht hinreichend erkennen läßt, unter welchen Voraussetzungen § 16 StGB überhaupt auf Rechtfertigungsgründe angewandt wird; welche Rechtsfolgen seine Anwendung begründet und wie die Anwendung gerade der angewandten Rechtsfolgen begründet wird. Dabei werden die allgemeinen Begründungen, mit denen § 16 Abs. 1 S. 1 StGB auch auf Rechtfertigungsgründe angewendet wird, für das Widerstandsrecht durch weitere, besondere Begründungen ergänzt.

17) §§ 16, 17 StGB sind auf das Widerstandsrecht des Art. 20 Abs. 4 GG nicht anwendbar. Das ergibt sich aus mehreren Aspekten. Die allgemeinen Regeln des Strafgesetzbuches sind auch im Strafrecht nur auf solche Regelungen voll anwendbar, die ihrerseits im Strafrecht geregelt sind, also insbesondere auf die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe. Ob sonstige Rechtsnormen, die in das Strafrecht hineinwirken und hier rechtfertigende Wirkung erlangen können, in vollem Umfang den allgemeinen Bestimmungen des StGB unterliegen, ergibt sich erst nach Beantwortung der Frage, ob die außerstrafrechtlichen Regelungen ihrerseits geeignet sind, einer allgemeinen Bestimmung des Strafrechts zu unterfallen. Diese Fragestellung stellt

sich insbesondere hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Regelungen des Grundgesetzes, die in allen Rechtsbereichen wirken, und zwar in allen Rechtsbereichen je nach deren Eigenart verschieden wirken können. Ob Art. 20 Abs. 4 GG den §§ 16, 17 StGB unterfallen kann, ist demnach aus verfassungsrechtlicher Sicht zu erörtern.

Gegen diese Anwendung der allgemeinen Irrtumsregeln sprechen aber mehrere Indizien. Das gilt zunächst für den ultima-ratio-Gedanken, der in Art. 20 Abs. 4 GG seinen ausdrücklichen Niederschlag gefunden hat und der die Entstehungsgeschichte nahezu dominiert. Es ging in den Beratungen mehr darum, den Anwendungsbereich des Widerstandes zu verringern, als ihn zu begründen oder zu erweitern. Schon aus diesen Erwägungen ist jede erweiternde oder analoge Anwendung des Widerstandsrechts ausgeschlossen. Wo nicht das Widerstandsrecht selbst eingreift, greift die allgemeine Rechtsordnung, und hier greift eben auch das Strafrecht. Bleibt der Widerstand so ausdrücklich als Ausnahmeregel, so ist die Erweiterung ausgeschlossen; und wer über diese Ausnahme irrt, trägt das Risiko selbst.

Der zentrale Aspekt dieser Begründung ist aber ein weiterer: Selbst wenn alle Rechtfertigungsgründe als Ausnahmetatbestände begriffen würden, so daß wiederum zu begründen wäre, warum Art. 20 Abs. 4 GG unter den Ausnahmen erneut die Ausnahme darstellt, so ist auch diese Begründung möglich. Das Widerstandsrecht unterscheidet sich in signifikanter Weise von allen anderen Rechtfertigungsgründen. Während die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe sich sämtlich als Güterabwägungsregeln deuten lassen, wie schon ein oberflächlicher Blick auf §§ 32 ff. StGB zeigt, so erlauben die allgemeinen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe, die von der Rechtsordnung vorausgesetzte und geschützte Güterzuordnung auch im Widerspruch zum Strafrecht selbst herzustellen. Eine solche Güterabwägung kann aber nur von einer Rechtsordnung vorgenommen werden, die auch ihrerseits in der Lage ist, die Güterzuordnung zu garantieren; die also nicht nur gilt, sondern auch durchgesetzt werden kann. Eben daran fehlt es aber für das Widerstandsrecht: Ist sein Anwendungsfall das Ausnahmerecht bzw. der Bürgerkrieg, so ist in einem solchen Fall die Rechtsordnung zu jeder Form der Güterzuwendung und damit auch der Sicherung einer Güterabwägung außerstande. Im Bürgerkrieg kann kein Staat mehr sichern, daß die Grenzen des Rechts eingehalten werden; und zwar weder auf der eigenen noch auf der gegnerischen Seite. Demnach hebt Art. 20 Abs. 4 GG die Güterabwägung, welche gerade den Sinn der Rechtfertigungsgründe ausmacht, auf. Widerstandsrecht ist zulässig ohne konkrete Abwägung; Widerstandsrecht gibt die Güterabwägung frei. Ein solcher Zustand hebt die Grundsätze auf, auf denen die verfassungsrechtliche Ordnung der Bundesrepublik und — damit konform — die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe beruhen. Eine derartige, rechtliche Selbstaufhebung der verfassungsrechtlich garantierten Staatsordnung kann nur auf den Ausnahmefall beschränkt werden.

Irrtum über einen "gewöhnlichen" Rechtfertigungsgrund des StGB läßt die Rechtsgüterzuordnung prinzipiell unangetastet; der Irrtum im Einzelfall läßt das Ganze unberührt. Genau dies ist im Widerstandsfall anders: Hier geht es nicht um den im Einzelfall bedauerlichen, aber aufs Ganze

gesehen unvermeidlichen Betriebsunfall, sondern um das Ganze. Im Rahmen des Ganzen konnten einzelne Rechtsgüter strafrechtlich ungeschützt bleiben, wenn sich der Einzelne irrt; das Ganze selbst kann nicht gegen deren Irrtum schutzlos gestellt bleiben. Ist so das Widerstandsrecht ein Rechtfertigungsgrund "sui generis", so kann es nicht in allgemeinen Regeln, insbesondere nicht §§ 16 f. StGB unterliegen.

18) Der Irrtum über das Widerstandsrecht findet seinen Standort so außerhalb des allgemeinen Strafrechts; es gibt keine diesbezüglichen, strafrechtlichen Regeln. Das bedeutet aber keine unerträglichen Lücken: Nach dem Bürgerkrieg findet der Friedensschluß ohnehin nicht im kleinen Sitzungssaal der Großen Strafkammer statt, wenn Straftatbestände und Rechtfertigungsgründe einschließlich der Irrtumslehren angewendet werden. Er findet statt, wo die politischen Ursachen und Folgen bewältigt werden müssen, nämlich bei der Verfassunggebung bzw. bei der Rechtssetzung. Und hier ist nicht Strafrechtsdogmatik, sondern Amnestie der richtige und gebotene Ort.

Literatur:

Bertram, Das Widerstandsrecht des Grundgesetzes, 1970.

Böckenförde, C., JZ 1970, 168 ff.

Doehring, Der Staat 1969, 429.

Ganseforth, Das Widerstandsrecht des Art. 20 Abs. 4 GG im System des Verfassungsschutzes, 1971.

Gusy, ZfP 1985, 133.

Herzog, FS A. Merkl, 1970, S. 99.

ders., in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Loseblatt, Art. 20 Abs. 4 GG.

Heyland, Das Widerstandsrecht des Volkes, 1950.

Isensee, Das legalisierte Widerstandsrecht, 1969.

Kaufmann/Backmann, Widerstandsrecht, 1972.

Kempen, in: *Sterzel*, Kritik der Notstandsgesetze, 1968.

Köhler, Die Lehre vom Widerstandsrecht in der deutschen konstitutionellen Staatsrechtstheorie der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, 1973.

Kröger, Widerstandsrecht und demokratische Verfassung, 1971.

Link, FS A. Dordett, 1976, S. 55.

H. Schneider, Widerstand im Rechtsstaat, 1969.

Scholler, Der Staat 1969, S. 19.

Tsatsos, Der Staat 1962, S. 157.