

JURISTISCHE ABHANDLUNGEN
HERAUSGEGEBEN VON CORNELIUS PRITTWITZ

BAND 58



VITTORIO KLOSTERMANN · FRANKFURT AM MAIN

THOMAS-MICHAEL SEIBERT

ÄUSSERUNGSDELIKTE

SPIEGELUNGEN EINES POLITISIERTEN
STRAFRECHTS



VITTORIO KLOSTERMANN · FRANKFURT AM MAIN

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

© Vittorio Klostermann GmbH Frankfurt am Main 2023

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der Übersetzung.
Ohne Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, dieses Werk oder Teile in einem
photomechanischen oder sonstigen Reproduktionsverfahren oder unter Verwendung
elektronischer Systeme zu verarbeiten, zu vervielfältigen und zu verbreiten.

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier. ISO 9706

Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen

Printed in Germany

ISSN 0449-4342

ISBN 978-3-465-04616-5

GELEITWORT

Im Vorwort seiner 2017 publizierten Schrift „DIE LEHRE VOM RECHTSZEICHEN“, einem, so der Untertitel, „ENTWURF EINER ALLGEMEINEN RECHTSLEHRE“, berichtet Thomas-M. Seibert von den Entstehungsbedingungen des Werks. Seine Werkstätten waren, etwa 30 Jahre lang, Dezernate der Justiz und, fast 40 Jahre lang, Hörsäle der Universität und die Räume wissenschaftlicher Tagungen. „Theorie und Praxis“, so schreibt Seibert weiter, „gingen nebeneinander her“. Wenn nun mit den „Äußerungsdelikten“ ein weiteres gewichtiges Werk vorzustellen ist, könnte man zunächst mutmaßen, dass nach dem Nachspüren der Bedeutung der Justiz*praxis* für die Rechts*lehre* Thomas Seibert nun die Bedeutung der Rechts*lehre* für die strafgerichtliche *Praxis* untersucht.

Diese Vermutung wäre nicht falsch, aber eine vollständige Fehlcharakterisierung dieser grundlegenden und multidisziplinären Untersuchung der Äußerungsdelikte. Denn, wie der Untertitel andeutet, handelt es sich um „SPIEGELUNGEN EINES POLITISIERTEN STRAFRECHTS“, in denen die ganzen – und in dieser Form neuartigen – Spannungen eines Strafrechts in der Mediengesellschaft dargestellt, diskutiert und bewertet werden; Spannungen, die dadurch entstehen, dass Äußerungen (Kommunikation) einerseits deshalb, weil sie längst den privaten Raum von Sender und Empfänger verlassen haben, potenziell zu schwerwiegenden Straftaten gegen personale und kollektive Rechtsgüter mutiert sind, dass sie aber andererseits in der freiheitlichen und demokratischen, und zudem rechtsstaatlich verfassten, Gesellschaft einen besonders – auch vor dem Zugriff des strafenden Staates – geschützten Raum darstellen.

Jürgen Habermas hat 2022 – im Anschluss an sein 1962 erschienenes begriffsprägendes Werk – einen neuen „Strukturwandel der Öffentlichkeit“ beschrieben und dabei die „digital veränderte Medienstruktur und deren Auswirkungen auf den politischen Prozess“ im Auge. Wenn er dadurch geförderte neue Kommunikationsräume und „Tendenzen zur Entgrenzung, aber auch zur Fragmentierung der Öffentlichkeit“ diagnostiziert, dann findet sich in Thomas Seiberts „Äußerungsdelikten“ der in vielfacher Hinsicht widersprüchliche Niederschlag dieses Strukturwandels im Bereich des Strafrechts. Äußerungsdelikte, Kommunikationsdelikte sind unweigerlich – und permanent changierend – politisches Strafrecht, und Seibert analysiert diese Politisierung aus den ineinander verschränkten Perspektiven von Strafrechtsdogmatik, (Kriminal-) Politik und Semiotik.

Prozesse, nicht ein Zustand, sind Gegenstand seiner Untersuchung, und das führt zu einer Besonderheit des Werks. Thomas Seibert hatte 1983 einen Entwurf einer mit „Äußerungsdelikte“ titulierten Schrift unserem gemeinsamen Mentor Klaus Lüderssen vorgelegt. Dass er sich nach dem Ausscheiden aus der Justiz dem Thema wieder zugewandt hat und für den neuen – nur fragmentarisch an den Vorgängertext anknüpfenden – Text den alten Titel wieder aufgenommen hat,

kann man auch als eine Hommage an unseren akademischen Lehrer verstehen. Lüderssen hatte Seibert, der – wiewohl examinierter Jurist – im freundschaftlich-wissenschaftlichen Gespräch lieber von Sprachphilosophie, Literatur und Sprechakttheorie erzählt hat als vom Strafrecht, aufgegeben, „was Strafrechtliches“ zu machen, und in seiner unnachahmlichen Fähigkeit fundierten Assoziierens den nun zu Ehren gekommenen Titel „ÄUSSERUNGSDELIKTE“ auf die Welt gebracht.

Spätes Ergebnis dieser ersten Unterhaltung über ein wissenschaftliches Projekt, eines ersten Entwurfs, des oben erwähnten jahrzehntelangen produktiv irritierenden Nebeneinanders von Theorie und Praxis, sind die hier vorgestellten „Äußerungsdelikte“. Darin beschreibt, untersucht und bewertet der Autor die Jahrzehnte überdauernden mannigfaltigen – politischen, strafrechtlichen, kommunikativen – Prozesse aus verschiedenen – strafrechtsdogmatischen, (kriminal-)politischen, sprachphilosophischen – Perspektiven. Dabei werden Leserinnen und Leser zunächst ebenso grundlegend (Sprechakttheorien) wie aktuell (*hate speech* als überzeugende Konkretisierung der Rede von „sprachlicher Gewalt“) in die Welt dieser Untersuchung eingeführt, bevor auf die Besonderheiten der Äußerungsdelikte im Kontext anderer Deliktsformen eingegangen wird, die Thomas Seibert in den – für das Strafrecht anders als für das Zivilrecht eher untypischen – Dispositionsmöglichkeiten in diesem Deliktsbereich sieht. Vor diesem Hintergrund werden dann die konkreten, vom Autor unter den Begriff „Äußerungsdelikte“ subsumierten, Delikte in ihrem Kontext behandelt. Dabei zeigt sich, dass der vom Strafgesetzgeber nicht ausdrücklich benutzte, in Praxis und Wissenschaft aber mit einer beiläufigen Selbstverständlichkeit vorausgesetzte Begriff der „Äußerungsdelikte“ aus gutem Grund viel umfassender verstanden werden muss: Staatsschutzdelikte, Nötigung (vor allem durch Demonstrationen), aber auch das klassische Äußerungsdelikt der Beleidigung und das von Seibert als Äußerungsdelikt enttarnte Delikt des Betrugs gehören dazu. Sie alle haben, mehr oder weniger deutlich, aber vom Autor überzeugend sichtbar gemacht, gemein, dass es sich um mögliche Strafbarkeit durch Kommunikation handelt, die genau deswegen – anders als Mord und Diebstahl – dispositiv und politisch zu verstehen sind.

Jenseits einer allgemeinen Kritik an der „Expansion des Strafrechts“ (Jesús Silva Sanchez, 2003 in dieser Schriftenreihe) führt Thomas Seibert vor, dass in dem Bereich der Kommunikation, in dem die Lebenswelt und ihr politischer Kontext sich im Jahrzehnterhythmus wandeln, dem strafrechtlichen System die dazu passende Begrifflichkeit fehlt. Viel zu oft wird zwar nach dem Strafrecht gerufen, aber gleichzeitig übersehen, dass es einen notwendigen Anteil richtig verstandenen politischen Kommunikationsstrafrechts gibt, dem sich Strafgesetzgebung, Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis bisher kaum gewidmet haben. Thomas Seiberts Buch belehrt die Akteure, die sich dieser Aufgabe annehmen müssen, umfassend über die politischen und sprachphilosophischen Grundlagen einer notwendigen klugen Befassung mit dem Thema „Äußerungsdelikte“.

INHALT

Einleitung	11
------------------	----

I. GRUNDLAGEN: KRAFT, GEWALT UND SPRECHAKT 15

1. Gewaltakte	16
2. <i>Hate speech</i>	23
3. Wesen und Wesensbeschränkungen der sprachlichen Gewalt	31
4. Sprechakte und Gewalt	40
a) Austin und dessen Dogmatisierung	41
b) Derrida und die Kraft der Dekonstruktion	44
c) Bourdieu und die Sozio-Logik des Sprechakts	47
d) Judith Butler und die Macht der Umetikettierung	49
5. Von Prinzipien und Regeln zum Kontext der Lebenswelten	51
a) Illokution	52
b) Typizität	55
c) Urteilsbildung	57
6. Rationalität, Herrschsucht und Sprachsucht	58

II. TYPOLOGIE DER ÄUSSERUNGSDELIKTE 67

1. Der Ausgangspunkt: Dispositionsmöglichkeiten bei Äußerungsdelikten	67
2. Zum Typuscharakter	71
3. Zur Auslegung von Äußerungstexten als Sonderform	75
4. Typische Schwierigkeiten mit Tatbestand und Rechtsgut	81
5. Tabus	86
6. Gepflegte Semantik	90
7. Tolerierte Pragmatik: Abwägung, Gegenschlag, Selbstdefinition der Äußerungsform	95
8. Interpretationsvielfalt, Kontextualisierung und zulässiger Rahmenbruch	103
9. Allgemeine Rechtsfiguren: engster Kreis und berechtigte Interessen	107

III. DIE BELEIDIGUNG IN WECHSELNDEN KONTEXTEN		115
1.	Das langsame Verschwinden eines sozialen Tatbestands	116
	a) Gegenläufige Wahrnehmungen	116
	b) Was Ehre als Tatbestand war	118
	c) Was Ehre als Rechtsgut werden könnte	123
	d) Was kulturelle Techniken heutzutage bewirken	126
2.	„Ehre“ zwischen juristischer Diskussion und Beate Klarsfelds Ohrfeige	128
3.	Ehre und Persönlichkeitsrecht	135
4.	Tatsachen und Meinungen als Wertungselemente im politischen Kampf	140
	a) Tatsache und Meinung in Äußerungen	140
	b) Der Beleidigungsskandal des Kaiserreichs	143
	c) Die Disposition über die Einstufung als Tatsache	144
	d) Der Beleidigungsprozess mit und wegen Friedrich Ebert	147
	e) Fritz Bauers erster politischer Prozess	148
	f) Die Einstufung als „IM“ als Meinung	151
5.	Kontexte I: Politischer Meinungskampf	153
6.	Kontexte II: Antisemitismus	164
7.	Formalbeleidigungen	171
8.	Kontexte III: Amtsträger	184
9.	Kontexte IV: Tötlichkeiten	195
10.	Querulanten als Täter	203
IV. STAATSSCHUTZ: FÄLLE DES POLITISCHEN STRAFRECHTS		211
1.	Der Missbrauch des politischen Strafrechts	211
	a) Die historische Verdachtslage	211
	b) Umgang mit negativer Erfahrung	218
2.	Historische Rahmungen und aktuelle Rahmenbrüche	226
	a) 1914: Rosa Luxemburg	227
	b) 1923: Das Brigade-Erhardt-Lied	229
	c) 1959: Antisemitische Pamphlete	231
	d) 1961: Kritik von rechts am Bundespräsidenten	233
	e) 1977: Bommi Baumanns Lebensbericht	235
	f) 1979: Die Mescalero-Affäre	237
	g) 1990: Was ist die Bundesrepublik?	240
	h) 2001: Holocaustleugnung	245
	i) 2009: Auschwitzleugner als Serientäter	249
	j) 2021: Coronadiskriminierung als Variante von Sprachspielen	250

3. Politische Fragen, allgemeine Klimavergiftung, juristische Begrifflichkeit	255
--	-----

V. NÖTIGUNG DURCH POLITISCHE DEMONSTRATION	265
---	-----

1. Kleine deutsche Rechtsgeschichte großer Demonstrationen.	266
2. Zur strafrechtlichen Bedeutung des zivilen Ungehorsams	271
3. Das Gewaltverständnis im politischen Strafrecht.	280
4. Entscheidungen: Sitzblockaden I–III	285
5. Zur Disposition über Verwerflichkeit.	292
6. Kriminalpolitik durch Sachverhaltsfeststellung	299

VI. SYSTEM UND LEBENSWELT IN TÄUSCHUNGEN	307
---	-----

1. Sind Täuschungen anstößig und Getäuschte schutzbedürftig?	307
2. Täuschungen in den Tatbeständen der §§ 145d, 267, 263 StGB	312
3. Projektemacherei	319
4. Unvernünftige Betrogene: was man hätte wissen können	329
5. Konkludentes Handeln: Was wird durch Handeln erklärt?	339
6. Zum Charakter eines Kommunikationsdelikts	353

Schluss	357
-------------------	-----

Personenverzeichnis	361
Sachverzeichnis	365
Abkürzungen	369

EINLEITUNG

Der Titel „Äußerungsdelikte“ hat eine papierne, hermetische Konnotation. Man weiß, dass Äußerungsdelikte eine Teilklasse von Tatbeständen im besonderen Teil des StGB sind, man weiß, dass sie neben Vermögens-, Tötungs- oder Amtsdelikten stehen, und man versteht darunter meist Vorschriften wie §§ 185, 186 oder 130 StGB. Größere Aufklärung ist mit dieser Einteilung aber nicht gewonnen.

Die Tatbestände tauchen hier selbstverständlich auch auf und werden in einer Anzahl alltäglicher wie politischer Fälle und Entscheidungen vorgestellt. Trotzdem geht es nicht einfach um Strafrechtsalltag. In Äußerungsdelikten wird mehr gespiegelt als das verbale oder auch tätliche Gegeneinander. Ich verstehe diese Deliktsgattung in einem grundlagentheoretisch anderen Verhältnis zum Gesetz als Handlungsdelikte wie Totschlag, Körperverletzung, Raub oder Diebstahl. Diesen Unterschied hat einst Eduard Kern eingeführt. Er verband ihn mit einem methodischen Verfahren: Delikte, die durch Gedankenäußerung begangen würden, bedürften einer Auslegung oder Deutung schon in der Phase der Sachverhaltsfeststellung; sie seien von einer „relativen Natur“.¹ Was der eine gelassen hinnehme, erscheine dem anderen ehrenrührig. In Kerns Perspektive war das ein persönliches Urteil.

Äußerungsdelikte markieren aber auch eine inhaltliche oder substanzielle Differenz zum strikten Strafrecht. Es gibt – so hat es vor 40 Jahren Wolfgang Naucke formuliert – „einen engen Bereich von Verbrechen und vergeltender Strafe, dessen Bestand unangetastet gelassen werden muss.“² Das sind Straftaten des Totschlags, der Körperverletzung, des Raubs oder Diebstahls. In diesem Kernbereich muss eine Rechtsordnung nicht nur polizeilich präventiv eine Handlungssicherheit gewährleisten, sie muss im Falle der Verletzung auch schnell, entschlossen und nach strikt gedachtem Recht reagieren. *Ius strictum* hebt Kant in seiner Einleitung in die Rechtslehre als unveränderlich hervor; diesen Bereich müsse man kategorisch behandeln, und er sei einer gesetzgeberischen Veränderung und Abmilderung nicht ohne Weiteres zugänglich. Daneben kennt Kant den veränderlichen Bereich weiten Rechts, *ius latum*, in dem man so oder so reagieren könne und für den es die unterschiedlichsten Tatbestände gebe.³ Äußerungsdelikte gehören dazu, jedenfalls im alltäglichen Teil jener Verletzungen, die Menschen einander immer wieder zufügen. Aber bereits in den Äußerungsdelikten und dazu in einem scheinbar so alltäglichen Teil wie Beleidigungen sehen viele Zeitgenossen Grenzen überschritten. Das Rechtsgut der Ehre erfasst keine Bagatellen – und

¹ Eduard Kern, Die Äußerungsdelikte, Tübingen 1919, 2.

² Wolfgang Naucke, Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, Wiesbaden 1985, 35.

³ Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitten, zitiert nach der 1. (A) bzw. 2. Aufl. (B), AB 36–39, in: Werke, hrsg. von W. Weischedel, Bd. IV, 339–341.

wird doch nicht selten so verhandelt. Darin steckt auch eine politische Meinung. Beleidigungen werden wie Staatsschutzdelikte oder politische Nötigung den in Gesetzgebung und Rechtsprechung wechselnden politischen Stimmungen angepasst.

Zum Kräftespiel einer freiheitlichen Demokratie gehört es, die Grenzen zwischen der Konzeption einer Straftat und der Bekämpfung des politischen Gegners zu verschieben. Das macht die Politisierung eines Strafrechts aus, das als Rechtsform unabhängig davon ohnehin politisch verstanden werden muss. Wer den Unterschied zwischen Strafrechtspolitik und politisiertem Strafrecht bestimmen will, „setzt eine überzeugende Gesellschaftstheorie und eine überzeugende Wissenschaftstheorie“ voraus.⁴ Diese Unterstellung hat Rudolf Wiethölter schon vor über 50 Jahren, nämlich im Funkkolleg des Jahres 1968, dem Strafrecht wie der Rechtstheorie zur Aufgabe gemacht.

Die Aufgabe ist unerledigt. Einige Versuche dazu hat es gegeben, und von ihnen werde ich in den nachfolgenden Kapiteln Gebrauch machen. 1970 ist Gunther Arzts große Arbeit zum strafrechtlichen Schutz der Intimsphäre erschienen.⁵ An ihr ist die Entdeckung von „Sphären“ bemerkenswert, die zu gleicher Zeit der Dogmatik des Privatrechts eine neue Form anboten, sodass mit Knut Amelung der Zusammenhang zwischen Straf- und Zivilrecht aktualisiert worden ist. Im Jahre 2002 hat Amelung eine kleine Studie zur Ehre als Kommunikationsvoraussetzung vorgelegt, in der „Kommunikation“ als Kategorie des Rechtsguts der Ehre thematisiert wird.⁶ 2005 folgte Tatjana Hörnles Überblick zu den nur scheinbar kleinen oder seltenen Straftatbeständen des „grob anstößigen Verhaltens“.⁷ Alle diese Versuche haben dazu beigetragen, Wissenschafts- und Gesellschaftstheorie in mehr oder weniger großen Teilen des praktischen Strafrechts einzusetzen. In der Folge bilden sie eine Grundlage für die ersten beiden Kapitel.

In Kapitel I stelle ich sprachtheoretische Grundlagen der aktuellen Diskussion vor, die von John Austin über Jacques Derrida und Pierre Bourdieu zu Judith Butler reichen und in der strafrechtstheoretischen Diskussion nur teilweise und kaum zureichend zur Kenntnis genommen werden. Dabei hat sich das Diskussionsklima stark verändert. Während man im Verfahren der Privatklage Beleidigungen als Bagatellen verstanden hat, gibt es neuerdings einen Begriff von *hate speech*, in dem eine richtige emanzipatorische Tendenz mit zweifelhaftem Verfolgungsehrgeiz zusammengespannt ist.

⁴ Rudolf Wiethölter, Rechtswissenschaft, Frankfurt a. M. 1968, 90 (wobei der Verfasser dem Titel den Zusatz gab, er müsse richtigerweise „Recht“ heißen, was aus urheberrechtlichen Gründen unterblieben sei).

⁵ Gunther Arzt, Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre vom zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz aus betrachtet, Tübingen 1970, 8–10.

⁶ Knut Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft: Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage; zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit“ des Verbrechens, Frankfurt a. M. 1972.

⁷ Tatjana Hörnle, Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, Frankfurt a. M. 2005.

In Kapitel II nehme ich die Spur auf, die Arzt begründet hat, nämlich Straftatbestände vom Zivilrecht her zu betrachten und dabei das Verfassungsrecht einzu beziehen. Für mich geht es insofern nicht nur um die Konkurrenz zwischen Ehre und Persönlichkeitsrechten, sondern auch um die Erweiterungen und Beschränkungen, die jedes Ehrverständnis durch das Grundrecht auf Meinungsfreiheit und das Zensurverbot erfährt. Das zu seiner Zeit viel gescholtene „Soldatenurteil“ des BVerfG⁸ spielt hier die maßgebliche Rolle. Jeder Versuch, Äußerungsdelikte in Regeln und Typen zu verselbstständigen, bleibt dabei in einem Gegensatz zwischen gepflegter Semantik und tolerierter Pragmatik befangen.

Eine solche Befangenheit ist offen für politische Füllungen. Mal kann man die Pflege der anerkannten Semantik zum Menschenrecht erheben, ein andermal darf man demgegenüber auf pragmatische Toleranz hoffen und das Grundrecht der Äußerungsfreiheit anrufen. Aus diesem Gegensatz resultiert die geringe Durchschlagskraft von Regeln oder Grundsätzen im Bereich der Äußerungsdelikte. Ich nenne die Äußerungsdelikte deshalb „dispositiv“. Was sie bedeuten, weiß man, wenn man die gefühlsmäßig passende Disposition hat, und welche Wirkung sie tatsächlich auslösen, weiß man erst, wenn man auch die Dispositionen der Justiz eines Landes in einer bestimmten Zeit kennt. Insofern wird über Äußerungsdelikte doppelt disponiert, und zwar nicht durch das Strafgesetz. Äußerungsdelikte geben Auskunft über die jeweils aktuelle Verfassung einer Gesellschaft. Was nicht geäußert werden darf und nicht mehr gehört werden soll, gehört nicht zum gepflegten Rahmen, wobei es keine Rolle spielt, wie oft solche Äußerungen tatsächlich vorkommen. Die Beleidigung stellt die Grundform des Typus dar, den heute alle Kommentare mit einem Äußerungsdelikt verbinden, wenn sie den Ausdruck verwenden. In Kapitel III stelle ich Situationsfelder vor, in denen Verurteilungen wegen Beleidigung auf politische Konflikte schließen lassen. An erster Stelle stehen dabei natürlich Äußerungen von und über Politiker. Antisemitische Reden und solche, die in diese Richtung nicht immer naheliegend so interpretiert werden, zeigen politische Konflikte ebenso an wie alle jene Verfahren, die Amtspersonen in Gericht und Verwaltung, Militär und Krankenhaus zur Anzeige bringen.

Von diesen latent politisierten Alltäglichkeiten zieht eine aktuelle Spur in den Bereich politischen Strafrechts (Kapitel IV) und damit in Delikte, die viele Jahrzehnte unbeachtet geblieben sind, jetzt aber als Volksverhetzung und – wie manche fürchten – verbotene Fehlinformationen das Ansehen des Staates schädigen oder beeinträchtigen. In den Staatsschutztatbeständen zeigt sich das über die letzten 100 Jahre und damit von Rosa Luxemburg bis zur Coronakrise. Ich interpretiere sie mit Erving Goffmans Konzept der Rahmenbrüche und finde in den gerichtlichen Entscheidungen mehr zeitgenössische politische Meinung als juristisches Regelwissen – die Regelmäßigkeit in der Auslegung eines Tatbestands der Volksverhetzung lässt zu wünschen übrig.

⁸ BVerfGE 93, 266.

Die Interpretation des Tatbestandsmerkmals der Gewalt in § 240 StGB kann als Musterbeispiel für eine politisierte Strafrechtsanwendung verstanden werden (Kapitel V). Über Jahrzehnte galten Sitzdemonstrationen als verwerflich und damit rechtswidrig, dann nach Abwägung vielleicht doch nicht rechtswidrig, dann „in zweiter Reihe“ praktisch doch immer rechtswidrig, am Ende praktisch erledigt und in letzter Zeit durch Klebe-, Beschäftigungs- und Beschädigungsaktionen ersetzt. Die Verwirrung in der Rechtsprechung hat über die Jahrzehnte obergerichtlicher Argumentation eher zu- als abgenommen.

Das abschließende Kapitel (VI) über Täuschungen dürfte im Rahmen eines Titels wie dem der Äußerungsdelikte überraschen. Zur Linderung der Überraschung muss ich auf Kerns Schrift verweisen, zur Steigerung der Verwirrung stelle ich die politisierten Täuschungsmanöver der letzten 50 Jahre vor. Sie reichen von der Privatisierung volkseigener Betriebe über Schneeballsysteme zu frechen Großbetrügereien, die man hätte entdecken können, aber nicht entdeckt hat oder, wie manche sagen, nicht entdecken wollte. Am Ende steht – natürlich – nicht die goldene Regel, mit der Äußerungsdelikte in Zukunft behandelt werden sollten, im Gegenteil: Man misstrau seinem ersten Gefühl, das aber gerade in diesem Bereich immer vorhanden ist und selten dem untrüglichen, aber doch schrecklichen „Rechtgefühl“ in Kleists „Kohlhaas“ entspricht.

I. GRUNDLAGEN: KRAFT, GEWALT UND SPRECHAKT

Die Befassung mit Grundlagen hat einen aktuellen Hintergrund. In der kriminologischen Beobachtung wie in der rechtspolitischen Empörung häufen sich die Fälle, in denen Mordtaten mit Äußerungen verbunden sind. Man muss dazu nicht prominente Ereignisse heranziehen wie den Anschlag auf das französische Satiremagazin „Charlie Hebdo“, die Erschießung des früheren Kasseler Regierungspräsidenten oder die Erstürmung des US-Kapitols. Teilweise reichen zur Erfassung solcher Taten einfache, juristisch altbekannte Begriffe aus wie psychische Beihilfe, Verabredung eines Tatplans und Anstiftung, um den äußerungsrechtlichen Gehalt zu verdeutlichen. Aber der Verdacht, gewünschte, beklatschte oder angekündigte Taten könnten alsbald reale Morde werden, ist inzwischen ebenso verbreitet wie die damit verbundene Tendenz, zur Vorbeugung gegenüber Gefahren Freiheitsrechte aller Art einzuschränken. Für Deutschland gab dafür der Mord an August von Kotzebue im Jahr 1819 das Startsignal. Ihm folgten die Karlsbader Beschlüsse und ein fast dreißigjähriges, mit dem Namen Metternichs verbundenes Polizeiregime. Seitdem bildet Gefahrenabwehr und nicht etwa Zensur die Grundlage für die Ausschaltung politisch und weltanschaulich missliebiger Tendenzen.¹ Man zensiert nicht einfach so, denn die Zensur ist abgeschafft, man will auch mit den Verboten etwas sagen, und man sagt auch nicht einfach so etwas, sondern will das Verbot als geeignete und zielführende Maßnahme verstanden wissen.

Im Folgenden geht es also um die störenden wie verstörenden Einwürfe in den unproblematischen kommunikativen Fluss und um die Bewertung solcher Abweichungen. Grundlegend sind die dabei offenbar werdenden Einschätzungsunterschiede. Die einen bejubeln, was die anderen verdammen, sodass eine Differenz hervortritt, die bei Mord und Totschlag, jeweils isoliert und ohne Rechtfertigungszusammenhang betrachtet, so nicht zu beobachten ist. Soweit man sich an Äußerungen stört, halten viele diese nicht für strafwürdig, keineswegs alle empfinden eine Störung überhaupt als solche, und soweit Taten begangen werden, halten nur manche deren sprachliche Verbrämung für erwähnenswert.

Ich beginne mit sprachlichen Gewaltakten (1) und untersuche dann jene Vokabel, die Judith Butler als *hate speech* zum Topos gemacht hat (2). *Hate speech* hat heute ein bevorzugtes Medium in der Netzwerkkommunikation. Es besteht deshalb Anlass, eine kurze Geschichte des Kommunikationswandels (3) einzuschieben, um von dort her die theoretischen Verbindungslinien zwischen Sprechakten und Gewalt (4) aufzuzeigen. Für die hier behandelten Sprechakte des Beleidigens, Verhetzens, Drohens oder Täuschens ist es notwendig, einen Wechsel

¹ Hannes Hofbauer, Zensur. Publikationsverbote im Spiegel der Geschichte. Vom kirchlichen Index zur YouTube-Löschung, Wien 2022, 58; Michael Kienzle, Zensur und Selbstzensur in der BRD. Ein geschichtlicher Abriss, in: ders./D. Mende (Hrsg.), Zensur in der BRD, Fakten und Analysen, 2. Aufl., München 1980, 15–46.

vom grundlegenden Prinzip zum partikularen Kontext oder von der Regel in die Lebenswelt des Falls (5) vorzunehmen. Man trifft dort Tugenden und Untugenden an, von denen im Strafrecht nur einseitig die Rede ist: von Rationalität, aber nicht von Herrschsucht und Sprachsucht (6).

1. Gewaltakte

Sieht man auf Gewalttaten, steht die These im Vordergrund, dass es keine Grenze zwischen bloßer Sprache und faktischem Handeln gibt, sondern die scheinbare Grenze ein Ergebnis theoretischer Einübung in eine bestimmte Sprachtheorie darstellt. Schon die Beschäftigung mit Sprechakten, wie sie Judith Butler für ein feministisches, gegen Gewalt gerichtetes politisches Konzept mobilisiert hat, reicht aus, um einzusehen, weshalb Sprechen und Gewalt keine Gegensätze markieren. Andererseits bilden Sprechen und Verständigung auch nicht die Einheit, als die sie den meisten Wohlwollenden erscheint. Sprache wird verwendet, um zu schockieren, zu provozieren oder um eine vorherige Verständigung aufzukündigen. Es sind Sprachsucht und Herrschsucht, von denen noch zu reden sein wird (unten, Kap. I.6), die jene anderen Ansprüche auf Wahrheit, gesellschaftliche Richtigkeit und persönliche Wahrhaftigkeit verdrängen. Man muss ein weites oder dialektisch geschultes Sprachkonzept haben, um Sprechakte einfach als Handlungen zur Verständigung zu verstehen. Im Folgenden stehen Gewalt, Täuschung und Beleidigung im Vordergrund. Diese Abweichungen – wenn es denn Abweichungen sind – spielen eine wesentliche kulturelle Rolle, der durch Verbote nicht zu begegnen ist.

Zu beginnen ist mit dem Gegenteil von Sprache, mit mörderischer Gewalt, die jedoch den Mord als eine Todesgabe mit Zeichencharakter verstanden wissen will. Es gibt eine Anzahl von Morden, die verübt werden, weil eine Gruppe von Menschen meint, sie werde als Gruppe tödlich beleidigt. „Ehrenmorde“ heißen solche Taten seit einiger Zeit. Deren Opfer sind meist, aber nicht immer Frauen, die religiös oder sittlich geprägten Verhaltensvorstellungen nicht entsprechen und nach der Ansicht einer solchen Clan-Gemeinschaft damit alle anderen so beleidigen, dass einer mit einer Mordtat beauftragt wird. Über die Mordmerkmale ist gestritten worden, denn es ist fraglich, was mit der Tötung in einer Nähe-Beziehung gemeint sein könnte. Die Einstufung solcher Beweggründe als in jedem Fall niedrig hat der BGH bereits in einer frühen Entscheidung abgeändert, in der es im Übrigen um einen Mann als Opfer ging, einen türkischen Studenten, der die Tochter eines Angeklagten geschwängert hatte, aber nicht heiraten wollte.² Nach der Rechtsprechung des BGH waren die Beweggründe ebenso wenig niedrig wie die eines Iraners, der seine Frau erstach, nachdem sie sich von ihm abgewandt hatte.³ Schließlich ist im Rahmen einer Tötung als Blutrache die Unkenntnis des Täters als erheblicher Irrtum anerkannt worden, weil „der Angeklagte die

² BGH NJW 1980, 537.

³ BGH StV 1987, 565.

besondere Verwerflichkeit seiner Tat, die ihre Bewertung als Mord rechtfertigt, nicht erkennen konnte.⁴ Alle diese Taten muss man als Gewaltakte einstufen, auch wenn durch sie oder mit ihnen etwas geäußert werden und der jeweils anderen Seite oder der Gesellschaft insgesamt etwas kundgetan werden sollte. In der Kommentierung von Ulfrid Neumann wird auch in diesem Zusammenhang der „Grundsatz der Gesamtbeurteilung“ entwickelt, der insgesamt ein Kennzeichen aller Äußerungsdelikte geworden ist.⁵

Solche mit Bedeutung unterlegten Gewalttaten unterscheiden sich von den eigentlichen Äußerungsdelikten dadurch, dass diese nicht verübt würden, blieben sie unbemerkt, während der Ehrenmord im Gegenteil kriminalistisch oft unbemerkt bleibt und durch die Täter anschließend verdeckt wird. Im Äußerungsdelikt zeigt sich die Gewalt leerer Signifikanten. Sie reicht bis in eine Anzahl von Mordtaten hinein, von denen man strafrechtssystematisch annehmen muss, dass sie jedenfalls keine Äußerungsdelikte sind. Die in Morden enthaltenen Äußerungen müssen erst noch vom Publikum formuliert werden. Ihre Bedeutung ist leer, für Dritte normalerweise nicht nur unklar, sondern im Gegenteil widersinnig. Denn es werden Personen ermordet, die den Tätern persönlich und in ihrem Wirken ganz unbekannt sind, deren Beseitigung keine persönliche Genugtuung verschafft und die doch für etwas zu stehen scheinen, dem fundamental widersprochen werden soll. In einem solchen Fall sprach man früher von einem „Attentat“, heute oft generalisiert von „Terror“. Terror hat eine Bedeutung und braucht Publikum, das von dem Fehlen einer angebbaren Bedeutung gerade angezogen wird. Verselbstständigt haben sich die Zeichen aus New York unter dem Datum des 11. September, eben weil es dafür keine Sprache gibt und vielen die Bezeichnung als Massenmord nicht ausreichend zu sein schien.

Diese Art der Gewalt soll als Ausdruck grundsätzlicher Ablehnung verstanden werden, als tödliches Zeichen für eine andere – manche denken: bessere – Welt. Eine solche Gewalt als Zeichenereignis ist seit langer Zeit eingeführt. Den größten Erfolg hatten die Schüsse jenes Gavrilo Princip vom 28. Juni 1914, dessen Ziel der Thronfolger Österreich-Ungarns, Erzherzog Franz Ferdinand, und seine Frau in Sarajevo waren. Aber man konnte auch in diesem Fall nicht wirklich angeben, was sie bedeuteten. Die Täter wussten es selbst nicht. Soweit sie die slawisch-nationale Sache hätten fördern wollen, wäre pikanterweise gerade der erschossene Thronfolger zu einem solchen slawischen Ausgleich nützlich gewesen. Aber im Rahmen der Gewaltakte denkt man nicht systemfunktional, die Bedeutungsbeziehung dieser Akte bleibt vielfältig unklar. Abgesehen davon, dass die Täter von Sarajevo sich über das Bestehen einer heute wieder abgeschafften „serbokroatischen“ Nation täuschten, konnten sie nicht ahnen, dass die Tat in einen Weltkrieg führen würde. Die Wiener Hofkanzlei, die es besser hätte wissen können, ahnte es auch nicht. Der Todesschütze Princip ließ sich in seiner Vernehmung dahin ein, er habe bloß einen Tyrannen ermordet, sei selbst ein

⁴ BGH NJW 1995, 602.

⁵ NK-StGB/Neumann, § 211, Rdz. 32.

Revolutionär und wünsche Österreich-Ungarn den Untergang.⁶ Zu diesem Untergang kam es dann bekanntlich auch. Vorläufig gibt es keinen im weltweiten Vergleich ebenso wirkungsmächtigen Mord, wenngleich sich Bilder und Zeichen wiederholen. Immer dabei ist Gewalt, verstanden als Markierung für Aufmerksamkeit oder in der Formulierung des BVerfG (die sich natürlich auf andere Formen der Gewalt bezieht): „als kollektive Kundbarmachung von Meinungen durch symbolische Handlungen, nämlich als zwar ohnmächtigen, aber aufsehenerregenden Protest“.⁷

Von den Gewaltakten mit undefinierter und zur Tatzeit auch gar nicht definierbarer Äußerung unterscheiden sich solche Protestaktionen, die durchaus eine verlautbarte Bedeutung haben und deren gewalttätiger Ausdruck mit dem verkündeten Ziel verbunden werden möchte. Eine allen Taten ferne Diagnose hat einst Herbert Marcuse mit der Kritik der Toleranz verbunden. Marcuse kündigte mit dem ehemals wirkungsmächtigen Essay zur Kritik der repressiven Toleranz die Unparteilichkeit gegenüber Bedeutungen auf, konkret: Es dürfe kein „Gleichgewicht zwischen Toleranz gegenüber der Rechten und gegenüber der Linken“⁸ bestehen. Marcuse überlegt in diesem Essay selbst, dass damit eine Art „Widerstandsrecht“ für eine bestimmte Gruppe eingesetzt würde, und rechtfertigt das damit, dass „für unterdrückte und überwältigte Minderheiten“ ein solches Naturrecht angenommen werden müsse, wenn die gesetzlichen Mittel zur Änderung bestehender Zustände sich als unzulänglich erwiesen hätten. Etwa zur gleichen Zeit hat Hannah Arendt die linke Gewalt viel weniger gnädig beurteilt, obwohl sie den studentischen Demonstrationen ein Moment des Fortschrittsgedankens durchaus zugestand. Dennoch verwarf sie die „allgemeine theoretische Verherrlichung der Gewalt“⁹ und distanzierte sich von der damaligen Black-Power-Bewegung, der ein verallgemeinerungsfähiger Gedanke fehle. Selbstverständlich wird heute dagegen protestiert und Hannah Arendts Argumentation mit dem „Rassismus ihrer Zeit“¹⁰ interpretiert. Was bleibt und worin Arendt einen alten kantischen Gedanken aufnimmt, zeigt sich in der Absage an die Verselbstständigung der Mittel zugunsten immer entfernterer Zwecke, eine Haltung, die bis zum heutigen Tage die fortschrittlich verstandene Gewalt prägt.

Marcuses offene Parteinahme war ehemals die Grundlinie für Gewaltanwendung, mit der etwas anderes als Gewalt, nämlich emanzipierte Geschichte her-

⁶ Ludwig Winder, *Der Thronfolger. Ein Franz-Ferdinand-Roman* (1937), Berlin 1989, 586, genauer in: Martin Pappenheim, *Gavrilo Princip's Bekenntnisse. Ein geschichtlicher Beitrag zur Vorgeschichte des Attentates von Sarajevo*, Wien 1926.

⁷ BVerfGE 73, 248.

⁸ Herbert Marcuse, *Repressive Toleranz*, in: R. P. Wolff/B. Moore/H. Marcuse (Hrsg.), *Kritik der reinen Toleranz*, Frankfurt a. M. 1967, 91–128 (127).

⁹ Hannah Arendt, *Macht und Gewalt* (1970), München 2017, 23.

¹⁰ Ayça Çubukçu, *Of Rebels and Disobedients. Reflections on Arendt, Race, Lawbreaking*, in: *Law and Critique* (2021) 32, 33–50 (48): „And why should Arendt have been immune from the racism of her time – both implicit and explicit – which permeated political thought across ‚Western civilization‘ and whose supremacy she proudly expounded?“

beigeführt werden sollte. Ihre Entstehungsgeschichte kann man in „die Tage der Politischen Universität“ zurückverfolgen, in der auch Marcuses Kritik der repressiven Toleranz rezipiert worden ist.¹¹ Man übte hochschulinterne Gewalt, obwohl die Studenten nach 1968 sich – wie Arendt ausführt – keineswegs zu den unterdrückten und überwältigten Minderheiten zählen durften und sich deshalb vergeblich zum Sprachrohr anderer, ihrer Ansicht nach noch wirklich Unterdrückter und Überwältigter erklären mussten.

Der Operationsraum blieb aber zunächst die Universität. Die Herrschaftsordnung einer Hochschule konnte man mit Rektoratsbesetzungen herausfordern, man konnte in Seminare eindringen, sie besetzen, sich dort ausziehen oder – als Frau – schon ausgezogen hineinkommen. Das „Busen-Attentat“ auf Adorno erhielt – von vornherein medial geplant und sogleich im „Spiegel“ veröffentlicht – bundesweite Aufmerksamkeit und setzte ausgerechnet einen Protagonisten für befreite Äußerungen dem Gespött aus.¹² Zwei Oben-ohne-Frauen genügten, um einen neuen Typ von sprachlich indirekt vermittelter Gewalt zu etablieren. Man entblößt, blockiert, verbrennt und zerstört, will aber gar keine Gewalt anwenden, sondern vermeintlich klar benannte Folgen herbeiführen, denen gegenüber die Gewaltwirkung nur eine unerwünschte Nebenfolge darstellt. „Gewalt“ in einem angenommenen eigentlichen Sinne sei das gar nicht – so war die zeitgenössische Argumentationslinie –, weil eine solche ja nur ausgeübt würde, wenn man jemand anderen körperlich berühre, verletze oder eben wie der gewöhnliche Attentäter umbringe. Insofern war das „Busen-Attentat“ gar keines und wurde auch nicht strafrechtlich geahndet.

Anders verhielt es sich in der Folgezeit mit den Hörsaalbesetzungen.¹³ Sie sind zu einer durchgängigen hochschulpolitischen Praxis geworden, die sich viel später auch etwa gegen Bernd Lucke oder Herfried Münkler richtete und inhaltlich nur schwierig zu vermitteln war. Protestierende wollen verhindern, dass einer, den sie als missliebig oder gefährlich ansehen, zu einer Sache spricht, zu der sie sich selbst gar nicht äußern. Geübt wird ausdrückliche, persönliche Gewalt, und bezweckt wird das Schweigen der anderen Seite. Die Bedeutung dieser Gewalt liegt damit in der faktischen Zensurwirkung, die sie ausübt. Damit verbunden ist der Streit über den Sinn eines Gewaltaktes generell. Man weiß nicht mehr genau, wer wem gegenüber die sprachliche Gewalt übt und wer Zensur ausübt.

Stattdessen versuchte man wenigstens eine Zeit lang, den Gewaltbegriff von der Zwangswirkung zu trennen und auf eine vermeintlich sichere Grundlage zu stellen, die mit handgreiflicher Berührung nichts zu tun habe und körperliche Verletzungen nicht hervorrufen solle. Entstanden ist die Formel vom gewaltlosen Widerstand, dem Judith Butler zuletzt eine umfassende sozialwissenschaftliche

¹¹ Alexander Kluge, Tage der Politischen Universität, in: ders., Neue Geschichten H. 8 „Unheimlichkeit der Zeit“, Frankfurt 1978, 260–268; wiederveröffentlicht in: ders., Chronik der Gefühle Bd. II, Frankfurt a. M. 2000, 204–211.

¹² Der Spiegel 40/1968.

¹³ BGH NJW 1989, 146 zur Vorlesungsstörung (Beschluss vom 08.10.1981).

und politische Rechtfertigung gegeben hat. Zurückgeführt wird der gewaltlose zivile Ungehorsam immer wieder auf Gandhi. Mit Gandhi geht Butler davon aus, dass es für einzelne ohne Weiteres möglich sei, ein „öffentliches Statut oder Gesetz“ als „unmoralisch“¹⁴ zu erkennen. Solche Fälle gibt es, und sie sind umso offensichtlicher, je weniger es überhaupt noch möglich ist, irgendeine Art von Opposition zu äußern, geschweige denn zivilen Ungehorsam zu üben. Die Jahresberichte von Amnesty International sind gefüllt mit Fällen, in denen Einzelne, die sich unbotmäßig äußern, willkürlich und brutal verfolgt werden. Beispiele dafür findet man jedes Jahr. Butler selbst begründet ihre performative Theorie der Versammlung mit Kollektivereignissen und beginnt unter Hinweis auf das „Auftauchen großer Menschenmengen auf dem Tahrir-Platz“¹⁵ in Kairo im Winter 2010. Es habe an vielen Stellen Demonstrationen gegen die „um sich greifende Prekarisierung der Bevölkerung in Europa und auf der Südhalbkugel“ gegeben, Kundgebungen für das öffentliche Bildungswesen, für Frauen und geschlechtliche Minderheiten oder – könnte man nach Erscheinen ihres Essays ergänzen – für die Erhaltung der Klimabedingungen auf der Erde.¹⁶ Alle diese Meinungskundgaben verändern – wie Butler es sieht – den Begriff des Erscheinungsraums, denn bekundet würden nicht nur Meinungen oder Aussagen, sondern demonstriert wird auch, „was der Körper braucht und was der Körper kann“.¹⁷ „Body alliance“¹⁸ nennt Butler das Phänomen und hebt die besondere Art von Performanz hervor, die durch körperbezogene Aktionen entsteht. Die Notleidenden müssten Zugang zum öffentlichen Platz erhalten.¹⁹

Sprache erhält bei Judith Butler einen zeichenbezogenen, über den Satz hinausgehenden Sinn. Sie unterscheidet programmatisch *enactments* als körperbezogene Inszenierungen von den satzförmig formulierten *assertions*, die seit jeher Gegenstand der Sprechakttheorie sind. Zwischen Inszenierung und Repräsentation bestehe eine unaufhebbare Dissonanz.²⁰ Denn „das Volk“ gebe seine Repräsentation nicht einfach an die gewählten Abgeordneten ab, die dann tun könnten, was sie für richtig hielten. Umgekehrt sieht Butler allerdings auch, dass die an einem Ort sich versammelnde Bevölkerung nicht einfach das Volk repräsentiere, selbst wenn ein nicht in Parlamente übersetzbarer Teil der Volkssouveränität bleibe.²¹ Man hat inzwischen die Fungibilität des Spruchs „Wir sind das Volk“ erfahren. Auch alle Volksabstimmungen bleiben in den wesentlichen Einzelheiten unscharf und sind als politische Handlungsgrundlage nur brauchbar, wenn andere ihnen anschließend die gewünschte Bedeutung beilegen.

¹⁴ Judith Butler, Anmerkungen zu einer performativen Theorie der Versammlung, Berlin 2018, 245.

¹⁵ Ebd., 7.

¹⁶ Ebd., 101.

¹⁷ Ebd., 100.

¹⁸ Judith Butler, Bodies in Alliance and the Politics of the Street, in: M. McLagan/Y. McKee (Hrsg.), *Sensible Politics*, New York 2012, 117–137.

¹⁹ Butler, *Versammlung*, 106.

²⁰ Ebd., 212.

²¹ Ebd., 211.

Zwar ist Marcuse für Judith Butler kein Bezugspunkt mehr, gegenwärtig dürfte aber nach wie vor seine Formel vom Anspruch der wirklich Unterdrückten und Überwältigten gelten, wenn auch mit allen Schwierigkeiten, die sich aus der Frage ergeben, wer denn nun wirklich durch wen unterdrückt werde. Butler beschränkt sich auf die These, die Bürger eines Staates würden durch diesen nur dann repräsentiert, wenn sie sich in ihm auch selbstbestimmt bewegen könnten. Daraus folgt zunächst, dass die Versammlungsfreiheit nicht zu jenen Rechten zählt, die ein Staat geben und wieder nehmen oder gewähren und nach Belieben einschränken könne. Zwar handele es sich dabei nicht um Naturrecht²², aber doch um eine wesentliche Rahmenverschiebung im Verständnis von Repräsentation. Vershoben wird auch das Verständnis von Sprache und Äußerung. Thesenhaft spitzt Butler die Dissonanz mit der Behauptung zu, „dass die Versammlung bereits spricht, bevor sie ein Wort gesagt hat“.²³ Ihre Sprache besteht in einer Inszenierung von anwesenden Körpern. Die Anwesenheit selbst ist das Zeichen, dessen Bedeutung sich gegen die Äußerungen der gewählten Repräsentanten richtet.

Körperallianzen in diesem Sinne sind vielfältig. Butler nennt „Taktiken wie Streiks, Hungerstreiks im Gefängnis, gewaltfreie Besetzungen von Regierungs- oder Amtsgebäuden und Räumen, deren privatwirtschaftlicher Status umstritten ist, Konsum-, Kultur- und andere Arten des Boykotts, Sanktionen, aber auch öffentliche Versammlungen, Petitionen, Formen der Nichtanerkennung illegitimer Autoritäten oder die Weigerung, zu Unrecht geschlossene Institutionen zu räumen“.²⁴ Mit Butlers Performanzbegriff werden Gewaltakte zu performativen demokratischen Kollektiväußerungen, und in den Begriffen des Strafrechts stellt sich die Frage, ob sie deshalb auch den Charakter tatbestandlicher Gewalt verlieren (was etwa die Wortbildung vom „gewaltlosen Widerstand“ nahelegt) oder ob solche demokratischen Kollektiväußerungen – weil ihr Gehalt von öffentlichem Wert ist – jedenfalls nicht als verwerflich eingestuft werden dürfen. Butler macht das von den Zielen einer Versammlung abhängig und bleibt insofern bei der – natürlich recht verstandenen – Parteilichkeit eines Herbert Marcuse. Nach Zielen und nach „ihrer egalitären Struktur“ müsse man Versammlungen unterscheiden, denn es gebe eben auch faschistische Demonstrationen von ihrer Ansicht nach öffentlich mundtot gemachten Rassisten, bei denen die Ideale „der Gleichheit, der Nichtausgrenzung und des Antiautoritarismus“²⁵ nicht gewährleistet seien. Es geht in Butlers Theorie der Performanz also um mehr und um anderes, als in der herkömmlichen performativen Sprechakttheorie darunter verstanden worden ist. Juristisch fällt insbesondere auf, dass Butler explizit parteilich argumentiert. Es geht nicht allein um Handeln mit und durch Sprache, sondern um Handeln zum Ausgleich von Sprachungleichheiten, um eine Wiederherstellung von Gleichgewichten.

²² Ebd., 206.

²³ Ebd., 202.

²⁴ Ebd., 244.

²⁵ Judith Butler, *Rücksichtslose Kritik. Körper, Rede, Aufstand*, Konstanz 2019, 113 f.

Diesen Gleichgewichtsaspekt hat Klaus Günther aus einer veränderten Bedeutung der Gewalt hergeleitet.²⁶ Gewalt werde nicht mehr als eine instrumentelle Aktion verstanden, sondern ihr komme ein symbolisch-expressiver Aspekt zu. Mit der traditionellen Vorstellung geteilter Gewalt im demokratischen Rechtsstaat kommt man diesem Sinn nicht bei. Günther gibt deshalb eine kleine Hilfestellung. Wenn Gesellschaftsmitglieder zugunsten eines staatlichen Gewaltmonopols auf Gewaltanwendung verzichteten – wie das seit Hobbes zur theoretischen Grundausrüstung gehört –, so müsse dafür ein Äquivalent geboten werden, wenn es sich um einen Gesellschaftsvertrag handeln solle, und das seien Ansprüche kommunikativer Art. Das versteht auch Günther selbst als kontrafaktische Idealisierung, und das muss es in einem mehrfachen Sinne bleiben. Weder darf man sich den oft zitierten Gesellschaftsvertrag als ein erfahrbares Vertragsverhältnis vorstellen, noch erhält man etwas für gefühlte Verzichtleistungen. Im Interesse einer allen Gesellschaften innewohnenden Gewalttätigkeit mag man sich eine kommunikative Auseinandersetzung mit Konflikten wünschen. Ob das in Demokratien wirklich gewährleistet ist, zeigt sich erst, wenn man erfahren kann, ob unter „demokratisch“ mehr als die Herrschaft einer wie auch immer hergestellten Mehrheit verstanden wird. Der demokratische Schutz von Minderheitenrechten ist erst in der Formel vom demokratischen Rechtsstaat erfasst, und dann wird die kommunikative Rechtsgewähr selbstbezüglich. Konflikte kann man kommunikativ bewältigen, wenn der Konfliktmächtige zur Selbstbeschränkung bereit ist. Er muss schon überzeugt sein, und in diesem „Er“ liegt ein durchaus chauvinistisches Gesellschaftsmodell der Stärke beschlossen. Der auf Gewalt verzichtenden Minderheit müsste man schon entgegenkommen wollen, damit überhaupt von einem Vertragsmodell die Rede sein kann. Erst dann entstünde ein Gleichgewichtsmodell. Wenn es daran fehlt und – wie Günther ausführt – tatsächliches Gleichgewicht nicht erfahren wird, dann werden diejenigen, die an Modernisierungsprozessen nicht teilnehmen oder an den Rand gedrängt werden, diese als „Gewalt“ erfahren, „auf die sie ihrerseits mit Gewalt reagieren“.²⁷

Für den aktuellen Gewaltverzicht reicht es insofern nicht aus, dass Machthaber – auch demokratische – darauf pochen, man habe ja den allgemeinen Normen des Grundgesetzes und der geltenden Gesetze zugestimmt und diese würden von Parlamenten und Regierungen nach festgelegten Regeln durchgesetzt, denen man sich zu fügen habe. Notwendig sei „die verfahrensförmige Ermöglichung von Dissensen gegen Allgemeinverbindlichkeit beanspruchende Normen“²⁸, und damit nicht Zustimmung allgemein, sondern fallweise und konkret. In den zeitgenössischen Konflikten über Nachrüstung und Kernkraft in den Achtzigerjahren oder „Bankenrettung“ und „Coronamaßnahmen“ gegenwärtig bekommen

²⁶ Klaus Günther, Die Sprache der Verstummtten: Gewalt und performative Entmachtung, in: K. Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Bd. II: Neue Phänomene der Gewalt, Baden-Baden 1998, 120–143.

²⁷ Ebd., 137.

²⁸ Ebd., 139.

solche konkreten Zustimmungsanforderungen eine bisher nicht berücksichtigte Bedeutung. Ob nun zu Recht oder nicht: Es fühlen sich ganze Gruppen von der politischen Mitwirkung ausgeschlossen und deren Gewalt wirkt nach ihrem Selbstverständnis als notwendiger Aufstand, wobei Aufständische – wie an der üblich gewordenen Rhetorik abzulesen – immer Opfer sind, die keine Gewalt üben dürfen und auch keine eigene sprachliche Macht haben.

Die Emergenz von Äußerungen in Gewaltakten macht ebenso wie die Begleitung von Äußerungen durch Gewalttaten deutlich, dass die scheinbar analytische Unterscheidung nach Handeln und Sprechen oder Tat und Äußerung vor allem eine praktische Funktion hat. Wenn Gewalt die Form eines Ausdrucks annehmen kann, dann muss man sich allgemein den Erscheinungen widmen, die in der Sprache Meinungs- und Ausdruckselemente darstellen können. Judith Butler hat ihren theoretischen Ausgang von John Austin und der Sprechakttheorie genommen und entlehnt von dort auch den Begriff der Performanz. Performatives Handeln ist zu einem Fahnenwort in der neueren Auffassung von Äußerungen geworden. Ihm muss sich auch die Strafrechtstheorie widmen.

2. Hate speech

Es gibt eine helle und eine dunkle Seite der sprachlichen Performanz. Butler betont in ihrer Theorie der Versammlung die demokratiefreundliche, emanzipatorische Seite eines Handelns, das sie selbst gern als körperlich, aber nicht als gewalttätig versteht.²⁹ Performanz im demokratiefreundlichen Sinne kennzeichnet alle im Rahmen kommunikativen Handelns geleisteten Diskursbeiträge. Man muss anwesend sein, um etwas beizutragen, und jeder Beitrag verlangt körperlichen Ausdruck. Selbst die Rede ist eine körperliche Aktion. Von Butler stammt aber auch jene andere Formel, in der umgekehrt die körperliche Verletzung durch Sprache und die Notwendigkeit des Widerstands gegen Sprache zum Ausdruck kommt. Dann ist sprachlicher Einsatz nicht mehr emanzipativ, sondern wirkt als Verletzungsinstrument. Der körperliche Ausdruck wird in einem solchen Fall zu dem Effekt, den man fürchten muss. Das ist die dunkle Seite der Performanz.

Unerträglich erschien ein Phänomen, das Judith Butler in einem berühmt gewordenen Essay aus den Neunzigerjahren³⁰ – den Sprechaktbezeichnungen in § 130 StGB ähnlich – zunächst als gewalttätig und in der Folge dann als *hate speech* titulierte hat. *Excitable* ist eine Rede, die eine Attacke in der Form einer Äußerung darstellt und nach politischen Konsequenzen verlangt. Butler fordert mit dem Untertitel einer Politik des Performativen dazu auf, sich über Sprache und ihre Verwendung aufzuregen und – das ist ihr antijuridischer Impuls – die

²⁹ Judith Butler, Der Aufstand, in: dies., Rücksichtslose Kritik. Körper, Rede, Aufstand, Konstanz 2019, 125–157 (148 f.).

³⁰ Judith Butler, *Excitable Speech* (1997), dt.: dies., Hass spricht. Zur Politik des Performativen, Berlin 1998.