19. Wahlperiode

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Wortprotokoll
der 81. Sitzung

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Berlin, den 12. Februar 2020, 11:03 Uhr
Berlin, Paul-Löbe-Haus, Saal 2.600

Vorsitz: Ingo Wellenreuther, MdB

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Einziger Tagesordnungspunkt **Seite 7**

Gesetzentwurf des Bundesrates

Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafrechtlicher Schutz bei Verunglimpfung der Europäischen Union und ihrer Symbole

BT-Drucksache 19/14378

Federführend:
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:
Ausschuss für Inneres und Heimat
Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union

Berichterstatter/in:
Abg. Ingmar Jung [CDU/CSU]
Abg. Dr. Johannes Fechner [SPD]
Abg. Fabian Jacobi [AfD]
Abg. Dr. Jürgen Martens [FDP]
Abg. Friedrich Straetmanns [DIE LINKE.]
Abg. Canan Bayram [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]

Teilnehmende Abgeordnete **Seite 3**

Sprechregister Abgeordnete **Seite 5**

Sprechregister Sachverständige **Seite 6**

Anlagen:
Stellungnahmen der Sachverständigen **Seite 29**

Mitglieder des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz

	Ordentliche Mitglieder	Unter-schrift	Stellvertretende Mitglieder	Unter-schrift
CDU/CSU	Heil, Mechthild	☐	Amthor, Philipp	☐
	Heveling, Ansgar	☐	Frei, Thorsten	☐
	Hirte, Dr. Heribert	☐	Gutting, Olav	☐
	Hoffmann, Alexander	☐	Hauer, Matthias	☐
	Jung, Ingmar	☒	Launert, Dr. Silke	☐
	Lehrieder, Paul	☐	Lindholz, Andrea	☐
	Luczak, Dr. Jan-Marco	☒	Maag, Karin	☐
	Müller, Axel	☐	Middelberg, Dr. Mathias	☐
	Müller (Braunschweig), Carsten	☒	Nicolaisen, Petra	☐
	Sensburg, Dr. Patrick	☐	Noll, Michaela	☐
	Steineke, Sebastian	☒	Schipanski, Tankred	☐
	Thies, Hans-Jürgen	☐	Throm, Alexander	☐
	Ullrich, Dr. Volker	☒	Vries, Kees de	☐
	Warken, Nina	☐	Weisgerber, Dr. Anja	☐
	Wellenreuther, Ingo	☒		☐
SPD	Brunner, Dr. Karl-Heinz	☒	Högl, Dr. Eva	☐
	Dilcher, Esther	☐	Miersch, Dr. Matthias	☐
	Fechner, Dr. Johannes	☐	Müller, Bettina	☐
	Groß, Michael	☐	Nissen, Ulli	☐
	Heidenblut, Dirk	☐	Özdemir (Duisburg), Mahmut	☐
	Lauterbach, Prof. Dr. Karl	☐	Rix, Sönke	☐
	Post, Florian	☐	Schieder, Marianne	☐
	Scheer, Dr. Nina	☐	Vogt, Ute	☐
	Steffen, Sonja Amalie	☐	Yüksel Gülistan	☐
AfD	Brandner, Stephan	☒	Curio, Dr. Gottfried	☐
	Jacobi, Fabian	☒	Hartwig, Dr. Roland	☐
	Maier, Jens	☐	Haug, Jochen	☐
	Maier, Dr. Lothar	☐	Seitz, Thomas	☐
	Peterka, Tobias Matthias	☐	Storch, Beatrix von	☐
	Reusch, Roman Johannes	☐	Wirth, Dr. Christian	☐
FDP	Buschmann, Dr. Marco	☐	Ihnen, Ulla	☐
	Helling-Plahr, Katrin	☐	Schinnenburg, Dr. Wieland	☐
	Martens, Dr. Jürgen	☒	Skudelny, Judith	☐
	Müller-Böhm, Roman	☐	Thomae, Stephan	☐
	Willkomm, Katharina	☐		☐
DIE LINKE.	Akbulut, Gökay	☐	Jelpke, Ulla	☐
	Mohamed Ali, Amira	☐	Lay, Caren	☐
	Movassat, Niema	☐	Möhring, Cornelia	☐
	Straetmanns, Friedrich	☒	Renner, Martina	☐

	Ordentliche Mitglieder	Unter-schrift	Stellvertretende Mitglieder	Unter-schrift
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	Bayram, Canan	☒	Kühn (Tübingen), Christian	☐
	Keul, Katja	☒	Künast, Renate	☐
	Rößner, Tabea	☐	Mihalic, Dr. Irene	☐
	Rottmann, Dr. Manuela	☐	Schauws, Ulle	☐

sowie weiteres Mitglied des Deutschen Bundestages

AfD	Hebner, Martin	☒

Sprechregister Abgeordnete

	Seite
Canan Bayram (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	**16, 23**
Dr. Karl-Heinz Brunner (SPD)	**8, 17**
Fabian Jacobi (AfD)	**8, 18**
Ingmar Jung (CDU/CSU)	**15**
Dr. Jan-Marco Luczak (CDU/CSU)	**8, 16**
Dr. Jürgen Martens (FDP)	**17, 24**
Carsten Müller (Braunschweig) (CDU/CSU)	**23**
Friedrich Straetmanns (DIE LINKE.)	**17, 19, 24**
Dr. Volker Ullrich (CDU/CSU)	**15, 24**
Ingo Wellenreuther (CDU/CSU)	**7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28**

Sprechregister Sachverständige

	Seite
Prof. Dr. Jörg Eisele Eberhard Karls Universität Tübingen Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsrecht und Computerstrafrecht	**9, 22, 24**
Andreas Franck Staatsanwaltschaft München I Leiter der Abteilung I (politische Strafsachen) Oberstaatsanwalt	**9, 21, 25**
Prof. Dr. Martin Heger Humboldt-Universität zu Berlin Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Europäisches Strafrecht und Neuere Rechtsgeschichte	**10, 20, 26**
Prof. Dr. Diethelm Klesczewski Universität Leipzig Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Europäisches Strafrecht und Rechtsphilosophie	**11, 19, 27**
Kai Lohse Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe	**12, 19**
Nadija Samour, LL.M. (Galway) Rechtsanwältin, Berlin	**13, 19, 27**
Univ.-Prof. i. R. Dr. Thomas Weigend Universität zu Köln Institut für ausländisches und internationales Strafrecht	**14, 18, 28**

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Meine Damen und Herren, ich eröffne die 81. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz am heutigen Mittwoch, 12. Februar, 11:00 Uhr. Einziger Tagesordnungspunkt ist die öffentliche Anhörung zu dem Gesetzentwurf des Bundesrates zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafrechtlicher Schutz bei Verunglimpfung der Europäischen Union und ihrer Symbole, BT-Drs. 19/14378. Die öffentliche Anhörung wurde auf Antrag der Koalitionsfraktionen in der 74. Sitzung des Ausschusses am 18. Dezember 2019 beschlossen. Ich begrüße die Abgeordneten aus dem Ausschuss und weitere interessierte Abgeordnete. Als Berichterstatter sind anwesend: Herr Jung für die CDU/CSU Fraktion, Herr Dr. Fechner – kommt noch. Herr Brunner, Sie sind für die SPD-Fraktion da, Herr Jacobi für die AfD-Fraktion, Herr Dr. Martens für die FDP-Fraktion, Herr Straetmanns für die Fraktion DIE LINKE. und Frau Bayram für die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN. Ebenso begrüße ich die benannten und erschienenen Sachverständigen: Herr Professor Eisele, von der Universität Tübingen; Herr Franck, von der Staatsanwaltschaft München; Herr Professor Heger, von der Humboldt-Universität Berlin; Herr Professor Klesczewski, von der Universität Leipzig; Herr Lohse, Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof in Karlsruhe; Frau Samour, Rechtsanwältin aus Berlin und Herr Professor Weigend, von der Universität zu Köln. Außerdem darf ich die Vertreterinnen und Vertreter der Bundesregierung begrüßen. Für das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz sind der Parlamentarische Staatssekretär Lange und der Referatsleiter Dr. Hiestand hier; außerdem für das Ausschusssekretariat Frau Maß und Frau Schreiber. Und zu guter Letzt darf ich die Zuhörer auf der Tribüne begrüßen. Meine Damen und Herren, Gegenstand der Anhörung ist ein Gesetzentwurf des Bundesrates zur Änderung des Strafgesetzbuches. Dieser schlägt die Einführung eines § 90c StGB vor, mit dem die Verunglimpfung der Flagge und der Hymne der Europäischen Union unter Strafe gestellt werden soll. Damit sollen den Strafverfolgungsbehörden ausreichende Mittel an die Hand gegeben werden, um entschieden und wirksam gegen Handlungen vorzugehen, die das Verächtlichmachen der Grundwerte der EU zum Ziel haben. Zu dem Gesetzentwurf liegt auf Ausschussdrucksache 19(6)109 außerdem eine Formulierungshilfe der Bundesregierung für einen Änderungsantrag vor, mit dem zusätzlich der strafrechtliche Schutz ausländischer Flaggen verstärkt werden soll. Jetzt darf ich Ihnen vorweg die üblichen Hinweise zum Ablauf der Sitzung geben: Die Sachverständigen erhalten zunächst die Gelegenheit zu einer kurzen Eingangsstellungnahme. Wir beginnen dabei alphabetisch, also heute mit Herrn Prof. Eisele. An die Sachverständigen darf ich auch noch ein paar verfahrensleitende Hinweise geben: Bitte bemühen Sie sich, nicht länger als vier Minuten zu sprechen, deswegen ist da oben eine Uhr angebracht, die läuft mit, und zwar rückwärts. Nach dreieinhalb Minuten gibt es eine akustische Vorwarnung; zeigt die Anzeige rot, sind die vier Minuten abgelaufen. Ich weiß, das ist streng, aber hilfreich, um die Anhörung sachgerecht durchführen zu können. Daran schließen sich dann die Fragerunden an – eine oder mehrere, es kommt darauf an, wie viele Fragen es gibt.
Und an die Kollegen Abgeordneten: Meine Damen und Herren, um das bewährte Verfahren noch einmal in Erinnerung zu rufen: Es können in jeder Fragerunde höchstens zwei Fragen gestellt werden, also zwei Fragen an einen Sachverständigen oder eine Frage an zwei Sachverständige. Die Sachverständigen werden nach der ersten Fragerunde in umgekehrter alphabetischer Reihenfolge –heute also beginnend mit Herrn Professor Weigend – um ihre Antworten gebeten. Und nochmals, an die Damen und Herren Sachverstän-digen: Bitte halten Sie sich mit Ihren Antworten kurz! In der zweiten Fragerunde werden Sie dann wieder in alphabetischer Reihenfolge um Ihre Antworten gebeten. Außerdem darf ich noch einige grundsätzliche Hinweise loswerden: Die Anhörung ist öffentlich. Das Sekretariat fertigt auf der Grundlage einer Tonaufzeichnung ein Wortprotokoll an.
An die Gäste auf der Tribüne: Bild- und Tonaufnahmen sind nicht gestattet. Ebenfalls nicht gestattet sind Beifalls- oder Missfallensbekundungen von der Tribüne. Rein vorsorglich möchte ich darauf hinweisen, dass Störungen in der Sitzung nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht beziehungsweise nach dem Strafrecht geahndet werden können. Ich danke Ihnen allen für Ihre Aufmerksamkeit. Herr Professor Eisele, Sie haben das Wort.

Wenn nicht Herr Jacobi – Herr Jacobi hat eine Wortmeldung, bitte.

Abg. **Fabian Jacobi** (AfD): Ich bitte, die kurze Verzögerung zu entschuldigen. Aber ich habe eine kleine technische Nachfrage. Gegenstand dieser öffentlichen Anhörung ist der Gesetzentwurf des Bundesrates. Jetzt haben Sie gerade gesagt, verteilt wurde eine Formulierungshilfe der Bundesregierung. Jetzt mal weg von dem interessanten Tatbestand, dass die Regierung den Parlamentsfraktionen Anträge in die Feder diktiert – das mal außen vor gelassen. Kann eine solche Formulierungshilfe, wenn sie denn tatsächlich noch nicht von Fraktionen als Änderungsantrag eingebracht wurde – oder ist das der Fall? – hier Gegenstand dieser Erörterung sein? Es ist, wie gesagt, eine technische Frage. Ich frage mich: Kann das sein oder ist es tatsächlich schon ein Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen? Dann hat sich die Frage erübrigt. Wenn nicht, dann hätte ich gerne eine Erklärung dafür, wie das hier Gegenstand der Beratung werden kann.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Ja gut. Nach Auskunft des Sekretariats ist die Formulierungshilfe akzessorisch und wirksam mit einbezogen worden. Herr Luczak, bitte.

Abg. **Dr. Jan-Marco Luczak** (CDU/CSU): Also, das ist auch mein Kenntnisstand, dass das einbezogen worden ist. Und im Übrigen, Herr Jacobi, haben wir ja schon über diese Fragen im Plenum diskutiert und genau diese Punkte haben wir dort angesprochen, insofern ist es natürlich selbstverständlich auch Bestandteil dieser Anhörung.

Abg. **Fabian Jacobi** (AfD): Pardon, aber: nein! Darüber haben wir im Plenum nicht diskutiert. Gegenstand der Plenardebatte war der Gesetzentwurf des Bundesrates. Und wenn einzelne Redner sich dort zu ganz anderen Gegenständen geäußert haben, dann war das außerhalb dieses Tagesordnungspunktes. Nur, um das festzuhalten: Also, es ist kein Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen, sondern nach wie vor ein Schriftstück der Bundesregierung. Ok, danke. Und es gibt keine Erklärung dafür, wie das einbezogen worden sein könnte. Na gut. Danke.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Herr Brunner, Sie waren zuerst. Dann sind Sie dran, Herr Martens.

Abg. **Dr. Karl-Heinz Brunner** (SPD): Ich wollte in ähnlicher Form wie der Kollege Luczak argumentieren. Es ist formell mit einbezogen. Und da es mit einbezogen ist, ist es Gegenstand dieser öffentlichen Anhörung. Und ich glaube, wir sollten uns auf diese Spitzfindigkeiten erst gar nicht einlassen. In der Beschlussfassung der öffentlichen Anhörung ist es mit einbezogen. Also ist es Gegenstand dieser öffentlichen Anhörung.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Jetzt Herr Dr. Martens und dann Herr Dr. ….

Abg. **Fabian Jacobi** (AfD): Ja, da muss ich jetzt mal fragen: Wann und wo ist es an die Fraktionen gegangen? Diese Formulierungshilfe oder was das sein soll?

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Die Ausschussdrucksache datiert vom 17. Dezember 2019, Ausschussdrucksachennummer 19(6)109. Ja, Herr Jacobi, Ihre Einwände sind Gegenstand des Protokolls. Wir sehen das so, dass es wirksam mit einbezogen ist und damit auch Gegenstand der Beratung sein darf. Und dann würde ich sagen, starten wir mit der Anhörung. Herr Luczak.

Abg. **Dr. Jan-Marco Luczak** (CDU/CSU): Also, ich möchte nur ganz kurz noch einmal darauf hinweisen: Wir haben eine Ausschussdrucksache, 19(6)109, die ist ja genannt worden zu diesem Änderungsantrag, und damit ist das in den parlamentarischen Prozess einbezogen worden. Und wir hatten auch ein Einverständnis im Ausschuss, dass wir dieses zum Gegenstand der Anhörung machen, über den Bundesratsantrag hinaus. So. Und deswegen verstehe ich, ehrlich gesagt, die Einwände nicht. Und ich würde vorschlagen, dass wir es im Protokoll dieser Sitzung auch noch einmal festhalten, dass wir eine Ausschussdrucksache im Rechtsausschuss einbezogen haben, dass das hier ganz klar ist an dieser Stelle. Und wenn jetzt der Einwand dahin geht, man hätte das ja nicht gehabt: Also, es gibt eine Ausschussdrucksachen-nummer, und selbstverständlich kann man sich die dann auch aus dem ….

Abg. **Fabian Jacobi** (AfD): Ja, danke. Es ist gleichwohl klargestellt, dass es bisher keinen Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen gibt. Das steht oben rechts: Formulierungshilfe der Bundesregierung. Da steht drin, was Ihnen

sozusagen in die Feder diktiert wird von der Regierung.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Also, wie besprochen, im Protokoll sind Ihre Einwände festgehalten, und wir legen los. Herr Professor Eisele ist dran.

SV **Prof. Dr. Jörg Eisele**: Ja, sehr geehrter Herr Vorsitzender, meine sehr geehrten Damen und Herren, ich möchte ganz kurz beginnen mit der geplanten Änderung des Paragrafen oder Einfügung des § 90c StGB-E zum Schutz der EU-Flagge und -Hymne. Aus meiner Sicht ist die geplante Vorschrift strafrechtsdogmatisch weitgehend unproblematisch, weil sie inhaltlich parallel zu § 90a StGB ausgestaltet ist. Der Gesetzgeber wird hier im Rahmen seines Beurteilungsspielraums tätig. Er ist zum Erlass einer solchen Strafvorschrift legitimiert und kommt seiner Pflicht aus Art. 4 Abs. 3 EUV (Vertrag über die Europäische Union) zur Unionstreue nach. Etwas ausführlicher möchte ich Stellung beziehen zur Ergänzung des § 104 StGB, Schutz ausländischer Flaggen. Hier sind aus meiner Sicht zwei Punkte zu berücksichtigen. Zunächst muss man sehen, dass der Schutz einerseits etwas eng ist, andererseits aber auch etwas zu weit. Es stellt sich nämlich die Frage, ob ein hinreichender Schutz gewährleistet werden kann, wenn Flaggen beschädigt oder zerstört werden, die nur ähnlich gestaltet sind. Also etwa, wenn bei der US-Flagge ein Stern hinzugefügt oder weggelassen wird, oder wenn der Davidstern auf der israelischen Flagge verändert wird. Blickt man auf ähnliche Regelungen – § 124 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG), § 86a Strafgesetzbuch (StGB) –, so gibt es dort immer ausdrückliche Regelungen, die Flaggen, die zum Verwechseln ähnlich sind, gleich stellen. Und da könnte man den Umkehrschluss ziehen, wenn die neue Vorschrift eine solche Regelung nicht vorsieht, dass nur eine Flagge geschützt ist, die absolut identisch mit der Originalflagge ist. Und das könnte möglicherweise zu einer Umgehung oder zu einem Leerlaufen führen. Der zweite Punkt, auf den ich eingehen möchte, ist, dass andererseits der Strafrechtschutz sehr weit geht, wenn die Tathandlung das Zerstören oder Beschädigen ist. Die deutsche Flagge ist gegen Verunglimpfen geschützt. Das geht weiter, weil nicht nur die Beschädigung oder Zerstörung erfasst wird, sondern etwa auch das Bespucken der Fahne oder ähnliche Dinge. Dass man ausländische Fahnen nicht in gleichem Maße schützt, der Schutz der deutschen Fahne weiter geht, das halte ich für plausibel. Umgekehrt kann es aber auch sein, dass der Schutz ausländischer Flaggen weiter geht, denn das Zerstören oder Beschädigen der deutschen Flagge ist nicht per se strafbar, sondern nur, wenn es ein Verunglimpfen ist. Ich möchte das an zwei Beispielen kurz erläutern. Zum einen: Wenn jemand während eines Fußballspiels eine ausländische Flagge – mit Eventualvorsatz – aus Freude oder Frust beschädigt, dann würde das erfasst werden. Man kann auch weiterdenken: Das Zerstören einer Flagge auf einem Eisbecher oder Ähnliches in der Öffentlichkeit wäre auch erfasst. Um der Meinungsfreiheit, Kunstfreiheit, Satire Rechnung zu tragen, sollte man den Tatbestand einschränken, um hier eine verfassungskonforme Auslegung zu ermöglichen. Mein Vorschlag wäre, dass man zusätzlich zum Zerstören und Beschädigen ein Verunglimpfen fordert, also die Flagge eines ausländischen Staates zerstört oder beschädigt und dadurch verunglimpft. Das scheint mir auch geboten zu sein, weil geplant ist, die Ermächtigung zur Strafverfolgung durch die Bundesregierung abzuschaffen. Dadurch wäre das Strafverlangen des ausländischen Staates maßgeblich, der möglicherweise der Meinungsfreiheit nicht wohlgesonnen ist, die Justiz unterläge dann aufgrund des Legalitätsprinzips der Pflicht, das zu verfolgen: Eine Flagge ist nun mal zerstört oder beschädigt. Dann wäre kein Platz für eine verfassungskonforme Auslegung. Und deshalb geht der Strafrechtschutz aus meiner Sicht etwas weit. Vielen Dank.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Danke schön. Herr Franck.

SV **Andreas Franck**: Sehr geehrter Herr Vorsitzender und sehr verehrte Damen und Herren, zunächst zu § 90c StGB-E. Ich begrüße die geplante Einführung, wir hatten hier bislang eine Strafbarkeitslücke. Während ausländische Fahnen und die deutsche Fahne durch das Strafrecht geschützt sind, durch §§ 90a und 104 StGB, galt dies bislang nicht für Symbole der Europäischen Union. Diese Strafbarkeitslücke wird durch den geplanten Paragrafen geschlossen. Der § 90c StGB-E ist in seiner Formulierung nicht

gänzlich, aber im Wesentlichen angelehnt an § 90a StGB. Ich bin deswegen auch der Meinung, dass die Abwägung mit dem Grundrecht der Meinungsfreiheit – bei dem geplanten § 90c StGB-E – ähnlich konkordant ablaufen wird, wie das bei § 90a StGB war. Ich kann Ihnen für den Bereich der Staatsanwaltschaft München sagen, dass wir in den Jahren 2016 bis 2020 17 Ermittlungsverfahren wegen § 90a StGB hatten. Ein Großteil dieser Ermittlungsverfahren wurde infolge der Abwägung „Meinungsfreiheit gegen Strafanspruch des Staates“ eingestellt. Aus dieser zurückhaltenden Anwendung durch die Praktiker – die Staatsanwaltschaften – wird meines Erachtens deutlich, dass hier die Meinungsfreiheit großgeschrieben ist und dass es nicht darum geht, jemanden einer Strafverfolgung auszusetzen, der beim Absingen der Nationalhymne – oder der Hymne der Europäischen Union – einen schiefen Ton hineinbringt. Zum Änderungsantrag – §§ 104 und 104a StGB: diese empfohlene Gesetzesänderung begrüße ich ausdrücklich. § 104 StGB in seiner jetzigen Fassung führt – jedenfalls für den Bereich der Staatsanwaltschaft München, aber ich glaube das ist verallgemeinerungsfähig – ein absolutes Schattendasein. Das Erfordernis, dass ein hoheitlicher Bezug der beschädigten oder verunglimpften Fahne zu bestehen hat, ist eine starke Einschränkung, die den praktischen Anwendungsbereich der Vorschrift sehr gering werden lässt. Entsprechend kann ich Ihnen sagen, für den Bereich der Staatsanwaltschaft München, in den Jahren 2016 bis 2020: kein einziges Verfahren wegen Verstoßes gegen § 104 StGB. Das ist insbesondere deswegen misslich, da wir natürlich auch in München Demonstrationen haben, bei denen etwa – ich bin auch Antisemitismusbeauftragter beim Generalsstaatsanwalt – die israelische Flagge verbrannt wird. Das sind ausgesprochen unschöne Bilder und natürlich wird, wenn das medial verbreitet wird, der Schutzbereich, der eigentliche Schutzbereich des § 104 StGB berührt, nämlich die guten Beziehungen Deutschlands zu anderen Staaten – hier, in dem konkreten Fall, zu Israel. Deswegen besteht hier ein Strafbarkeitsbedürfnis – dass man beim Verbrennen einer Flagge, die nicht im hoheitlichen Kontext steht, eine Strafbarkeitsnorm hat. Es war bislang so, dass die Sicherheitsbehörden versucht haben, diese Strafbarkeitslücke dadurch zu schließen, dass man nach Versammlungsrecht Auflagen erlassen hat, wie zuletzt in München im Jahre 2017 die Auflage, dass keine Flaggen verbrannt werden dürfen. Das ist aber wacklig. Denn das Sicherheitsrecht verlangt eine konkrete Gefahr, und die ist oftmals nicht darzulegen. Deswegen wäre es nach meinem Dafürhalten weitaus sinnvoller, hier eine Erweiterung des Straftatbestandes zu etablieren. Mit der einen Stoßrichtung: Abschreckung von potentiellen Tätern, und mit der anderen Stoßrichtung: auch den Sicherheitsbehörden eine saubere und robuste Grundlage für deren Auflagenbescheide zu geben, weil die natürlich weitaus leichter argumentieren können, wenn infolgedessen ein Straftatbestand erfüllt wäre, etwa durch das Abbrennen einer Flagge. Vielen Dank.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Danke schön, Herr Franck. Bitte, Herr Professor Heger.

SV **Prof. Dr. Marin Heger**: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, vielen Dank, dass ich hier die Gelegenheit zur Stellungnahme bekomme. Zunächst möchte ich mich im Grundsatz den Vorrednern anschließen. Auch ich halte § 90c StGB-E für eine mögliche – vielleicht nicht zwingende, aber dem Gesetzgeber jedenfalls freigestellte – Änderung. Er orientiert sich – mit einigen Einschränkungen – an dem, was bereits für die Bundesrepublik Deutschland geregelt ist. Und es erscheint mir in der Tat richtig, Institutionen der EU und auch diese selbst einem gewissen Schutz zu unterstellen. Nicht bloß, weil diese Institutionen viel wichtiger geworden sind – Strafnormen, etwa zum Schutz des EuGH, gab es in Ansätzen schon –, sondern auch, weil diese Institutionen heute gefährdeter sind als früher, weil es faktisch leider Übergriffe gibt, bei denen diese Institutionen und ihre Symbole – etwa die Fahne – in den Schmutz gezogen werden. Und deswegen halte ich es für richtig, dass man das macht. Es wurde schon gesagt, dass die Lösung in der Form machbar ist. Deswegen möchte ich mich vor allem auf § 104 StGB konzentrieren. Ich halte es durchaus für richtig, dass man auch ausländische, nicht offiziell aufgehängte Fahnen, insbesondere auch selbst produzierte Fahnen und ihnen ähnlich sehende oder fast gleichaussehende „Fastfahnen“ – dass man ein solches Verhalten, wie es da genannt ist, unter Strafe stellt. Allerdings sehe ich einige Probleme. Herr Eisele hat bereits darauf hingewiesen, dass das

Beschädigen und Zerstören als solches viel zu weit ist, zumindest, wenn es mit bloß bedingtem Vorsatz verbunden ist. Der Gesetzgeber argumentiert, es seien die schärfsten Tathandlungen, die in § 104 StGB genannt werden. Das stimmt aber in dem Sinne nicht, weil sie natürlich nur in Bezug auf fremde Sachen die schärfsten Tathandlungen sind. Da es hier aber im Regelfall tätereigene Sachen sind, wäre ein Verunglimpfen des Symbols letztlich viel schlimmer als das Zerstören einer selbstgebastelten Flagge. Deshalb muss man es einschränken und vor allem auf das Verunglimpfen, vielleicht Beschimpfen, zurückführen. Ich würde dafür plädieren, das auf der subjektiven Tatseite zu machen – also als Absicht, um das zu machen, Absicht im technischen Sinne – zu formulieren: Wer etwas beschädigt in der Absicht, den Staat zu verunglimpfen, das Existenzrecht infrage zu stellen etc. – will ich nicht abschließen. Ich habe jetzt „Beschimpfen“ und „Verunglimpfen“ genannt; man könnte auch noch andere Dinge überlegen. Das macht – glaube ich – deutlicher als „Zerstören“ oder „Beschädigen“, worum es eigentlich geht. Weiterhin würde ich unbedingt raten, die ähnlichen Flaggen irgendwie zu erfassen. Das erscheint mir problematisch, das allein in der Begründung zu machen. Herr Eisele hat mit Recht auf den Umkehrschluss hingewiesen, der sich sonst aufdrängen könnte. Schließlich würde ich anheimstellen, dass man die Versuchsstrafbarkeit für diesen neu geschaffenen Tatbestand ausschließt, weil ich denke, es ist eine Vorverlagerung, die immer besonders begründungsbedürftig ist. Wir haben obendrein eine niedrige Strafdrohung, eher in dem Bereich, in dem keine Versuchsstrafbarkeit vorgesehen ist. Dass in dem bisherigen § 104 StGB eine vorgesehen ist, das will ich nicht infrage stellen. Aber das verpflichtet uns ja nicht, eine weitere Versuchsstrafbarkeit für den neuen Tatbestand zu machen. Zumindest würde ich es probiert wissen wollen, dass man hier ohne eine Versuchsstrafbarkeit auskommt, indem man den Absatz 2, die Versuchsstrafbarkeit, ausschließlich auf den bisherigen Tatbestand des Absatz 1 Satz 1 bezieht. Die Streichung der beiden Voraussetzungen im § 104a StGB erscheint mir unproblematisch. In der Tat ist es mit der Ermächtigung so eine Sache. Wir haben das bei der Diskussion um die „Lex Böhmermann“ gesehen, es macht die ganze Sache politisch. Und ich bin eigentlich eher ein Anhänger dessen, dass man auch in politisch aufgeladenen Verfahren die Staatsanwaltschaft nach Rechtsmaßstäben agieren lässt. Das wird ja zunehmend befürwortet. Deswegen wäre ich für eine Streichung. Vielen Dank.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Vielen Dank, Herr Professor Heger. Als Nächster Herr Professor Klesczewski.

SV **Prof. Dr. Diethelm Klesczewski**: Sehr geehrter Herr Vorsitzender, meine sehr verehrten Damen und Herren, vielen Dank für die Einladung zu dieser Anhörung. Ich kann mich auf vieles, was bisher angesprochen wurde, beziehen. Ich halte die Symbole, die im neuen § 90c StGB genannt sind – in dem vorgeschlagenen – auch für schutzwürdig. Ich möchte – um das Ergebnis vorweg zu nehmen – freilich eher dafür plädieren, das im Ordnungswidrigkeitenrecht unterzubringen. Und dazu möchte ich ein paar Ausführungen machen. Das Rechtsgut wird genauso wie bei § 90a StGB im Ansehen gesehen – einmal das Ansehen der Bundesrepublik Deutschland in § 90a StGB, das andere Mal das Ansehen der EU in dem neu zu schaffenden § 90c StGB. Nun ist es so: An sich gilt als Hauptrechtsgut des § 90a StGB der Bestand der Bundesrepublik Deutschland und das Ansehen ist sozusagen nur ein „Zwischenrechtsgut“, das dem vorgelagert ist – zurecht vorgelagert ist. Dieses Rechtsgut hat aber sozusagen eine besondere Gestalt. Und das ist ganz wichtig, das hier zu betonen, weil meiner Meinung nach sich daraus auch ergibt, inwiefern bestimmte Ausführungshandlungen, die sowohl in § 90a StGB als auch im geplanten § 90c StGB benannt werden, überhaupt ein hinreichendes Gefährdungspotential aufweisen. Nun, das Ansehen wird definiert als Bewusstsein der Staatsbürger von der Wertigkeit ihres Staates. Nun hat ein Staat keine Wertigkeit an sich. Er hat sie wegen der Leistungen, die er erbringt, Gewährleistung von Grundrechten insbesondere, und Gewährleistung von Teilhabe an politischer Willensbildung. Diese Leistungen werden von Menschen erbracht, die für ihn handeln. Um diese Leistungen dem Staat zurechenbar zu machen, bedient man sich seit alters her sinnlich fassbarer Symbole. Man trifft sich an bestimmten Orten, man hat eine bestimmte Kleidung an – eine Robe beispielsweise –, man symbolisiert die Einheit stiftenden Werte mit einer Flagge oder einer

Hymne. Das gilt sowohl für die Bundesrepublik wie, in gleichem Maße, auch für die Europäische Union. Und weil nun die Bundesrepublik Mitgliedstaat der Europäischen Union ist, darf ihr natürlich das Ansehen der Europäischen Union nicht gleichgültig sein. Ich halte es zwar nicht für überzeugend, hierfür den Art. 23 Grundgesetz (GG) heranzuziehen. Meiner Meinung nach folgt aber ein gewisser Zwang, auch hier eine Ahndung vorzusehen, aus dem Assimilierungsprinzip des Unionsrechts. Gleichwohl – und darauf möchte ich jetzt ein gewisses Augenmerk legen – ist meines Erachtens die Pönalisierung der Verunglimpfung von Flaggen und Hymne beziehungsweise des Herummanipulierens an öffentlich gezeigten Flaggen nicht unproblematisch. Durch derartiges Handeln wird das Ansehen weder der Bundesrepublik noch der Europäischen Union verletzt oder konkret gefährdet, es wird allenfalls abstrakt gefährdet. Und die Pönalisierung abstrakter Gefährdung steht unter erhöhten Legitimationsanforderungen – Anforderungen, die ich hier nicht erfüllt sehe. Denn es muss dargetan sein, dass derartige Handlungen typischerweise zu einer Verletzung des geschützten Rechtsguts führen, beispielsweise wegen statistisch erwiesener Häufigkeit beziehungsweise massenhaften Auftretens derartiger Handlungen. Nun ist es so, dass das Ansehen der Bundesrepublik Deutschland sich nicht von selbst, mechanisch, ergibt, sondern durch kontroverse Debatten der Bürgerinnen und Bürger. Und aus diesem Grund, meine Damen und Herren, führt auch das vereinzelte Verunglimpfen der Flagge oder der Hymne nicht automatisch zu Nachahmungen, sondern im Gegenteil, es provoziert auch vehemente Kritik in der Öffentlichkeit. Kurz, eine abstrakte Gefährdung signifikanten Umfanges kann ich hier nicht erkennen, weswegen ich dafür plädiere, sowohl § 90a StGB, aber insbesondere auch § 90c StGB-E im Ordnungswidrigkeitenrecht zu regeln. Das Gleiche gilt letztendlich auch für die vorgeschlagene Ergänzung von § 104 StGB. Auch dort halte ich es aus den genannten Gründen für sinnvoll, das ins Ordnungswidrigkeitenrecht zu verschieben. Und um schließlich noch einen Satz zur Streichung des Gegenseitigkeitserfordernisses zu sagen: Diese Streichung leuchtet mir nicht ein. Denn wenn ein Staat selbst das Beschädigen der Bundesflagge nicht für strafwürdig hält, dann muss er es wohl auch aushalten können, wenn es bei uns eine ähnliche Regelung nicht gibt. Danke schön.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Danke schön, Herr Professor Klesczewski. Herr Lohse, Sie sind der Nächste.

SV **Kai Lohse**: Vielen Dank. Sehr geehrter Herr Vorsitzender, meine sehr verehrten Damen und Herren, ich möchte mich zunächst im Schwerpunkt auf den Entwurf zu § 90c StGB konzentrieren, und zwar insbesondere auf die Rechtfertigung einer Strafrechtsnorm. Und da meine ich, dass hier eine mögliche Verbreiterung der Schutzgüter noch einmal in Betracht gezogen werden sollte. Nach dem Entwurf werden ja hier Bestand und Integrität der EU in besonderer Weise durch das Gesetz geschützt. Das ist für mich schlüssig, und das halte ich auch für legitim, denn das EU-Recht bildet einen wichtigen Bestandteil des in Deutschland anwendbaren rechtsstaatlichen Rechts. Und es spiegelt sich darin auch eine Grundentscheidung unserer Verfassung für Völkerverständigung, Völkerrechtsoffenheit und eben auch für die europäische Integration. Und letztlich – auch das wurde schon gesagt – liegt darin eine Normenstabilisierung der Werte des Unionsrechts. Unabhängig davon, wie man im Einzelnen die Loyalitätsverpflichtung des Art. 4 Abs. 3 EUV interpretieren will, in jedem Fall ist es im Sinne des Unionsrechts, wenn diese Verstärkung erfolgen würde. Man kann aber auch hinzuziehen – und da bleibt der Entwurf in der Begründung für mich etwas unklar – welche Werte man hier einbeziehen will. Denkbar wäre auch, über die Werte in Art. 2 EUV hinaus auch die zentralen Rechtsquellen der EU in Art. 6 EUV – und das würde dann auch möglicherweise die Europäische Menschenrechtskonvention einschließen – in den schützenswerten Bestand mit einzubeziehen. Durch die Rückspiegelung, die enge Verwobenheit des Unionsrechts mit dem deutschen Recht – denken Sie nur an die jüngste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Recht auf Vergessen – wird natürlich mittelbar damit auch wiederum der Bestand der verfassungsmäßigen Ordnung in Deutschland selbst geschützt. Ich würde aber auch dafür plädieren, hier den Gesichtspunkt des öffentlichen Friedens mit einzubeziehen, denn dies ist ein anerkanntes Schutzgut des § 90a StGB, und ein Angriff auf

Symbole der EU hat durchaus Potential: Er richtet sich gegen die Unionsbürgerschaft als solche, die wir als deutsche Staatsangehörige in Anspruch nehmen, aber in besonderer Weise richtet er sich eben auch mittelbar gegen die Rechtsstellung von EU-Staatsangehörigen aus Mitgliedsstaaten, die hier in Deutschland sind. Das ist eine erhebliche Anzahl, etwa vier Millionen, und diese Personen könnten, wenn etwa auf EU-Flaggen herumgetrampelt wird, das Empfinden haben, dass auch in gewisser Weise auf ihnen herumgetrampelt wird. Diese Schutzgüter rechtfertigen auch den Rückgriff auf eine Strafnorm. Dies zeigt auch etwa ein Vergleich mit § 90a StGB, dessen Anwendungsbereich das NATO-Truppen-Schutzgesetz auf Flaggen anderer NATO-Staaten erweitert. Da wären die EU-Symbole sicherlich nicht weniger schützenswert. Ich halte hier nicht das Vorliegen einer unzulässigen Vorverlagerung der Strafbarkeit für gegeben. Es besteht hier eine Lücke, die für EU-Symbole geschlossen wird und das ist – meine ich – der richtige Weg. Andernfalls müsste man ja alle anderen Staatsschutzbestimmungen zurücknehmen, um dann ein einheitliches Niveau festzustellen. Die Lücke sollte geschlossen werden, und sie sollte nicht negativ geschlossen werden. Zudem ist der Staat hier in seinem Ansehen betroffen, auch über die EU. Und das zeigt, ein Verlust an Ansehen geht einem Verlust an Durchsetzungsfähigkeit voraus, und dem sollte hier entgegengewirkt werden. Es liegt auch keine Unbestimmtheit vor, insbesondere kann man hier auch über das Merkmal des öffentlichen Friedens eine Rechtfertigung herstellen. Der Meinungs- und Kunstfreiheit wird Rechnung getragen, indem entsprechende Abwägungsmethodiken übertragen werden können, so dass insgesamt eine Konsistenz zu anderen strafwürdigen Verhaltensweisen vorliegt. Abschließend noch eine Anregung zum Strafanwendungsrecht. Hier habe ich den Vorschlag gemacht, über § 5 StGB eine Gleichstellung mit § 90a StGB herzustellen. Und zur Neuregelung des § 104 StGB noch abschließend zwei Sätze: Ich halte ein rechtspolitisches Bedürfnis für gegeben. Ein legitimes Interesse an dem Ausbau der auswärtigen Beziehung zu anderen Staaten eröffnet die Möglichkeit, hier auf die Merkmale der Gegenseitigkeit und Ermächtigung zu verzichten. Anschauen sollte man sich allerdings die Frage der Bestimmtheit, wenn man zum Verwechseln ähnliche Flaggen miteinbezieht. Vielen Dank.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Herr Lohse, herzlichen Dank. Die Nächste ist Frau Samour.

SVe **Nadija Samour**: Vielen Dank für die Einladung. Vorweg zum Entwurf des § 90c StGB. Mein Votum ist, dass dieser Gesetzentwurf abzulehnen ist. Als Begründung führe ich an, dass dem Ultima-Ratio-Prinzip und dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts damit nicht genüge getan wird und auch der Grundrechtsschutz nicht ausreichend gewährleistet wird. Zum Ultima-Ratio-Prinzip nur so viel: Wie bereits bekannt, ist ja das Strafrecht das letzte aller Mittel, die in Betracht kommen, um Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Das heißt, es darf nur eingesetzt werden, wenn andere Mittel zur Problemlösung versagt haben. Und auch der fragmentarische Charakter, die fragmentarische Natur des Strafrechts gebieten es, dass nicht alle Lebensbereiche kriminalisiert werden. Und wenn von Strafbarkeitslücken die Rede ist – weswegen ja auch dieser Entwurf hier vorliegt – dann muss das hingenommen werden. Das ist Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Nicht jede Strafbarkeitslücke muss geschlossen werden. Und das ist es auch wert, uns jetzt nochmal die Rechtsrealität anzuschauen. Wie hier eben auch schon angeklungen ist: Es ist so, dass in den letzten Jahren die Verurteilungen nach § 90a StGB im absolut untersten Bereich lagen. 2016/2017 gab es bundesweit sieben Verurteilungen, 2018 drei Verurteilungen – also Tendenz fallend. Hier eine Kriminalisierung anzuregen – das erschließt sich mir überhaupt nicht. Wenn die Rede davon ist, dass es sich um einen appellativen Charakter handelt, aufgrund der besonderen Beziehung zur und der besonderen Wichtigkeit der EU für die Bundesrepublik Deutschland – das kann ich nachvollziehen. Aber dann ist es symbolische Gesetzgebung, und dafür ist das Strafrecht nicht der richtige Ort. Insofern ist der § 90c StGB-E – der Gesetzentwurf – hier nicht an der richtigen Stelle. Ich verstehe den Anlass des Entwurfes. Unter anderem wird angeführt, dass der politische Diskurs zu verrohen droht. Das ist definitiv der Fall und die Befürchtung. Andererseits ist davor zu warnen, dass illiberalen Kräften, die unter anderem zu der besagten Verrohung beitragen,

weitere Instrumente zur Hand gereicht werden, mit denen sie eventuell politische Gegner verfolgen könnten. Zu meinem zweiten Argument, dass der Grundrechtsschutz nicht ausreichend gewährleistet wäre mit der Einführung des § 90c StGB-E, ist zu sagen, dass es tatsächlich so ist – wenn man sich die Bundesverfassungsgerichtsrechtsprechung anschaut –, dass mit der Zeit der Grundrechtsschutz an Vorrang gewonnen hat, was die Strafbarkeit anbetrifft. Die Strafbarkeit tritt zurück. Und wenn man sich also diese Liberalisierung der Rechtsprechung anschaut, dann ist mir ein Rätsel, warum gerade jetzt der Bundestag eine Verschärfung des Strafrechts vorsieht. Ich gehe noch auf die §§ 104 Abs. 1 Satz 2, 104a des Entwurfs ein. Auch hier sehe ich das Problem, dass dem Ultima-Ratio-Prinzip nicht genüge getan wird. Und dass das Analogieverbot berührt ist, das wurde bereits erwähnt. Aber ich möchte auch nochmal deutlich machen, dass hier auch Diskriminierungsfragen im Raum stehen. Wenn also Anlass der Gesetzesverschärfung ist, dass bestimmte Bevölkerungsgruppen gegen bestimmte Politiken anderer Staaten demonstrieren, dann ist hier eine Stigmatisierung dieser spezifischen Bevölkerungsgruppen nicht ausgeschlossen, die einer faktischen, ja einer erhöhten Gefahr der Strafverfolgung ausgesetzt werden.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Frau Samour, darf ich Sie an die Zeit erinnern?

SVe **Nadija Samour**: Ja, vielen Dank. Ja.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Danke schön. Sie können ja Ihre weiteren Ausführungen nachher in die Antworten verlegen. Der Nächste – und der Letzte – ist Herr Professor Weigend.

SV **Univ.-Prof. i. R. Dr. Thomas Weigend**: Herr Vorsitzender, meine sehr verehrten Damen und Herren, das Ergebnis meiner Überlegungen ist, dass die Europaflagge rechtlichen Schutz verdient, allerdings nicht in gleichem Maße wie die deutsche Flagge, die für die Identität des Staates steht, sondern in Anlehnung an den Schutz von Flaggen ausländischer Staaten, also in Parallele zu § 104 StGB. Dabei sollten die infrage kommenden Tathandlungen gegenüber dem Entwurf des Bundesrates auf einen praktisch relevanten Kern reduziert werden. Außerdem würde ich – wie Herr Klesczewski – eine Einordnung nicht als Straftat, sondern als Ordnungswidrigkeit empfehlen. Zur Begründung: Die Ratio eines Schutzes der Europaflagge können die ungestörten harmonischen Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der EU sein. Es kann nicht eine eigene Ehre der EU geschützt werden, die im Übrigen auch sonst über §§ 185 ff. StGB nicht geschützt ist. Insofern könnte eine normativ unterlegte Tolerierung herabwürdigenden Verhaltens gegenüber dem Symbol der EU auf Dauer die Harmonie zwischen EU und Deutschland gefährden. Solche Handlungen sollten daher unterbunden und geahndet werden können. Diese Ratio trägt die Inkriminierung eines Kernbestandes von Verletzungen der Würde der Europaflagge, nämlich erstens, wenn die Europaflagge in offiziellem amtlichen Auftrag gezeigt wird, nicht bei privater Ausstellung, und zweitens, als Tathandlungen, beschimpfendes Verhalten – das, was in der Gesetzesregelung als Unfug bezeichnet wird – also durch beschimpfendes Verhalten seine grundsätzliche Missachtung der Werte der EU zum Ausdruck zu bringen. Das schließt in beschimpfender Intention vorgenommene Zerstörung oder Beschädigung ein. Sonstige verbale Verunglimpfungen oder das Unkenntlichmachen – was sich da in § 104 StGB eingeschlichen hat – sind unpraktisch und nicht gewichtig genug. Und im Übrigen, was die Hymne betrifft, da meine ich, das könnte man getrost streichen. Die Hymne ist bekanntlich ein Instrumentalstück, hat keinen Text, und ich weiß nicht, wie man das verunglimpfen soll. Es verbleiben also die beschimpfenden Handlungen, die eher nicht als Straftaten, sondern als Ordnungswidrigkeiten eingeordnet werden sollten. Begründung dafür: das EU-Recht – das ja sonst viele Vorschriften macht – schreibt insoweit keine Strafnorm vor, und die meisten Mitgliedstaaten, bis auf sieben, haben auch keine Strafnorm zum Schutze der EU-Symbole. Ein Strafbarkeitsrisiko hätte einen Chilling-Effect gegenüber kritischen, symbolischen Meinungsäußerungen gegenüber der EU. Im Übrigen verweise ich darauf, dass § 103 StGB ja vor zwei Jahren gestrichen worden ist, was zeigt, dass eine gewisse Entbehrlichkeit von Sondernormen zum Schutz ausländischer Geltungsansprüche wahrgenommen worden ist vom Bundestag. Und ich sehe nicht, wie sich damit auf der anderen Seite eine Verschärfung

verträgt. Hinzu kommen allgemeine kriminalpolitische Argumente, wie von meiner Vorrednerin schon gesagt wurde. Natürlich besteht ein Interesse daran, der Verrohung der politischen Debatte entgegenzuwirken. Nur, das Strafrecht kann das eigentlich nicht tun. Denn gerade Strafverfolgung würde dazu führen, dass erneut diskutiert wird: War das nun ausreichend kriminell oder nicht? Es würde also die Debatte nur weiter angeheizt. Und zum anderen, auch schon erwähnt: das Ultima-Ratio-Prinzip. Es liegt meiner Ansicht nach in diesen Fällen kein schwerer sozialethischer Verstoß vor. Und es genügt die Einstufung als Ordnungswidrigkeit, um Täter durch Bußgelddrohungen abzuschrecken und vor allem, um der Polizei das Einschreiten gegen Fahnenverbrennungen und dergleichen zu ermöglichen. Danke schön.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Herzlichen Dank, Herr Professor Weigend. Meine Damen und Herren, vielen Dank für Ihre einleitenden Stellungnahmen. Sie stehen jetzt für Fragen zur Verfügung und wir beginnen mit der Fragerunde. Der erste ist Herr Jung.

Abg. **Ingmar Jung** (CDU/CSU): Ja, vielen Dank auch an die Sachverständigen. Ich will zwei Fragen an Professor Eisele richten, bezüglich zweier Komplexe, die mehrmals aufkamen. Zum einen dieser potentielle Wertungswiderspruch bei § 104 StGB, durch das Beschädigen und Zerstören, das noch kein Verunglimpfen ist. Ich will das nochmal am Beispiel konkret deutlich machen – ob ich Sie auch richtig verstanden habe. Nehmen wir mal an, wir haben Olympische Spiele in Deutschland. Der Diskusolympiasieger aus Deutschland zerreißt sein Trikot und ist dann nicht strafbar, weil nicht verunglimpfend, aber der Weitsprungolympiasieger aus Nordkorea wäre möglicherweise strafbar, weil es ein Zerstören der Flagge ist. Wenn das wirklich so ist, dann wäre ich dankbar, wenn Sie vielleicht auch noch eine Idee hätten, wie wir dem begegnen können? Möglicherweise über den subjektiven Tatbestand, oder vielleicht anders. Und die zweite Frage: nochmal zu den ähnlichen Flaggen. Das kam auch mehrmals auf. Ich verstehe gut, dass man das vielleicht weiter als die Originalflagge fassen muss. Aber wie kriegen wir da eine Grenzziehung hin? Wenn ich ein weißes Blatt Papier nehme und zwei rote Striche darauf mache, ist es dann die Flagge der Republik Österreich? Das kann ja nicht gemeint sein. Also, wie kriegen wir da eine konkrete Grenzziehung hin, dass es nicht am Ende uferlos wird?

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Danke schön, Herr Jung. Der Nächste ist Herr Dr. Ullrich.

Abg. **Dr. Volker Ullrich** (CDU/CSU): Ja, vielen Dank Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren Sachverständige. Ich möchte kurz vorausschicken, weshalb bislang die Hymne und auch die Flagge der Bundesrepublik Deutschland vor Verunglimpfung geschützt sind: weil es da um die staatliche Souveränität geht und auch um den Herrschaftsanspruch einerseits, aber andererseits auch um die Gemeinschaft der Bürgerinnen und Bürger, die diesen souveränen Staat bilden. Und in der Tat, die Europäische Union, die ist kein Staat, aber ein zwischenstaatliches Subjekt besonderer Qualität, welches sich sicherlich einem besonders föderativ aufgestellten, aber gemeinschaftlich orientierten Staatenverbundes annähert. Wenn man sagt, dass aufgrund der teilweise ausgeübten hoheitlichen Befugnisse der Europäischen Union hier auch ein Schutz verdient ist – da mag ich dem soweit zustimmen. Der Punkt ist natürlich, dass die Europäische Union ihre Souveränität einzig und allein von den Mitgliedstaaten ableitet, so dass letztlich der Kernbereich der Souveränität von der bisherigen Norm bereits umfasst ist. Jetzt gibt es aber ein weiteres Problem, da bitte ich Sie um Einschätzung: dass die Flagge der Europäischen Union auch die Flagge des Europarates ist. Der Europarat ist eine zwischenstaatliche Organisation, 1949 gegründet, der alle europäischen Staaten angehören, inklusive Russland und der Türkei. Und die Flagge der Europäischen Union ist erst in den 80er Jahren übernommen worden vom Europarat, der sie auch nach wie vor führt. Das bringt uns zu der Frage: Wenn die Flagge der Europäischen Union verunglimpft wird, durch welche Tathandlung auch immer, aber der Tatverdächtige dann sagt, er wollte nicht die Europäische Union verunglimpfen, sondern den Europarat, weil ihm ein Urteil des Menschenrechtsgerichtshofes in Straßburg nicht gefällt, dann kommen wir natürlich schon zu der Frage, ob das vom strafrechtlichen Schutzbereich noch erfasst sein kann oder nicht. Wenn Sie da bitte noch etwas zu ausführen würden? Und die zweite Frage betrifft

die Hymne. Die Hymne der Europäischen Union wird schon teilweise gesungen, mit der „Ode an die Freude“ von Schiller – „Freude, schöner Götterfunken“. Aber die Hymne der Europäischen Union, die übrigens auch die Hymne des Europarates ist, wird ohne Text verwendet, nur instrumental. Und die Frage ist in der Tat: Wo ist die Grenze – sage ich mal – des äußersten Wortsinnes bei einem instrumentalen Stück. Das würde mich interessieren. Wenn Sie vielleicht – Herr Professor Eisele und Herr Franck – jeweils dazu Stellung nehmen würden, bitte.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Die Nächste ist Frau Bayram.

Abg. **Canan Bayram** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ja, vielen Dank. Meine beiden Fragen gehen an Herrn Klesczewski. Und meine erste Frage ist erstmal – vor dem Hintergrund, dass der US-Supreme Court in ständiger Rechtsprechung insbesondere das Verbrennen eigener Flaggen als zulässige Form der Meinungskundgabe ansieht und auch das Bundesverfassungsgericht die Verunglimpfung von Staatsymbolen betreffende Verurteilungen durchweg als verfassungswidrig aufgehoben hat – die Beispiele sollten bekannt sein. Insoweit interessiert mich, was der strafrechtliche Schutz von Staatsfarben, Flaggen, Wappen, Hymnen des Bundes, der Länder, der EU oder auch ausländischer Staaten gegen Verunglimpfung und Ähnliches begründet. Was ist eigentlich das, was geschützt werden soll, und welches sind die Dinge, die eine solche Strafbewehrung rechtfertigen können? Also, ein bisschen grundsätzlicher die Frage: Geht es da um patriotische Gefühle oder Staatenehre? Mir ist das noch nicht deutlich geworden. Und meine zweite Frage: Wäre es mit Blick auf den Schutz der Meinungs-, Kunst- und Demonstrationsfreiheit nicht völlig ausreichend, das von der Bundesregierung Gewollte, nämlich ein Verbot des Zerstörens oder Beschädigens öffentlich gezeigter, eigener, mitgebrachter Flaggen, als dem Opportunitätsprinzip unterliegende Ordnungswidrigkeit zu regeln? Auch das würde ja entsprechende Verbotsauflagen für Versammlungen ermöglichen und wäre für Ordnungsbehörden, Versammlungsleiter, Polizei vielleicht klarer zu handhaben. Ansonsten habe ich die Sorge – das habe ich auch in meiner Rede bereits ausgeführt –, dass wir uns als Gesetzgeber zurücklehnen und sagen: Wir haben hier tolle Gesetze verabschiedet. Und am Ende stehen die Versammlungsbehörden, die Polizei und die Exekutive – auch die Staatsanwaltschaft – vor der Frage, wie es denn Anwendung finden soll? Das sind meine Fragen. Danke schön.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Danke schön, Frau Bayram. Der Nächste ist Herr Dr. Luczak.

Abg. **Dr. Jan-Marco Luczak** (CDU/CSU): Vielen, Dank Herr Vorsitzender. Ich hätte eine Frage, die sich an Professor Eisele und Herrn Franck richtet. Wenn ich richtig mitgehört habe, haben eigentlich alle Sachverständigen – bis auf Frau Samour, da war ich mir nicht ganz sicher – ein Sanktionsbedürfnis, zum Teil auch ein Strafbedürfnis, festgestellt. Was ja zu der Frage überleitet, was das Schutzgut hier anbelangt. Das ist angeklungen: traditionell hergeleitet ja eigentlich der Schutz der ausländischen Beziehungen. Es klang aber auch bei der einen oder anderen Stellungnahme an, dass man möglicherweise – ich bin Berliner Abgeordneter, habe hier das Verbrennen der israelischen Flagge vor dem Brandenburger Tor auch im Auge, was ja nicht nur an Grundfesten unserer ausländischen Beziehungen rüttelt, sondern möglicherweise auch unmittelbar Auswirkungen hat auf den gesellschaftlichen Frieden in unserem Land. Und das wäre nochmal eine Frage, ob diesem Schutzgut, wie es traditionell hergeleitet ist, nicht möglicherweise zumindest noch eine andere Bedeutung zugemessen werden muss. Auch der Kollege Ullrich hat ja gerade angesprochen, dass die Gemeinschaft der Bürger ein Stück weit auch geschützt würde. Das geht ja in die gleiche Richtung. Jetzt ist natürlich die Frage: Wenn man das sagt, wie kann man das richtig eingrenzen? Und es ist ja angeklungen, dass auf der einen Seite der Tatbestand vielleicht sogar ein bisschen zu eng gefasst wurde, weil ähnliche Objekte nicht erfasst werden. Und Sie hatten, Herr Eisele, das Beispiel der US-amerikanischen Flagge gebracht, ich glaube, 52 Sterne müssen es sein – und wenn da jetzt nur 51 Sterne drauf sind, weil man sich irgendwie verzählt hat, kann das eine Sanktion am Ende entfallen lassen? Wie kriegen wir das eingefangen, ohne aber auf der anderen Seite zu weit zu werden? Und wenn da eine tatbestandliche Einschränkung gemacht würde, sei es auf der objektiven Ebene oder möglicherweise auf der subjektiven Ebene, das

heißt, dass ein entsprechender Vorsatz der Verunglimpfung beziehungsweise auch objektiv ein über das Zerstören, Beschädigen hinausgehendes Verunglimpfen notwendig sein würde? Kriegt man das über diese beiden Dinge rund? Also tatbestandlich einerseits ein Stück weit ausweiten, ähnliche Objekte, aber gleichzeitig einschränken, subjektiver Tatbestand, mit Blick auf das Schutzgut, ob das dann eine auch für die Praxis handhabbare Norm wäre.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Danke, Herr Dr. Luczak. Der Nächste ist Herr Straetmanns.

Abg. **Friedrich Straetmanns** (DIE LINKE.): Ja, vielen Dank auch nochmal von mir an alle Sachverständigen. Ich will doch eine Bemerkung vorwegschicken: Den Formulierungseiertanz, den wir jetzt hier gerade mitverfolgen, wie das Ganze zu fassen ist, der zeigt auch, dass im Grunde das Ultima-Ratio-Prinzip in schwerster Weise verletzt ist. Deshalb zwei Fragen an unsere Sachverständige, Frau Samour: Vielleicht können Sie nochmal in prägnanten, kurzen Worten – das ist die erste Frage – darstellen, wo Sie die konkreten Probleme bei dem Gesetzentwurf sehen. Und eine zweite Frage: Die Kollegin Bayram von der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN hatte ja gerade nochmal sehr schön auf die Rechtsprechung, auch des Bundesverfassungsgerichts, und die Abwägung mit Grundrechten verwiesen. Jetzt bin ich ja dem Fußball sehr verbunden, und ich kann mich an eine Szene in einem Länderspiel erinnern, wo ein Spieler der gegnerischen Mannschaft sich mit dem deutschen Nationaltrikot quasi, ja, das Hinterteil ausputzte – um es mal so zu formulieren. Hätte dieser Mann nun nach dieser neuen Vorschrift sich statt des Trikots eine Nationalflagge oder eine EU-Flagge gegriffen, wo würden Sie da die Grenze der Meinungsfreiheit sehen, oder was im Sport noch als sozialadäquat gilt?

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Vielen Dank, Herr Straetmanns. Der Nächste ist Herr Dr. Brunner.

Abg. **Dr. Karl-Heinz Brunner** (SPD): Frau Samour, meine Herren, herzlichen Dank für die doch hohe Diversität und Ernsthaftigkeit, mit der Sie Ihre Stellungnahmen abgegeben haben. Ich möchte deshalb nochmal zurückkommen auf das, was wir erreichen wollen. Wir wollen mit dem Gesetz erreichen, dass nichtdeutsche staatliche Symbole künftig besser geschützt sind. Wir wollen die Verletzung für Flaggen und Hoheitszeichen ausländischer Staaten, die bereits nach § 104 StGB strafbar ist, in eine entsprechende Vorschrift gießen, die die Zerstörung und Beschädigung der Flagge eines ausländischen Staates unter Strafe stellt, und nicht, wie derzeit, nur, wenn dies auf Grundlage von Rechtsvorschriften nach anerkanntem Brauch notwendig ist. Kollege Luczak hat dies schon angesprochen: Es haben infolge der Entscheidung der Vereinigten Staaten vom 6. Dezember 2017, die Botschaft der USA von Tel Aviv nach Jerusalem zu verlegen, in Berlin am Brandenburger Tor Demonstrationen stattgefunden, bei denen wir beobachten mussten, dass Flaggen des Staates Israel demonstrativ verbrannt wurden. Im November 2019 in Nürnberg wurden anlässlich einer Demonstration gegen die türkische Militäroffensive in Nordsyrien türkische Flaggen verbrannt. Diese symbolischen Akte der Verachtung und des Hasses dürfen wir nicht zulassen, dem müssen wir entgegentreten. Und deshalb habe ich zwei Fragen an die Sachverständigen. Und zwar einmal an Herrn Professor Heger. Weil die Diskussion, auch hier unter den Sachverständigen, immer wieder war, ob Strafrecht oder Ordnungswidrigkeitenrecht. Für wie geboten halten Sie die Sanktionierung von Verbrennungen aller ausländischen Flaggen explizit im Strafrecht? Und zum Zweiten – das ist eine Frage, die mich aus der Praxis interessiert, ich würde sie an Herrn Bundesanwalt Lohse richten: Wie bewerten Sie die Streichung der Vorschrift – diese Voraussetzung des § 104 StGB, die wir bisher haben, mit der entsprechenden Ermächtigung – für die Arbeit der Staatsanwaltschaften?

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Danke schön, Herr Dr. Brunner. Der Nächste ist Herr Dr. Martens.

Abg. **Dr. Jürgen Martens** (FDP): Ja, vielen Dank. Zunächst haben einige Sachverständige hier hervorgehoben, dass man sich auch vorstellen könnte, diesen Flaggenschutz, den wir in § 104 StGB haben, als Ordnungswidrigkeit auszugestalten. Das könnte der Gesetzgeber machen, das wäre zulässig. Da ist die Frage, ob man so etwas ausdehnen könnte, etwa auch auf ausländische Institutionen und Organisationen,

die bisher nicht geschützt sind. Das Verbrennen der Flagge des Roten Kreuzes, der Vereinten Nationen, von UNICEF und so weiter, wird in keiner Weise geahndet. Und vor dem Hintergrund des Ultima-Ratio-Prinzips ist meine Frage: Wäre es grundsätzlich möglich, diese Tathandlungen, oder solches Verhalten, als Ordnungswidrigkeit auszugestalten? Zweitens: Wäre es dann denkbar, dass man einen Straftatbestand beschränkt auf eine besondere Begehungsweise? Nämlich darauf, dass dieses Zerstören, Verbrennen oder andere Tathandlungen in der Absicht oder in einer Art und Weise gemacht werden, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu beeinträchtigen, zu stören, damit man auf ein klares Rechtsgut Bezug nimmt. Diese beiden Fragen würde ich an Herrn Professor Weigend stellen.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Auch an Professor Weigend, ok, gut. Danke schön. Und der Letzte ist Herr Jacobi.

Abg. **Fabian Jacobi** (AfD): Ja, danke schön. Ich habe eine Frage, die ich gerne an Herrn Professor Klesczewski und an Herrn Professor Weigend richten würde. Und zwar bezieht die sich auf den Gegenstand dieser Anhörung, nämlich den Gesetzentwurf des Bundesrates mit dem Gegenstand der Fahne der EU. Es ist in vielen Stellungnahmen in und außerhalb dieser Anhörung angeklungen, dass man die Frage der Verfassungsmäßigkeit einer solchen Strafvorschrift – hoppla hopp, einmal kurz, vielleicht ganz kurz touchiert – um dann darüber hinweg zu hoppeln und zu sagen: Naja, gar kein Problem, das ist ein allgemeines Gesetz, das ist ohne weiteres möglich. Das ist mir bewusst, dass das im Regelfall sehr kurz abgehakt wird bei Stellungnahmen. Ich möchte aber trotzdem nochmal auf diesen Punkt zurückkommen. Hin und wieder sollte man auch mal Dinge, die scheinbar schon klar sind, nochmal vertieft beleuchten. Und ich würde Sie beide bitten, nochmal kurz zu erläutern, warum eine Strafvorschrift, die sehr dezidiert genau eine ganz konkrete und zulässige politische Haltung, nämlich die Ablehnung der Europäischen Union, pönalisiert, ein allgemeines Gesetz sein soll und deswegen eine zulässige Einschränkung der Meinungsfreiheit? Das wäre meine Frage an dieser Stelle. Vielen Dank.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Herr Jacobi, vielen Dank. Damit wären wir jetzt mit der ersten Fragerunde durch, vielen Dank erstmal an die Fragesteller. Jetzt beginnen wir mit der Antwortrunde in umgekehrter alphabetischer Reihenfolge. Herr Professor Weigend, Sie haben zwei Fragen von Herrn Dr. Martens und von Herrn Jacobi zu beantworten. Bitte schön.

SV **Univ.-Prof. i. R. Dr. Thomas Weigend**: Ja, vielen Dank. Zunächst zu den Fragen von Herrn Martens. Die Ausdehnung des Schutzes der Flaggen auf andere internationale Organisationen scheint mir relativ nahe zu liegen, wenn man die EU-Flagge schützt. Denn wenn wir in die Länder schauen, die Vorschriften geschaffen haben zum Schutz der EU-Flagge, da finden wir meistens Regelungen, die sagen: Alle Organisationen, denen unser Staat angehört, und deren Symbole sind geschützt. Da könnte man natürlich die Vereinten Nationen, NATO etc. mit einbeziehen. Ich würde allerdings dann auch sagen – entsprechend meinem ursprünglichen Votum –, das sollte dann nicht schwerer wiegen als eine Ordnungswidrigkeit. Also, das wäre eine konsequente Ausdehnung. Beschränkung auf Fälle der Friedenstörung oder der beabsichtigten Friedenstörung würde ich im Prinzip für richtig halten, nur glaube ich, dass das in der Praxis keine große Bedeutung entwickeln würde. Denn die Konsequenz, wenn jemand – um das Beispiel aufzugreifen – vor dem Brandenburger Tor eine Flagge des Staates Israel verbrennt, dass der Täter sich nicht mindestens bewusst war, dass er damit die Gefahr einer Friedensstörung schafft – das dürfte der Staatsanwaltschaft keine großen Schwierigkeiten bereiten, die entsprechende Überzeugung des Gerichts herbeizuführen. Also, es ist vielleicht gut, aber dieser Begriff des öffentlichen Friedens ist ja, wie wir wissen, sehr schwammig und dient eigentlich nicht einer wirksamen Reduzierung der Strafbarkeit, wenn die anderen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Aber man könnte es erörtern. Herr Jacobi, ich habe in meiner schriftlichen Stellungnahme ganz kurz auch die Frage aufgeworfen, ob tatsächlich ein Verbot der Beschädigung, Zerstörung etc. gerade der Europaflagge meinungsneutral ist. Und ich meine letztlich tatsächlich, dass damit die Meinung inkriminiert wird, die sich kritisch gegenüber der EU – die, wenn die EU begeistert befürwortet wird, das nicht tut. Ich meine allerdings, dass, ähnlich wie im Urteil des Bundesverfassungsgerichts, hier ein Fall gegeben

sein könnte, wo man sagt, wegen der engen Verbindung über Art. 23 GG zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der EU könnte man hier eine solche spezifische Meinungsäußerung auch verfassungskonform verbieten.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Professor Weigend, vielen Dank. Frau Samour, Sie haben die Fragen von Herrn Straetmanns zu beantworten.

SVe **Nadija Samour**: Ja, vielen Dank. Ich möchte gleich auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die Grenzen der Meinungsfreiheit eingehen. Es hat sich zunächst in den Instanzen eine Kasuistik entwickelt, die, meine ich, keine klare Systematik aufweist. Also, man kann nicht wirklich unterscheiden, was ist noch von der Meinungsfreiheit gedeckt, und was ist schon gemäß § 90a StGB kriminalisiert. Und das ist auch zu befürchten, wenn der § 90c StGB-E eingeführt werden sollte. Wenn man sich aber das Bundesverfassungsgericht anschaut, dann stellt man fest, dass zunächst, mit Wiedereinführung des politischen Strafrechts nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges, das zunächst sehr weit gefasst worden ist, bestimmte Tathandlungen und eben die Strafbarkeit nach § 90a StGB sehr weit gezogen worden sind, und dass mit der Zeit, insbesondere ab den 70ern, der Grundrechtsschutz Vorrang erhalten hat. Und das sagt eben auch das Bundesverfassungsgericht in zwei ganz wesentlichen Entscheidungen, 2008 und 2011, wonach in öffentlichen Angelegenheiten die Vermutung zugunsten der freien Rede gilt. Und im Hinblick auf die Verunglimpfungstatbestände sagt das Bundesverfassungsgericht auch, dass das Grundgesetz zwar auf der Erwartung aufbaut, dass die Bürger sich den allgemeinen Werten verpflichtet fühlen, aber keine Werteloyalität erzwingt. Und was macht dann das Bundesverfassungsgericht daraus? An den Inhalt der Meinung darf nicht angeknüpft werden, sondern an die konkrete Art und Weise der Meinungsäußerung selbst. Und das ist zwar richtig, aber auch nicht unbedingt ein guter Abgrenzungsmaßstab. Ich möchte da eine Bundesverfassungsgerichtsentscheidung von 1990 in Erinnerung rufen, wo meines Erachtens auch die konkrete Art und Weise Besorgnis hervorgerufen hat, nämlich das Urinieren auf die Flagge der Bundesrepublik Deutschland. Aber auch hier hat das Bundesverfassungsgericht gesagt, das ist geschützt nach den Grundrechten, und der Strafrechtschutz muss da zurücktreten. Also auch die konkrete Art und Weise, die ja immer unterstrichen wird – dass eben die der ausschlaggebende Punkt ist – ist auch nicht immer ein gutes Abgrenzungskriterium. Und im Hinblick auf die – meiner Meinung nach – nicht ganz durchschaubare Kasuistik, die entstanden ist, sollte nicht allzu viel auf die Rechtsprechung abgewälzt werden.

Abg. **Friedrich Straetmanns** (DIE LINKE.): Und der Fall, den ich geschildert habe?

SVe **Nadija Samour**: Ja, das ist eine gute Frage. Vielleicht wäre das eine Frage der subjektiven Tatseite, was da genau vom Vorsatz erfasst wäre, im Hinblick auf die Tathandlung.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Frau Samour, vielen Dank. Der Nächste ist Herr Lohse, der hat eine Frage von Herrn Dr. Brunner.

SV **Kai Lohse**: Sie haben nach der Ermächtigung gefragt, nach dieser spezifischen Ermächtigung, die es bisher gegeben hat. Ermächtigungen sind immer in gewisser Weise ein Fremdkörper im Strafgesetzbuch und in der Strafverfolgung, weil sie die sonst dem Legalitätsprinzip verpflichtete Staatsanwaltschaft abhängig machen von einer anderen Prüfung. Von da her ist das konsequent, wenn man hier jetzt auf die Ermächtigung verzichtet. Und das lässt sich mit der Betonung der Pflege der auswärtigen Beziehungen auch sehr gut begründen. Das bedeutet im Übrigen nicht, dass damit unbedingt eine veränderte Prüfung stattfinden muss, denn das Strafprozessrecht gibt den Staatsanwaltschaften selbstverständlich über die Opportunitätsvorschriften weitreichende Möglichkeiten, nicht strafwürdige Fälle im Einzelfall einzustellen, so dass wir da insoweit – aus meiner Sicht – eine Verbesserung der Situation erzielen auf diese Art und Weise.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Danke schön, Herr Lohse. Herr Professor Klesczewski, Sie haben Fragen von Frau Bayram und von Herrn Jacobi gestellt bekommen.

SV **Prof. Dr. Diethelm Klesczewski**: Ja, danke schön. Ich beginne mit der ersten Frage von Frau Bayram. Die Frage war, inwiefern ein strafrechtlicher Schutz von Symbolen der Bundesrepublik beziehungsweise der Europäischen Union gegen

Verunglimpfung durch ein Rechtsgut begründet ist. Wie ich ausgeführt habe, sozusagen ebenfalls nach der Dogmatik zu § 90a StGB: Das Rechtsgut an sich ist der Bestand der Bundesrepublik Deutschland, auch im Sinne einer bestimmten verfassungsrechtlichen Identität, die nach Art. 79 Nr. 3 GG ja änderungsfest ist. Und insofern ist das Rechtsgut des Ansehens ein vorgelagertes sogenanntes Zwischenrechtsgut. Und es kommt jetzt hier – und das, finde ich, muss man besonders betonen, um die Besonderheit dieser Tatbestände zu erfassen – darauf an, dass es sich um kommunikative Vorgänge handelt. Da könnte man jetzt sagen: na ja, das ist ja alles schnell gesprochen, Schall und Rauch. So ist es aber nicht. Jedenfalls in einer demokratischen Ordnung ist es so, dass sich politische Meinungs- und Willensbildung gerade über Kommunikation – freie Kommunikation natürlich, aber auch kontroverse Kommunikation – entwickelt, und dass sich darin letztendlich auch das Ansehen eines Staates und einer superstaatlichen Einrichtung wie der EU spiegelt und bildet. Das bedeutet aber zum einen, dass bestimmte Handlungen, die offensichtlich, beziehungsweise ihrer Intention nach, darauf zielen, dieses Gemeinwesen, das auf politische Teilhabe aller zielt, infrage zu stellen, in besonderer Weise das Ansehen und damit auch ein Stück weit den Bestand dieses Gemeinwesen infrage stellen können. Nun ist es aber so, dass der konkrete Bezug in der Handlung selbst vorhanden sein muss, damit man von Strafbarkeit sprechen kann. Deswegen bin ich der Auffassung, man sollte diesen Bezug auch ausdrücklich aufnehmen, und das gilt natürlich dann auch für den § 90c StGB-E. Dann sehe ich auch keine Probleme, zu sagen, dass es nicht bloß um das Verbot einer Meinung geht, sondern dann geht es eben auch um den Frieden in unserer Gesellschaft. Dies zum einen. Die Alternative, die sich auftut, ist die Regelung im Ordnungswidrigkeitenrecht. Die Möglichkeit, hier unabhängig von einer konkreten Rechtsgutsbetroffenheit bestimmte Standards zu setzen, die wir benötigen, um die demokratische und freie politische Willensbildung aller sicherzustellen, und die im Ernstfall auch auf stabiler Grundlage von der Polizei durchgesetzt werden können muss. Vielen Dank.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Herr Klesczewski, vielen Dank. Der Nächste ist Herr Professor Heger, der hat eine Frage von Herrn Dr. Brunner zu beantworten.

SV **Prof. Dr. Martin Heger**: Ja, vielen Dank. Sie haben ja aufgeworfen, dass der Hauptsinn – glaube ich –, wieso wir hier sind, das Verbrennen von Fahnen ist. Das muss man sich vor Augen halten. Es geht nicht darum, dass jemand irgendwie einen Faden aus einer schön genähten Fahne herauszieht, auch wenn das vielleicht am Ende irgendwo ein Beschädigen ist. Mir wäre es auch lieber, wir könnten das alles soweit eindampfen, auf diese wenigen Fälle, die ein besonders plakatives, beim Verbrennen ein besonders vernichtendes Verhalten an den Tag legen. Ich sehe nur gewisse Probleme, das zu machen. Vor dem Hintergrund denke ich aber, dass es zumindest sehr gut rechtfertigbar ist, dass man das Vernichten von Flaggen auch im Strafrecht und nicht bloß als Ordnungswidrigkeit regelt. Ich will nicht ausschließen, dass der Gesetzgeber einen Spielraum hat. Er könnte es als Ordnungswidrigkeit regeln. Er hat es bislang zum Teil gar nicht geregelt. Das ist auch kein verfassungswidriger Zustand, man könnte auch dabei bleiben. Warum bin ich aber dafür? Insbesondere das öffentliche Verbrennen ist zumindest in Deutschland – das wissen wir – ein Ausdruck, der auf die Vernichtung des dahinterstehenden Subjekts zielt. Das wissen wir hier ganz genau. Wer ein Buch verbrennt, will nicht bloß, dass das Buch verschwindet. Das ist völlig klar. Der zielt auch nicht nur auf den Inhalt des Buches; oftmals zielt er auf den Autor des Buches. Und vor dem Hintergrund erscheint es mir so, dass dieses Bild, das Verbrennen, insbesondere der Fahne – das waren Ihre beiden Beispiele, das, was wir alle leider kürzlich erleben mussten, Herr Luczak hat ja auch daran erinnert –, dass es hier um das Existenzrecht als solches geht. Dass einem Staat, einem im Prinzip in souveräner Gleichheit in der Staatengemeinschaft stehenden Staat, das Existenzrecht gänzlich oder weitgehend in Abrede gestellt wird. Das ist vielleicht eine Meinung, die man irgendwo äußern kann, die doch aber hier in fundamentaler Weise durch das Verbrennen symbolisiert wird. Deshalb – denke ich – sollte man hier ein Minimum an Gleichheit mit den eigenen Staatssymbolen haben. Das heißt, wenn wir sagen, wir wollen nicht, dass für die Bundesrepublik der Bestand, auch der symbolische Bestand, dadurch gefährdet wird, dass mit Fahnen

Schindluder dieser Art getrieben wird, dann erscheint es mir richtig, letztlich zu fragen: Wollen wir es dann mit anderen Staaten? Und da würde ich sehr dafür plädieren, dass auch das Strafrecht, das Strafgesetz, in gewisser Hinsicht kohärent sein sollte. Das heißt, wenn es in einem Fall sagt, wir wollen das strafbar machen, dann sollte es das auch im anderen Fall machen. Und das bestimmt dann auch ein bisschen das Ultima-Ratio-Prinzip. Wenn man sagt, das ist eine Ordnungswidrigkeit, dann kann man konsequent sagen, alles ist Ordnungswidrigkeit in dem Bereich. Dann kann man es dort machen, dann hat man ein Strafgesetz, das eben noch Mord und Totschlag und vielleicht noch zwei, drei andere Delikte regelt. Das kann man wünschenswert finden. Aber ich persönlich tendiere dazu, dass ich die Entwicklungen der letzten Jahre eigentlich gut finde. Ich finde zum Beispiel die Einführung von § 130 Abs. 4 StGB gut, obwohl es ganz wenige Fälle gibt, weil ich finde, dass sich hier gezeigt hat, dass das Strafgesetzbuch bis zu einem gewissen Grade die Werte, die hinter der Bundesrepublik stehen, die das Bundesverfassungsgericht ja dann auch mit einem Minimum an Antifaschismus ausgedrückt hat, bestärkt. Insofern halte ich es für richtig, jedenfalls wenn wir beginnen, die Flagge zu schützen – und sei es unsere eigene – dass wir dann im Strafgesetzbuch und nicht im Ordnungswidrigkeitenrecht auch die anderen schützen. Zweites Argument, es wurde § 103 StGB und dessen Streichung angeführt. Wenn Sie meine Stellungnahme gelesen haben – ich sehe das genau umgekehrt. Die Streichung des § 103 StGB erlaubt es ja gerade, Staatsführer besonders gut kritisieren zu können, besser, und erlaubt damit eine Differenzierung: die Kritik der Politik eines Staates, die natürlich durch seine Staatsführung gemacht wird, von der drohenden Existenzvernichtung des Staates durch Verbrennen seiner Symbole abzugrenzen. Insofern wäre ich dafür, das strafrechtlich zu regeln.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Herr Heger, vielen Dank. Herr Franck, Sie haben Fragen gestellt bekommen vom Herrn Dr. Ullrich und vom Herrn Dr. Luczak.

SV **Andreas Franck**: Sie hatten die Frage angeführt, Herr Dr. Ullrich, was macht man denn, wenn einer kommt und sich dahingehend einlässt: Na ja, ich wollte ja gar nicht die Flagge der EU verbrennen, sondern die des Europarates. In der Tat eine praktische Frage, so würde das vielleicht kommen von Verteidigungsseite. Zum einen muss man sagen: kann man glauben, muss man nicht glauben. Das ist der eine Punkt. Sie haben völlig Recht, man wird alle Indizien sammeln müssen, die Auskunft darüber geben, was wollte der denn wirklich? Und wenn der an einer Demonstration teilnimmt, gegen irgendeine Richtlinie, die gerade von der EU auf den Weg gebracht wurde, dann ist es vielleicht aus dem Zusammenhang schwierig, ihm glauben zu können, er hat den Europarat gemeint. Das ist also eine Frage der praktischen Anwendbarkeit. Aber solche Probleme können natürlich kommen, wie immer bei bestimmten Verteidigungsverhalten eines Verdächtigen oder Beschuldigten. Ihr Beispiel ist aber auch ein Argument – nach meinem Dafürhalten – gegen eine subjektive Einschränkung des Tatbestandes. Denn tatsächlich wird ein Straftatbestand, sei es jetzt der § 90c oder der § 104 StGB, praktisch weniger schnittig anwendbar, je mehr Hürden ich aufbaue. Und wenn ich einem späteren Beschuldigten schon durch den Gesetzeswortlaut in die Kladde diktiere, wie der sich einlassen könnte, nämlich: na, ich wollte ja gar nicht verunglimpfen, ich habe ja gar nicht die EU gemeint, sondern den Europarat – dann wird so ein Straftatbestand immer schwerer anwendbar. Und ich halte das für problematisch, weil ich letzten Endes der Meinung bin, dass man bei einem so hohen Rechtsgut – das ich für sehr schützenswert halte – die Hürden für eine Anwendbarkeit des Straftatbestandes nicht unnötig in die Höhe schrauben sollte. Wir, alle Staatsanwälte, haben natürlich die Möglichkeit, abzuwägen. Herr Dr. Lohse hatte die Frage der Opportunität angesprochen. Wenn wir also sehen, dass etwas hier nicht mit größter Absicht der Verunglimpfung oder des beschimpfenden Unfuges – wie es im Gesetz heißt – betrieben wurde, dann können wir auch sagen, die Sache ist geringfügig und wird wegen geringer Schuld eingestellt. Und wir haben natürlich neben all dem immer auch die Möglichkeit, respektive die Verpflichtung – weil wir auf der Grundlage des Grundgesetzes stehen –, das immer von der Meinungsfreiheit abzugrenzen und abzuwägen, so dass eine Einschränkung in subjektiver Hinsicht nach meinem Dafürhalten nicht erforderlich ist. Was Ihre Frage betrifft, wie kann man sich

vorstellen, dass eine rein instrumentell gehaltene Hymne – wie kann man die verunglimpfen? In der Tat bedarf es einer gewissen Fantasie. Der bekannte Strafverteidiger Rolf Bossi hat mal gesagt: Es gibt nichts, was es nicht gibt. Also, potenzielle Straftäter werden einen Weg finden, die europäische Hymne zu verunglimpfen, auch wenn sie eine instrumentelle ist. Als lapidares Beispiel, was einem einfallen könnte, wenn man sich vorstellen will, wie könnte man das ohne Text verunglimpfen: Ich stelle mir etwa einen Chor in SS-Uniform vor, der die europäische Hymne summt.

Herr Dr. Luczak, zu Ihrer Frage. In der Tat, die Schutzgüter sind unterschiedlich bei § 90c StGB-E und bei § 104 StGB. Bei § 90c StGB-E respektive § 90a StGB ist es eher die Existenz und der Bestand der Bundesrepublik, respektive der EU. Ich könnte mir aber vorstellen, dass man das durchaus in Ihrem Sinne übersetzen könnte als das Gefühl der Gemeinschaft. Auch das ist ja ein Ausfluss der Existenz eines Völkerrechtssubjektes, das Gemeinschaftsgefühl aller Einwohner. Ihre Frage: eingrenzen, ausweiten einerseits, bei der Flagge, wie geht man damit um, wenn etwa bei der amerikanischen Flagge ein Stern fehlt? Ich bin in der Tat der Meinung, dass das, was in den Ausführungen zu § 104 StGB steht, dass die ähnliche Flagge mitgedacht sei. Ich glaube, das wäre auch sinnvoll für die spätere praktische Anwendung, das ausdrücklich zu formulieren. Und die Frage, wie man vermeidet, dass der Tatbestand dann ausufert, weil jemand ein weißes Schild mit zwei Strichen hat und dann mit einem Fuß im Gefängnis steht. Hier wäre zu überlegen, ob man die Formulierung aus § 86a StGB übernimmt, nämlich das „zum Verwechseln ähnlich“. Das heißt also, nicht jedes malerische Fantasieprodukt, das irgendwie an eine Flagge erinnert, wäre dann geschützt, sondern tatsächlich nur eine solche Flagge, die der Originalflagge zum Verwechseln ähnlich ist, wodurch man den fehlenden Stern ohne Weiteres auch argumentativ hinbekäme.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Danke schön, Herr Franck. Der Letzte ist Professor Eisele. Herr Eisele, Sie haben sogar drei Kollegen zu bedienen, nämlich den Herrn Jung, Herrn Dr. Ullrich und Herrn Dr. Luczak.

SV **Prof. Dr. Jörg Eisele**: Gut, ich glaube, ich kann manche Dinge zusammenfassen. Zunächst als Ausgangspunkt die Frage von Herrn Jung: Ist also die nordkoreanische Flagge eines Sportlers besser geschützt als die deutsche Flagge, wenn ein Sportler die beschädigt? Das wäre nach der vorgesehenen Fassung tatsächlich so, weil eben jedes Beschädigen einer ausländischen Flagge erfasst wird. Bei der deutschen Flagge nur, wenn sie verunglimpft wird. Und das führt mich noch mal zu meinem Vorschlag, dass ich den vorgesehenen Tatbestand ergänzen würde. Beschädigen, zerstören und dadurch verunglimpfen, das hielte ich für vorzugwürdig gegenüber einer rein subjektiven Fassung. Auf die Schwierigkeiten hat Herr Franck ja hingewiesen, dass man dann gewisse Beweisschwierigkeiten hat, wobei nicht zu verkennen ist, dass das Verunglimpfen natürlich auch von der subjektiven Intention mit getragen ist. Aber hinsichtlich des Verunglimpfens könnte man auf die Rechtsprechung zu § 90a StGB und der deutschen Flagge zurückgreifen. Und da möchte ich auch Frau Samour widersprechen. Das Bundesverfassungsgericht hat ja deutlich gemacht – das haben Sie auch gesagt –, dass die Meinungsfreiheit zu berücksichtigen ist. Und das könnte man natürlich sowohl im Rahmen des § 90c StGB-E, der an § 90a StGB angelehnt ist, als auch bei § 104 StGB – wenn man das Verunglimpfen aufnimmt, wäre eine entsprechende Auslegung möglich. Damit wären auch Handlungen im Zusammenhang mit dem Sport auszuscheiden, weil es da um Emotionen beim Sport geht und nicht um das Verunglimpfen. Und natürlich ist das immer eine Auslegungsfrage im Rahmen der Meinungsfreiheit. Das ist aber bei allen diesen Tatbeständen keine Besonderheit. Dann war von Herrn Ullrich die Auslegungsfrage, Flagge: Union oder Europarat? Da würden sich natürlich ähnliche Fragen stellen, es geht um das Merkmal des Verunglimpfens, und da ist die Frage – auch das hat Herr Franck gesagt, das mag im Einzelfall Beweisprobleme geben: Richtet sich die Handlung gegen die Europäische Union oder nicht? Das hat man aber bei der Flagge, bei der Verunglimpfung der Flagge der Bundesrepublik in anderen Zusammenhängen auch. Da kommt es auf die Tatsituation an, und da wird man aus den Abgrenzungsschwierigkeiten letztlich nicht herauskommen. Zur Verunglimpfung der Hymne: Ob man die Hymne schützt oder nicht, ist eine

politische Frage. Aber man kann natürlich die Hymne verunglimpfen, indem man einfach einen Text hinzufügt. Das kann man natürlich machen und so die Hymne der EU verunglimpfen durch Hinzufügen eines Textes. Das wäre der einfachste Fall, der sich denken ließe. Dann war die Frage: Wie sieht es aus mit ähnlichen Flaggen? Bei den ähnlichen Flaggen, das hatte ich schon bei meinem Eingangsstatement gesagt – Herr Franck hat ja auch darauf hingewiesen –ist es so, dass man eine Sonderregelung schaffen müsste, wie wir es in einem anderen Zusammenhang kennen, § 124 OWiG. Demnach handelt ordnungswidrig, wer die Dienstflagge des Bundes benutzt. Da stellen sich ähnliche Fragen – Absatz 2 sagt, den in Absatz 1 genannten Flaggen stehen solche gleich, die ihnen zum Verwechseln ähnlich sind – was im Einzelfall darunterfällt. Man sagt, es müsse der Anschein des Originals erweckt und der Symbolgehalt wiedergegeben werden. Bei § 86a StGB beim Verwenden von Kennzeichen, Fahnen von verfassungswidrigen Organisationen ist das entsprechend geregelt, auf die Grundsätze könnte man zurückgreifen. Und dann die Frage von Herrn Luczak: Die Frage des Schutzgutes öffentlicher Friede. Das würde ich auch so sehen. Das spielt bei der deutschen Fahne, bei der EU-Fahne, aber auch bei ausländischen Fahnen zumindest mittelbar eine Rolle. Wenn man eine multikulturelle Gesellschaft mit unterschiedlichen Bevölkerungsgruppen hat, kann natürlich auch das Verbrennen einer ausländischen Fahne den öffentlichen Frieden beeinträchtigen. Hinsichtlich § 104 StGB muss man natürlich schauen, wie das dann in den Kontext passt. Dafür spricht, dass die Gegenseitigkeit beseitigt wird, dass es darauf gerade nicht ankommt. Ein letzter dogmatischer Haken ist aber das Strafverlangen des ausländischen Staates, der letztlich nicht über unseren inneren Frieden entscheiden würde. Aber zumindest mittelbar, würde ich sagen, spielt das auch eine Rolle. So viel zu den Fragen.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Vielen Dank, Herr Professor Eisele. So, meine Damen und Herren, wir können nun die zweite Fragerunde starten. Bisher liegen zwei Wortmeldungen vor, von Frau Bayram und von Herrn Müller. Ich weise darauf hin, dass wir noch knapp 30 Minuten Zeit hätten, die aber nicht ausnutzen müssen. Frau Bayram, bitte.

Abg. **Canan Bayram** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich habe eine Frage an Herrn Heger. Und zwar wurde ja ausgeführt, dass es auch um den Frieden in der Gesellschaft geht, dass das Ziel dieser Verbotsnormen sein soll. Und dann würde sich die Frage stellen: Wo ist da die Grenze? Reicht es aus, die Flaggen ausländischer Staaten zu schützen, oder müsste vielleicht auch das Staatswappen mit erfasst sein? Insbesondere mit Blick auf die israelische Flagge würde sich die Frage stellen, ob nicht neben dem Davidstern auch das Verbrennen des israelischen Staatswappens – das den siebenarmigen Leuchter zeigt – unter Strafe gestellt werden müsste. Was meinen Sie dazu? Und die weitere Frage an Herrn Heger wäre: Angesichts der Grundrechtssensibilität von Meinungskundgaben und künstlerischen Aktivitäten – halten Sie in diesem Zusammenhang die Verwendung von Tatbestandsmerkmalen wie verunglimpfen oder das Verüben beschimpfenden Unfugs im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot für vertretbar beziehungsweise für hinreichend bestimmt? Auch mit Blick auf die Praktikabilität für die jeweils zuständigen Versammlungsbehörden, Versammlungsleiter, Polizei?

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Danke schön, Frau Bayram. Herr Müller, bitte.

Abg. **Carsten Müller (Braunschweig)** (CDU/CSU): Ja, Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, sehr geehrte Sachverständige. Erst mal vielen Dank für die bisherigen Auskünfte. Sie erleben hier eine doch ganz offene, muntere Diskussion. Ich habe eine Frage an Herrn Professor Eisele und an Herrn Franck. Sie sehen ja doch eine gewisse Schwierigkeit bei der Frage, wie wir objektiv die Dinge eingrenzen können, und – ich sag das mal mit Blick auf die Hymne – ich will nicht schlechte Musikanten bestraft wissen. Aber wie können wir es sonst griffig kriegen? Und ich will jetzt auch nicht in die Begrifflichkeiten der Flaggenkunde einsteigen. Das ging auch so ein bisschen hin und her, und deswegen – wir unterhalten uns über Flaggen und nicht nur über Fahnen und auch nicht Wimpel und Standarten und, und, und. Gibt es eine entsprechende Rechtsprechung zur Verunglimpfung – das finde ich ein wichtiges Momentum – der deutschen Flagge. Was ist es denn eigentlich? Ist es beispielsweise eine fotografische Abbildung, die man hochhält, oder

ein Bild. Und wenn es eine Abbildung ist, muss das eine gewisse Erkennbarkeit haben, und auf welche Distanz? Wie kriegt man – und das ist meine Frage – nach Ihren Ideen den objektiven Tatbestand sorgfältig abgegrenzt? Und dann, besonders an Herrn Franck: Wenn Sie eine Prognose abgeben, welche Verfolgungswahrscheinlichkeit sehen Sie dann eigentlich? Und sehen Sie die Kapazitäten bei den Strafverfolgungsbehörden gegeben, sozusagen Sterne bei der einen oder anderen nachzufassen, zu gucken, ob der Farbton so in etwa das Richtige trifft? Welche tatsächlichen Probleme sehen Sie, oder sehen Sie keine Probleme insofern?

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Danke schön, Herr Müller. Der Nächste ist Herr Dr. Martens.

Abg. **Dr. Jürgen Martens** (FDP): Meine Frage an die Herren Professoren Klesczewski und Weigend. Wenn ich jetzt sage, ich bin Gesetzgeber und gucke mir die Justizstatistik an und kann in den letzten 20 Jahren nicht eine einzige Verurteilung nach § 90a StGB zu einer Freiheitsstrafe feststellen – jedenfalls mal so als Prämisse vorausgeschickt –, muss ich dann nicht ernsthaft in mich gehen und sagen, ist es dann überhaupt Ultima-Ratio-mäßig, ist es dann überhaupt sachgerecht, hier eine weitere Ausdehnung des Strafrechts zu machen? Kann ich es dann als Gesetzgeber eigentlich sehenden Auges und guten Gewissens verantworten, diesen Strafbarkeitsbereich noch auszuweiten, eben im Blick auf den § 90c StGB-E, wenn schon der § 90a StGB nicht benutzt worden ist.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Dr. Martens, vielen Dank. Herr Straetmanns, bitte.

Abg. **Friedrich Straetmanns** (DIE LINKE.): Ich habe eine Frage an Frau Samour und eine Frage an Professor Weigend. An Frau Samour möchte ich gerne folgende Frage richten: Es ist hier die Verrohung der Debatte angesprochen worden, die auch über solche Vorschriften eingefangen und wieder auf ein vernünftiges sprachliches und würdigendes Maß zurückgeführt werden soll. Halten Sie es da für gerechtfertigt, mit dem Strafrecht zu operieren, und sehen Sie da am Ende auch bei der Verunglimpfung, die wir gerade zuletzt noch angesprochen haben, ein Definitionsproblem und Abgrenzungsprobleme zur künstlerischen Freiheit und Meinungsfreiheit? Und an Sie, Professor Weigend, würde ich gerne die Frage richten: Wir haben ja jetzt immer sehr auf Deutschland geschaut. Wissen Sie, ob eine überwiegende Zahl von europäischen Ländern vergleichbare Normen hat? Oder kennen Sie die Debatte darum, warum eventuell dort keine solchen Normen existieren? Danke.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Danke schön, Herr Straetmanns. Der Nächste ist Herr Dr. Ullrich.

Abg. **Dr. Volker Ullrich** (CDU/CSU): Ich wollte nochmal, Herr Vorsitzender, nachfragen, zu der Abgrenzungsfrage, weil das für das Strafrecht nicht völlig unerheblich ist. Also, die Grenze der Strafbarkeit ist der äußerste Wortsinn. Und entscheidend ist auch die Parallelwertung in der Laiensphäre für die Frage des subjektiven Tatbestandes. Nun ist der Wortsinn von Flagge der Europäischen Union klar, das ergibt sich aus dem EU-Vertrag und aus den entsprechenden Institutionen. Wäre aus Ihrer Sicht jemand, der die blaue Flagge mit dem gelben Sternenkranz verbrennt, weil er gegen Europa ist – ist das jetzt noch vom Tatbestand umfasst oder nicht? Das wäre meine erste Frage, noch mal an Sie, Herr Professor Eisele. Und die zweite Frage bezieht sich auf die Strafbarkeit bei dem Verunglimpfen der ausländischen Flaggen. Da gibt es ja viele bekannte Flaggen subnationaler Einheiten, deren Verunglimpfung nicht strafbar wäre – ich sage jetzt mal, die Flagge des Bundestaates Texas beispielsweise – während es bei Flaggen völlig unbekannter Staaten strafbar wäre. Sehen Sie da im Hinblick auf subnationale Flaggen und Flaggen internationaler Organisationen noch eine Strafbarkeitslücke? Das würde ich gern Professor Heger fragen.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Vielen Dank, damit sind alle Fragewünsche in der zweiten Runde erledigt und ich darf Herrn Professor Eisele bitten, die Fragen der Herren Müller und Dr. Ullrich zu beantworten.

SV **Prof. Dr. Jörg Eisele**: Ja, die erste Frage von Herrn Müller zum Verunglimpfen, was wird denn erfasst? Ich hatte mich auch lange damit beschäftigt, was ist eigentlich die Flagge? Muss es eine echte, gehisste Flagge sein, auf Tuch? Und so weiter. Das Bundesverfassungsgericht geht relativ weit und schützt nicht nur Flaggen im engeren

Sinne, sondern versteht unter einer Flagge auch Fahnen. Wobei bei der deutschen Flagge das letztlich nicht so entscheidend ist, weil der Tatbestand relativ weit ist, da sind ja auch die Farben mitgeschützt, so dass man oft auf die Farben zurückgreifen kann, wenn man auch die Rechtsprechung anschaut. Aber ein Beispiel ist etwa: Fotos werden erfasst nach Bundesverfassungsgericht. Eine der zentralen Entscheidungen war, die Deutschlandfahne ausgebreitet und eine gehisste Deutschlandflagge auf dem Foto zu erkennen – es war eine Collage, wo dann auf die deutsche Flagge uriniert wurde. Gegenstand des Strafverfahrens war eben diese Fotoabbildung eines Buches. Und das wurde letztlich unter § 90a StGB mit erfasst. Insgesamt geht man von einem sehr weiten Flaggenbegriff aus, so dass etwa auch vertreten wird, dass auch selbstgemalte Flaggen, die original sind, selbst bedruckt, unter den Flaggenbegriff fallen. Und da würde natürlich für die EU-Flagge und für ausländische Flaggen konsequenterweise nichts anderes gelten können. Das Bundesverfassungsgericht fängt dies aber durch die Interpretation des Merkmals „Verunglimpfen“ wieder ein, indem das dann verfassungskonform eng, unter Berücksichtigung der Meinungs- und Kunstfreiheit, interpretiert wird. Und deshalb auch mein Plädoyer, bei ausländischen Fahnen das Verunglimpfen mit hineinzubekommen, um das Ganze aufzufangen. Natürlich stellt sich die Frage, Herr Ullrich, was ist dann letztlich das Verunglimpfen? Das ist aber nicht anders als bei der Beleidigung; letztlich bleibt es eine Abwägungsfrage. Das Verbrennen der deutschen Flagge wird aber im Regelfall per se als Verunglimpfen angesehen, weil damit der Bundesrepublik Deutschland die Existenz abgesprochen wird. Das müsste man dann parallel auch für die EU-Flagge und für ausländische Flaggen so sehen. Aber nicht jedes Beschädigen oder Zerstören ist ein Verunglimpfen. Das scheint mir der Punkt zu sein, und dort müsste auch für eine Tatbestandsfassung die Zäsur zu sehen sein. Im Übrigen sieht das Bundesverfassungsgericht entsprechende Tatbestände auch als verfassungsgemäß an und hat keine Zweifel am Bestimmtheitsgebot, weil eine restriktive Auslegung möglich ist. Die letzte Frage war – die subnationalen Flaggen. Man kann das natürlich immer ins Unendliche treiben. Da würde ich aber auch sagen, man sollte sich auf den Kernbereich begrenzen. Ähnliche Fragen mit Rotem Kreuz, Vereinten Nationen wurden ja schon diskutiert. Da müsste man aber auch noch mal über die Schutzgüter nachdenken. Da wäre aus meiner Sicht tatsächlich das Strafrecht als Ultima Ratio dann auch überfordert.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Professor Eisele, vielen Dank. Herr Franck auf die Frage von Herrn Müller, bitte.

SV **Andreas Franck**: Natürlich kann ich mich auf vieles beziehen, Herr Müller, was Herr Professor Eisele bereits gesagt hat. Das Tatbestandsmerkmal des Verunglimpfens in § 90a StGB ist bereits durch viel Rechtsprechung definiert worden, worauf man sich dann auch bei § 90c StGB beziehen könnte – insbesondere auch Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Ihre Frage ging auch dahin, wie man objektiv eingrenzen kann. Das Merkmal der Öffentlichkeit ist etwa ein Eingrenzungsmerkmal, das wir aus § 86a StGB kennen – Verwenden von Kennzeichen verbotener verfassungswidriger Organisationen. Viele Dinge, die auf den ersten Blick strafwürdig erscheinen, fallen dadurch durch das Raster, weil Dinge, die im Zwei- oder Drei-Personenverhältnis geäußert werden, getan werden, nicht öffentlich sind. Viele Dinge, die etwa im Klassenverband getan werden, sind nicht öffentlich. Das heißt, das Merkmal der Öffentlichkeit ist eine Eingrenzung, eine Einhegung dieses Tatbestandes, und – worauf Sie und auch Professor Eisele Bezug nahmen – immer wieder auch der Umstand, dass wir als Staatsanwälte auf dem Boden des Grundgesetzes stehen. Ich will Ihnen nur ein Beispiel nennen, wo wir mal in einem praktischen Fall gesagt haben: Nein, das ist selbstverständlich Meinungsfreiheit, da hat der Staatsanwalt nichts zu suchen! Nach einem Anschlag auf deutsche Touristen in der Türkei wurde in München eine Fahne gezeigt, öffentlich gezeigt, und zwar eine Deutschlandfahne, die stilistisch und grafisch verschwamm mit einem Halbmond. Und da hatte jemand Anzeige erstattet und gesagt: Mensch, das ist doch eine Verunglimpfung der deutschen Fahne. Und da gehen wir also nach dem Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts vor und stellen die Frage – weil ja hier auch eine Meinung kundgetan werden könnte: Welchen Bedeutungsgehalt hat denn diese deutsche Fahne mit einem Halbmond? Und wir

kamen natürlich zu dem Ergebnis, dass hier eine mögliche und naheliegende Deutungsmöglichkeit ist, dass es einfach ein Ausdruck der Anteilnahme für die auf türkischem Boden gestorbenen deutschen Touristen ist. Diese Deutung ist völlig unproblematisch, und daher war der Straftatbestand zu verneinen. Mit anderen Worten: Die Rechtsprechung, die Tatbestandsmerkmale der Öffentlichkeit, die strenge und enge Abwägung mit dem Grundrecht der Meinungsfreiheit bieten schon Gewähr dafür, dass dieser Tatbestand nicht ausufernd angewandt wird. Zu Ihrer weiteren Frage nach der Verfolgungswahrscheinlichkeit: Wenn ich mir die Ermittlungsverfahren in Sachen § 90a StGB, also deutsche Fahne, angucke – das waren nicht viele in den vier Jahren, 17 gerade einmal für die Staatsanwaltschaft München. Man kann vor dem Hintergrund die Prognose wagen, dass es bei der Fahne der Europäischen Union nicht furchtbar viel mehr werden. Nichtsdestotrotz bin ich der Meinung, dass allein die erwartbar geringe Zahl von Ermittlungsverfahren, die mutmaßlich eingeleitet werden, kein Grund dafür sein kann, einen Schutz, der hier lückenhaft ist, im Strafgesetz noch fehlt, zu verweigern.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Herr Franck, vielen Dank. Herr Professor Heger, Sie hatten Fragen gestellt bekommen von Frau Bayram und von Herrn Dr. Ullrich.

SV **Prof. Dr. Martin Heger**: Ja, vielen Dank. Zunächst zu der Frage, ob das mit Flaggen vielleicht am Ende zu eng ist, insbesondere mit Blick auf Israel, ob man auch das Wappen etc. schützen sollte. Vielleicht spielt das darauf an, dass in meiner schriftlichen Stellungnahme ein Beitrag von mir erwähnt ist, der die Diktion hatte, eher zu überlegen, ob man nicht die israelische Fahne speziell schützen soll, anders als andere Fahnen, so wie die deutsche Fahne. Das war die Frage, die ich mir anlässlich eines Vortrages gestellt habe. Und vor dem Hintergrund – würde man es so machen, dann, würde ich sagen, müsste man tatsächlich alles erfassen, das Wappen etc. Dann wäre das richtig. Ich muss aber ganz ehrlich sagen, ich denke schon, dass auch gute Gründe dafür sprechen, dass man die israelische Flagge wie die anderen Staatsflaggen ausländischer Staaten behandelt. Und dann wäre es doch eine sehr weitgehende Ausweitung, wenn man sagen würde, das könnten auch alle Wappen sein. Da hätte ich etwas Bedenken, das mitzutragen. Es hängt also ein bisschen an dieser Weichenstellung, ob man – aber ich kann verstehen, das ist immer schwierig im Strafgesetzbuch, bestimmte Flaggen zu schützen. Leichter ist die deutsche Flagge zu schützen, vielleicht die EU-Flagge. Aber jetzt noch weitere Länder abzugrenzen – welche? Das ist schwierig, und daraus folgt auch, dass ich dann doch sagen würde, das Wappen kann man in dieser Logik wohl nicht sinnvoll schützen. Auch wenn ich es persönlich in dem damaligen Vortrag durchaus für bedenkenswert erachtet hatte. Sie haben jetzt mit Recht noch die Grundrechtssensibilität angesprochen und gesagt, Worte wie verunglimpfen, beschimpfen, Unfug und so weiter – die sind erst mal relativ unbestimmt. Jetzt müssen wir aber sagen, wie sieht es generell aus in den Aussagedelikten und Meinungsdelikten? Wenn Sie die Beleidigung nehmen – den klassischen Tatbestand – der hat überhaupt kein Tatbestandsmerkmal. Da steht mehrfach das Wort „Beleidigung“ – in der Überschrift, im Tatbestand. Nichts sonst. Es gibt da noch eine Differenzierung – es gibt die doppelte Strafe, wenn die Beleidigung tätlich erfolgt. Mehr steht da nicht drin. Trotzdem ist man der Auffassung – das Bundesverfassungsgericht hat es mehrfach gesagt –, das ist handhabbar, weil es Rechtsprechung gibt. Obwohl, wie Frau Samour mit Recht gesagt hat, die Meinungsfreiheit erst viel später gekommen ist. Der Tatbestand kommt ja schon von 1871. Das heißt, irgendwie kann man damit leben. Ich habe mir jetzt gerade auf Ihre Frage überlegt, wie könnte man es besser machen? Und da gibt es zwei Möglichkeiten: Das eine wäre, es noch allgemeiner zu fassen, à la Beleidigung – da ist dann von Bestimmtheit nicht viel, da kann man alles erfassen. Die andere Möglichkeit ist, wir versuchen eine Kasuistik. Ich habe ja vorhin schon gesagt, verbrennen und so ein paar andere Dinge wären Paradefälle. Aber diese Kasuistik ist schwierig, und sie ist auch dem deutschen Strafrecht in den allermeisten Fällen mit Recht fremd. Und wir haben auch in der Vergangenheit gesehen: Dann verändert sich irgendwas, dann nehmen die eine neue Methode der Zerstörung. Das lädt nur ein zur Umgehung und wird auch dem nicht wirklich gerecht. Deshalb, wir haben das Wort verunglimpfen ja an verschiedenen Orten, etwa auch bei Religionsgemeinschaften, § 166 StGB. Beschimpfen und Unfug und so

weiter – die gibt es alle schon seit Langem. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Art der Terminologie nie beanstandet. Wir können darauf zurückgreifen. Es gibt dazu Interpretationen in Gerichtsentscheidungen, Kommentaren etc. Und damit, glaube ich, kommen wir dem Bestimmtheitsgebot so nahe wie möglich. Wie weit das praktikabel ist, da würde ich fast das Gleiche sagen: Indem wir die gleichen Begriffe nehmen, machen wir es einfacher. Weil, dann wird man – typischerweise, sage ich auch als Kommentator – natürlich erst mal darauf verweisen, auf die Worte, wo die sich schon finden, und dann tut man sich leichter, zu überlegen, in welche Richtung geht das? Hat das eine subjektive Komponente oder bloß eine objektive? Was sind dann die Anforderungen? Das macht es jedenfalls praktikabler. Es macht es nicht einfach. Das will ich sagen. Es wird oft Schwierigkeiten geben. Aber wir hoffen ja eigentlich auch, dass diese Strafnorm fast nicht zur Anwendung kommt, weil sie nicht begangen werden soll. Und so habe ich zum Beispiel auch gehofft, bei § 130 Abs. 4 StGB, dass es möglichst wenige Leute gibt, die vor dem Brandenburger Tor den Holocaust verherrlichen oder so etwas. Und es führte auch dazu, dass es Demonstrationen dieser Art nicht mehr gibt – sie werden wahrscheinlich nicht mehr genehmigt. Und dann wird eine Demonstration vielleicht nicht mehr genehmigt, die zum Inhalt hat, eine entsprechende Flagge zu verbrennen. Dann haben wir zwar die Straftat nicht, aber dann wäre ich eigentlich als Strafrechtler trotzdem ganz glücklich. Bei der Frage von Herrn Ullrich ging es um die subnationalen Flaggen. Das ist in der Tat schwierig. Aber ich würde auch da eine Grenze ziehen. Und zwar vor dem Hintergrund, dass wir eine gewisse Gleichheit aller Staaten haben, die sich gegenseitig – ich glaube, Sie haben selber vorhin die Souveränität als Gesichtspunkt angesprochen – als souverän und als Partner anerkennen, egal, wie man politisch zueinander steht. Ich glaube, kein Deutscher wird wünschen, dass irgendein anderer Staat sozusagen der Existenzvernichtung preisgegeben wird. Mit den subnationalen oder gar nicht nationalen Organisationen, das ist eine schwierige Situation, weil die allein von der innerstaatlichen Organisation in diese Position kommen. Ab dem Moment, wenn ein Staat – meinetwegen Texas – die Unabhängigkeit von den Vereinigten Staaten erklärt, würden natürlich die Regeln gelten. Bis dahin ist es allein eine Frage des Innerstaatlichen. Das, muss man ganz ehrlich sagen – wir haben ja ein großes Beispiel mit Katalonien –, wäre sehr schwierig, würde man da sagen, wir akzeptieren es als Staatsflagge. Dann mischt man sich letztlich in einen innerstaatlichen Konflikt ein. Deswegen würde ich das nicht machen.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Herr Professor Heger, vielen Dank. Der Nächste ist Herr Professor Klesczewski auf die Frage von Herrn Dr. Martens.

SV **Prof. Dr. Diethelm Klesczewski**: Da kann ich anknüpfen an das, was Kollege Eisele gerade gesagt hat. Dass eine Strafnorm nicht zu einer Verurteilung führt, muss nicht unbedingt heißen, dass man sie abschaffen kann. Man könnte sogar sagen, das ist der Idealzustand, dann hat die Strafdrohung gewirkt. Ich weiß, dass Sie darauf nicht hinauswollen, sondern dass es eine schwierige Anwendungsproblematik gibt, die auch damit zusammenhängt, dass man bei der Anwendung von § 90a StGB auf verschiedenen Ebenen die Abwägung mit Art. 5 GG und der Meinungsfreiheit tätigen muss, und dass dadurch eine Reihe von Verhaltensweisen verfassungsrechtlich letztendlich dazu führen, dass man eine Verurteilung nicht aufrechterhalten oder nicht aussprechen kann. Zum andern – darauf hatte ja Herr Franck auch schon mehrfach hingewiesen – ist es dann eine Frage der Geringfügigkeit, weswegen man Verfahren einstellt. Und da zeigt sich an dem Letzteren insbesondere, dass der Weg über das Ordnungswidrigkeitenrecht vielleicht der Königsweg ist, weil man da ohnehin dann das Opportunitätsprinzip hätte und das ganz einzelfallbezogen in die Abwägung einbringen könnte. Wegen der Kürze möchte ich jetzt da abbrechen. Danke.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Danke schön, Herr Professor Klesczewski. Dann an Frau Samour eine Frage von Herrn Stratmanns.

SVe **Nadija Samour**: Ich versuche mich auch kurz zu halten. Was die Verrohung der Debatte anbetrifft – Anlass für den § 90c StGB-E ist ja – so konnte ich der Presse entnehmen – eine Demonstration Rechtsradikaler, die über die EU-Flagge trampeln wollten oder getrampelt haben. Und das ist natürlich ein Bild, das man nicht gerne sieht. Aber es ist ja nicht so, dass wir

davon ausgehen können, dass nicht irgendwann illiberalen Kräften genau dieses Instrument des § 90c StGB in die Hände gerät und dadurch eben die Verrohung, die gerade durch solche Kräfte hervorgerufen wird, in umgekehrter Art und Weise gegen politische Gegner verfolgt wird. Und da möchte ich nur an den sehr umstrittenen Paragrafen aus der Türkei erinnern, der zurecht kritisiert wird, die sogenannte Beleidigung des Türkentums, oder, wie der jetzt nach der Reform heißt, die Herabsetzung der türkischen Nation, von dem auch deutsche Bundestagsmitglieder betroffen sind – von einer Anzeige aufgrund der Armenien-Resolution in Anerkennung des Genozids. Also, das politische Klima ist da nicht zu unterschätzen, wie diese Norm herangezogen werden könnte. Im Hinblick auf die Kürze der Zeit vielleicht noch ein ganz kurzer Kommentar zur Frage der Verunglimpfung und zur Definition und zur möglichen Abgrenzung. Fest steht auf jeden Fall, dass es ständige Rechtsprechung ist, dass der Staat keinen grundrechtlichen Ehrenschutz hat. Und wenn jetzt der § 90a StGB und vielleicht in Zukunft der § 90c StGB, also die Verunglimpfung, anlehnt an den § 90 StGB – also die Verunglimpfung des Bundespräsidenten –, das passt nicht. Der Bundespräsident ist eine Person, die Ehrenschutz genießt, aber der Staat oder die EU nicht.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): Frau Samour, danke für die kurze Antwort. Und das fast letzte Wort hat Herr Professor Weigend, und zwar mit Antworten auf die Fragen von Herrn Dr. Martens und Herrn Straetmanns.

SV **Prof. Dr. Thomas Weigend**: Ja, ich kann mich auch sehr kurz fassen. Zunächst mal, Herr Straetmanns: Es gibt eine Untersuchung der wissenschaftlichen Dienste des Bundestages, die mal geschaut haben, wie das in den EU-Ländern aussieht. Und die haben sieben Staaten gefunden, in denen entsprechende Strafnormen existieren. Daraus kann man also schließen, die anderen Staaten haben so etwas nicht. Wie und ob da in den anderen Staaten Diskussionen über die Frage stattgefunden haben, das weiß ich leider nicht. Und zu der Frage von Ihnen, Herr Martens, kann ich mich im Wesentlichen dem anschließen, was Herr Klesczewski gesagt hat: Man versucht das sogenannte symbolische Strafrecht zu vermeiden, das sich dadurch auszeichnet, dass im Grunde der Gesetzgeber nur eine Deklaration in die Welt setzt: Wir sind gegen etwas Böses. Ohne dass man überhaupt die Absicht hat, das jemals durchzusetzen. So etwas sollte nicht geschehen, weil es die Freiheit einschränkt. Aber hier glaube ich, dass das kein solcher Fall ist. Sondern man hat ja ganz konkrete Fälle vor Augen, die sich auch wiederholen können und die man mit guten oder schlechten Gründen vermeiden will. Ich meine allerdings, aus der Statistik, die Sie zitiert haben, könnte man tatsächlich den Schluss ziehen, es braucht lediglich finanzielle Sanktionen. Man braucht also, da es nicht angewandt wird, keine Freiheitsstrafen. Und das spräche für eine Überführung ins Ordnungswidrigkeitengesetz.

Abg. **Ingo Wellenreuther** (Vorsitz): So, vielen Dank, Herr Professor Weigend. Meine Damen und Herren, wir haben jetzt von den Sachverständigen auch alle Fragen der zweiten Runde beantwortet bekommen. Ich darf mich ganz herzlich für Ihre Ausführungen bedanken, auch für Ihre schriftlichen Gutachten, die natürlich auch Gegenstand der weiteren Beratungen sein werden. Es war eine spannende Diskussion. Und deswegen freue ich mich auf die weiteren Beratungen und darf damit auch die Sitzung schließen. Herzlichen Dank und guten Heimweg.

Schluss der Sitzung: 12:57 Uhr

Ingo Wellenreuther, MdB

Anlagen: Stellungnahmen der Sachverständigen

Prof. Dr. Jörg Eisele	**Seite 30**
Andreas Franck	**Seite 36**
Prof. Dr. Martin Heger	**Seite 41**
Prof. Dr. Diethelm Klesczewski	**Seite 49**
Kai Lohse	**Seite 57**
Nadija Samour, LL.M. (Galway)	**Seite 61**
Univ.-Prof. i. R. Dr. Thomas Weigend	**Seite 66**

Professor Dr. Jörg Eisele
Universität Tübingen

Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages

Entwurf eines … Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches
– Strafrechtlicher Schutz bei Verunglimpfung der Europäischen Union und ihrer Symbole (BT-Drs. 19/14378)

Die folgende Stellungnahme bezieht sowohl den Gesetzentwurf des Bundesrates (BT-Drs. 19/14378) als auch als auch die Formulierungshilfe der Bundesregierung für einen Änderungsantrag der Fraktionen des CDU/CSU und SPD mit ein.

I. Änderung des § 90c StGB-E

1. Gesetzgeberische Legitimation

Hinsichtlich der Verunglimpfung der Flagge und der Hymne der Europäischen Union besteht eine Schutzlücke, da § 104 StGB nur Flaggen und Hoheitszeichen ausländischer Staaten, nicht aber der Europäischen Union schützt. Sie wird auch nicht über die Vorschrift des § 90a StGB erfasst, der nur die Bundesrepublik Deutschland und seine Symbole schützt.[1] Auch wenn man von keiner aus der Integrationsentscheidung des Art. 23 Abs. 1 GG abgeleiteten Schutzpflicht dahingehend ausgehen kann,[2] dass die Symbole der Europäischen Union zwingend in gleicher Weise wie diejenigen der Bundesrepublik Deutschland zu schützen sind, so liegt die Einführung einer Strafbarkeit doch im Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers.[3] Dies folgt auch daraus, dass die Bundesrepublik Deutschland damit ihrer in Art. 4 Abs. 3 EUV verankerten Pflicht zur Unionstreue nachkommt, wenngleich sich daraus nicht unmittelbar das Gebot eines strafrechtlichen Schutzes der Flagge und der Hymne der Europäischen Union ableiten lässt. Bereits im Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 21. September 1989 – dort ging es um den Schutz von Rechtsvorschriften – hat dieser ausgeführt:[4] „Dabei müssen die Mitgliedstaaten, denen allerdings die Wahl der Sanktionen verbleibt, namentlich darauf achten, dass Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln geahndet werden wie nach Art und Schwere gleichartige Verstöße gegen nationales Recht, wobei die Sanktion jedenfalls wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein muss.“ Die Schutzverpflichtung erstreckt sich dabei „auf alle Rechtsgüter und rechtlich geschützten Interessen der Union, die für ihre Existenz und Funktionsfähigkeit sowie für die Durchsetzung ihrer Politiken von Bedeutung sind“.[5] Wie die Begründung

[1] Zutreffend BT-Drs. 19/14378, S. 1.
[2] BT-Drs. 19/14378, S. 9 (Stellungnahme der Bundesregierung).
[3] Zu diesem nur BVerfGE 90, 145 (172 f.); BVerfGE 120, 224 (240).
[4] Kommission der EG gegen Griechenland, Rechtssache 68/88; Sammlung der Rechtsprechung 1989, S. 2965 Rn. 24.
[5] *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 31.

zutreffend ausführt, läge kein Verstoß gegen Art. 5 GG vor. Denn bei der Neuregelung würde es sich um eine nach Art. 5 Abs. 2 GG zulässige Schranke in Form eines allgemeinen Gesetzes handeln.[6]

2. Tatbestandsfassung

Für die Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 90c Abs. 1 StGB-E kann rechtssicher auf § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB zurückgegriffen werden. Der Tatbestand ist parallel gefasst, lediglich bei den Tatobjekten sind nur Flaggen und Hymne (nicht aber Farben und Wappen) geschützt. Das Merkmal des Verunglimpfens ist dabei im Lichte des Grundrechts auf Meinungsfreiheit nach Art. 5 GG auszulegen und belässt hierfür auch einen hinreichenden Spielraum.[7] Das Rechtsgut ist ebenso parallel zu bestimmen. Es geht bei § 90a StGB um den Bestand der Bundesrepublik Deutschland, die Funktionsfähigkeit seiner staatlichen Einrichtungen und die Friedlichkeit in der Bundesrepublik Deutschland.[8] § 90c StGB überträgt diesen Schutz auf die EU.[9] § 90 c Abs. 2 StGB-E ist sodann samt Versuchsstrafbarkeit konsequenterweise parallel zu § 90a Abs. 2 StGB ausgestaltet. Für öffentlich gezeigte Flaggen werden die Tathandlungen auf das Zerstören, Beschädigen, Unbrauchbarmachen, Unkenntlichmachen und des Verübens von beschimpfendem Unfug erweitert.

II. Änderungen der §§ 104, 104a StGB

Vorab ist zu bemerken, dass einer Erweiterung der Strafbarkeit nach dem Fall Böhmermann Tendenzen entgegenstehen, die die Beseitigung der Vorschriften der §§ 102 bis 104a StGB insgesamt fordern.[10]

1. Ergänzung des § 104 StGB

Schon bislang ist die Verletzung von Flaggen und Hoheitszeichen ausländischer Staaten nach § 104 StGB strafbar. Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine auf Grund von Rechtsvorschriften oder nach anerkanntem Brauch öffentlich gezeigte Flagge eines ausländischen Staates oder wer ein Hoheitszeichen eines solchen Staates, das von einer anerkannten Vertretung dieses Staates öffentlich angebracht worden ist, entfernt, zerstört, beschädigt oder unkenntlich macht oder wer beschimpfenden Unfug daran verübt, wird. Das Verbrennen einer Flagge eines auslkändischen Staates im Rahmen von Kundgebungen wird nicht erfasst, weil diese auf Grund von Rechtsvorschriften oder nach anerkanntem Brauch öffentlich gezeigt werden muss.[11]

§ 104 StGB verfolgt nach h.M. bislang einen doppelten Schutzzweck. Es soll zum einen der ausländische Staat mit seinen Organen und Einrichtungen, zum anderen

---

[6] Näher BT-Drs. 19/14378, S. 7. Zur Verfassungsmäßigkeit des parallel ausgestalteten § 90a etwa BVerfGE 47, 198 (232 f.); BVerfG NJW 2012, 1273 (1274).
[7] Ausführlich *Laufhütte/Kuschel* in: Leipziger Kommentar, Bd. 4, 12. Aufl. 2007, § 90a Rn. 22 ff.; vgl. auch BT-Drs. 19/14378, S. 9 f. (Stellungnahme der Bundesregierung).
[8] BVerfGE 93, 266 (293); BVerfGE 124, 300 (332 ff.); BVerfG NJW 2012, 1273 (1274).
[9] Weitergehend BT-Drs. 19/14378, S. 1: „Ansehen der Europäischen Union und Aufrechterhaltung des europäischen Friedens“.
[10] Etwa *Wolter* in: Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, Vorbem. § 102 Rn. 22; näher *Kreß* in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3., 3. Aufl. 2017, Vorbem. § 102 Rn. 22.
[11] Näher *Kreß* in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3., 3. Aufl. 2017, § 104 Rn. 6 ff.

das Interesse der Bundesrepublik Deutschland an ungestörten Beziehungen zu anderen Staaten geschützt werden.[12] In einer multikulturellen Gesellschaft, in der ganz unterschiedliche ausländische Bevölkerungsgruppen leben, kann freilich das öffentlich-wirksame Zerstören, insbesondere Verbrennen einer ausländischen Flagge zugleich den inländischen Rechtsfrieden zumindest mittelbar tangieren. Das Verbrennen symbolisiert die Vernichtung der Existenz des Staates[13] und assoziiert speziell hinsichtlich der Flagge des Staates Israel zudem einen Bezug zum Holocaust (griechisch: ὁλόκαυστος – „vollständig verbrannt“).

a) Flaggenbegriff

Zunächst ist zu klären, welche Flaggen erfasst werden. In § 104 Abs. 1 S. 1 StGB war dies bislang kein größeres Problem, weil es im Wesentlichen um öffentlich gehisste Flaggen ging. Für § 90a StGB wird für den Flaggenbegriff häufig auf Art. 22 GG verwiesen.[14] Hier wird wiederum zwischen Flaggen und Fahnen (vgl. auch § 86a Abs. 2 StGB) unterschieden[15] und zudem verlangt, dass es sich um ein Tuch handeln müsse.[16] Das ist jedoch zu eng und dürfte auch nicht der Ansicht der Rechtsprechung entsprechen, die m.E. einen weiten Flaggenbegriff zugrunde legt. So hat das BVerfG etwa auch § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB in einem Fall für anwendbar gehalten, in dem auf einer Foto-Collage ein männlicher Torso zu sehen war, der auf eine ausgebreitete Fahne uriniert hat.[17] Und ebenso wurde ein Foto als erfasst angesehen, das eine in eine Toilette geworfene Fahne zeigte.[18] Daher werden richtigerweise auch von § 104 Abs. 1 S. 2 StGB-È Fahnen jedweder Art erfasst. Ob diese an einer Stange oder an einem Stock befestigt sind oder es sich um ein Tuch handelt, ist unerheblich. So wird auch für § 104 Abs. 1 S. 1 StGB vertreten, dass „vielmehr jede Flagge in Betracht [kommt], auch eine käuflich erworbene oder selbst gemalte Flagge – solange sie nur gut genug gemalt ist, dass sie auch als Staatsflagge erkennbar ist“.[19]

b) Ähnliche Flaggen

Zweifelhaft erscheint allerdings die Aussage in der Begründung, dass auch „Flaggen, die offenkundig in Anlehnung an die offizielle Staatsflagge hergestellt worden und diesen ähnlich sind“, erfasst werden.[20] Bei systematischer Betrachtung spricht im Umkehrschluss mehr dafür, dass zum Verwechseln ähnliche Flaggen gerade <u>nicht</u> geschützt sind. Denn andere Sanktionsvorschriften sehen für solche

---

[12] So etwa *Eser* in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, Vorbem. § 102 Rn. 2; für reinen Auslandschutz hingegen etwa *Kreß* in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3., 3. Aufl. 2017, Vorbem. § 102 Rn. 6 ff.

[13] Formulierungshilfe der Bundesregierung für einen Änderungsantrag der Fraktionen des CDU/CSU und SPD, S. 3.

[14] *Laufhütte/Kuschel* in: Leipziger Kommentar, Bd. 4, 12. Aufl. 2007, § 90a Rn. 5; *Paeffgen* in: Nomos Kommentar, 5. Aufl. 2017, § 90a Rn. 19 f.

[15] *Scholz* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand: 88. Ergänzungslieferung August 2019, Art. 2 Rn. 46, wonach die Flagge an einem Stock aufgezogen und eine Fahne an einer Stange befestigt ist; so auch *Ebeling*, Die Vorschrift des § 90a StGB, 2017, S. 100.

[16] *Ebeling*, Die Vorschrift des § 90a StGB, 2017, S. 100.

[17] BVerfGE 81, 278 ff.

[18] AG Rostock vom 26.11.2008 -30 Cs 235/08-, LG Rostock vom 24.4.2009 - 11 Qs 18/09.

[19] So *Fahl*, Jura 2018, 453 (454).

[20] Formulierungshilfe der Bundesregierung für einen Änderungsantrag der Fraktionen des CDU/CSU und SPD, S. 3.

Fälle eine ausdrückliche Regelung vor. So handelt nach § 124 Abs. 1 OWiG ordnungswidrig handelt, wer unbefugt (…) 2. eine Dienstflagge des Bundes oder eines Landes benutzt. Abs. 2 dieser Vorschrift lautet: „Den in Absatz 1 genannten Wappen, Wappenteilen und Flaggen stehen solche gleich, die ihnen zum Verwechseln ähnlich sind.“ Eine entsprechende Regelung sieht auch § 86a Abs. 2StGB für Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen vor: „Kennzeichen im Sinne des Absatzes 1 sind namentlich Fahnen, Abzeichen, Uniformstücke, Parolen und Grußformen. Den in Satz 1 genannten Kennzeichen stehen solche gleich, die ihnen zum Verwechseln ähnlich sind.“ Es wäre zu überlegen, ob nicht eine entsprechende Regelung aufgenommen wird, um etwa Fälle sicher zu erfassen, in denen die Anzahl der Sterne auf der Flagge der USA oder der Davidstern auf der Flagge des Staates Israel verändert wird.

c) Tathandlungen des Zerstörens und Beschädigens

Die Tathandlungen sind zunächst unproblematisch, da sich deren Auslegung an § 303 StGB orientieren kann. Die Flaggen müssen hier jedoch nicht im fremden Eigentum stehen, vielmehr werden – wie bei § 104 Abs. 1 S. 1 StGB – auch eigene Flaggen erfasst.[21] Aus meiner Sicht liegt das Problem auf anderer Ebene. Es ist nämlich fraglich, ob die postulierte Unterscheidung zwischen „zulässiger Polemik und strafbaren Beschimpfung und Verächtlichmachung“ – wie in der Begründung erwähnt[22] – tatsächlich gewährleistet werden kann. Denn die Merkmale der Beschimpfung bzw. Verächtlichmachung werden von § 104 Abs. 1 S. 2 StGB ja gerade nicht verwendet. Die Merkmale des Zerstörens und Beschädigens lassen hingegen für eine Berücksichtigung der Meinungsfreiheit wenig Spielraum. Denn eine Flagge ist eben zerstört bzw. beschädigt oder nicht – und zwar unabhängig von dem jeweiligen Kontext.

Hinsichtlich des Schutzes der deutschen Flagge ist die Ausgestaltung in § 90a StGB etwas anders. Nach § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB ist das öffentliche Verunglimpfen der deutschen Flagge strafbar, das Zerstören und Beschädigen nur bei öffentlich gezeigten Flaggen – etwa an einem Gebäude – nach § 90a Abs. 2 StGB. Bei einer vom Täter selbst mitgeführten Flagge kommt es also auf das Verunglimpfen an. Dieser Begriff ist enger, aber auch weiter als das Zerstören und Beschädigen. Enger ist er insoweit, als neben einer Beschädigung und Zerstören zugleich eine Verunglimpfung vorliegen muss, was regelmäßig im Verbrennen zu sehen ist.[23] Er ist aber auch insoweit weiter, als die Verunglimpfung ohne Zerstören oder Beschädigen tatbestandsmäßig sein kann, wie etwa das Bespucken der Fahne.

Geht man von einem weiten Flaggenbegriff aus, so würde § 104 Abs. 1 S. 2 StGB jede mit Eventualvorsatz erfasste Beschädigung einer ausländischen Fahne erfassen. Diese wäre etwa der Fall, wenn die Beschädigung der Fahne beim Jubel aufgrund eines gewonnenen Fußball-Länderspiels billigend in Kauf genommen wird oder eine Fahne nach der Kundgebung weggeworfen wird, weil sie nicht mehr benötigt wird. Ungeachtet einer restriktiven Auslegung würde auch ein kleines Fähnchen mit ausländischer Flagge auf einem Eisbecher oder in der Verwendung

[21] *Fahl*, Jura 2018, 453 (454).
[22] Formulierungshilfe der Bundesregierung für einen Änderungsantrag der Fraktionen des CDU/CSU und SPD, S. 3

[23] Zum Verbrennen *Laufhütte/Kuschel* in: Leipziger Kommentar, Bd. 4, 12. Aufl. 2007, § 90a Rn. 10; *Steinmetz* in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3., 3. Aufl. 2017, § 90a Rn. 14.

als Käse-Trauben-Stick erfasst. Auch die Beschädigung oder Zerstörung im Rahmen von Satire oder Kunst würde stets den Tatbestand verwirklichen und man könnte allenfalls erwägen, ob ein auf Art. 5 GG direkt gestützter Rechtfertigungsgrund in Betracht kommt, was streitig ist.[24] Gerade in solchen Fällen mag auch das Strafverlangen der ausländischen Regierung als Prozessvoraussetzung nach § 104a StGB möglicherweise nicht die notwendige Begrenzung der Strafbarkeit (freilich ohnehin nur auf prozessualem Wege) bewirken, wenn diese der Meinungsfreiheit nicht wohlgewogen ist.

Zuzustimmen ist dem Entwurf aber im Sinne der ultima ratio-Funktion des Strafrechts, dass nicht jede Verunglimpfung wie in § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB erfasst werden sollte. Insofern ist es angesichts der unterschiedlichen Rechtsgüter überzeugend, den Schutz der deutschen Flagge weiter als denjenigen von ausländischen Flaggen reichen zu lassen. Um den Schutz ausländischer Fahnen sachgerecht und nicht zu ausufernd zu erfassen, wäre es aus meiner Sicht überzeugender, die Merkmale zu kombinieren. Damit wäre nur die Verunglimpfung in Form der Beschädigung oder Zerstörung der Fahne erfasst. Die Vorschrift könnte etwa – wie folgt – gefasst werden:

§ 104 Abs. 1 S. 2: „Ebenso wird bestraft, wer öffentlich die Flagge eines ausländischen Staates zerstört oder beschädigt und dadurch verunglimpft."

2. Änderung des § 104a StGB

a) Gegenseitige Strafbarkeit

Dass das Erfordernis der verbürgten Gegenseitigkeit nun entfallen soll, ist – ungeachtet dessen, dass dieses seit jeher kritisiert wird[25] – konsequent. Denn das Beschädigen oder Zerstören ausländischer Flaggen ist bereits im Hinblick auf die jetzige Regelung in § 104 Abs. 1 S. 1 StGB in nicht allzu vielen Staaten und nicht mit dieser Reichweite strafbar.[26] Die Folge wäre, dass die neu geschaffene Strafbarkeit weitestgehend leerlaufen würde. Auch ist es für das geschützte (doppelte) Rechtsgut unerheblich, ob die Tat im Ausland strafbar ist. Die zentrale praktische Eingrenzung erfährt die Strafvorschrift damit erst durch das Strafverlangen der ausländischen Regierung als Prozessvoraussetzung.

b) Abschaffung der Ermächtigung zur Strafverfolgung

Mit der Abschaffung der Ermächtigung zur Strafverfolgung wird die Entscheidung auf die Justiz verlagert. Damit wird dem Einwand Rechnung getragen, dass die Politik ansonsten Gefahr laufe, für jedwede Entscheidung, die in einer politisch heiklen Sache getroffen wird, (von einer Seite) in den Fokus der Kritik zu geraten.[27] Das für die Beibehaltung genannte Argument, dass ansonsten auch bei menschenrechtlich anstößigem Verhalten eines ausländischen Staates verfolgt

[24] Ausführlich hierzu *Rönnau* in: Leipziger Kommentar, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, Vorbem. § 32 ff. Rn. 138 f.; *Steinmetz* in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3., 3. Aufl. 2017, § 90a Rn. 14.
[25] Formulierungshilfe der Bundesregierung für einen Änderungsantrag der Fraktionen des CDU/CSU und SPD, S. 3.
[26] Als „Rarität" bezeichnet von *Kreß* in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3., 3. Aufl. 2017, § 104 Rn. 5; *Wolter* in: Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2019, § 104 Rn. 2.
[27] *Kreß* in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3., 3. Aufl. 2017, § 104 Rn. 16.

werden müsste,[28] ist aber auch nicht ganz von der Hand zu weisen. Denn bei der Ermächtigung handelt es sich bislang um eine politische Entscheidung, während die Justiz dem Legalitätsprinzip unterliegt. Zugleich wird dabei hinsichtlich des doppelten Rechtsguts das inländische Interesse an ungestörten Beziehungen zum Staat zurückgedrängt. Soweit die Ermächtigung zur Strafverfolgung beseitigt wird, sollte man dem daher – wie bereits ausgeführt – in der Tatbestandsfassung dadurch Rechnung tragen, dass verfassungsrechtlich geschützte Verhaltensweisen bereits nicht den Tatbestand verwirklichen.[29]

[28] *Kreß* in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3., 3. Aufl. 2017, § 104 Rn. 16.
[29] Oben II 1 c.

Staatsanwaltschaft
München I

Staatsanwaltschaft München I

Sachbearbeiter
Oberstaatsanwalt Franck

Telefon
(089) 5597-5220

Telefax
(089) 5597-5145

Deutscher Bundestag Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Ausschussdrucksache 19/14378; 19(6)109

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Bitte bei Antwort angeben Unser Zeichen	Datum
		3.02.2020

Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz am 12. Februar 2020 zu dem Gesetzentwurf des Bundesrates zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafrechtlicher Schutz bei Verunglimpfung der Europäischen Union und ihrer Symbole

Hier: Sachverständigengutachten Oberstaatsanwalt Franck

1.

Gesetzentwurf des Bundesrates (Drucksache 19/14378) zur Änderung des Strafgesetzbuches - § 90 c StGB-E

a) Allgemeines

Die geplante Gesetzesänderung ist zu begrüßen. Die gegenwärtige Gesetzeslage weist einen Wertungswiderspruch auf. Während die Symbole der Bundesrepublik Deutschland und ausländischer Staaten strafrechtlich geschützt sind (§§ 90 a sowie 104 StGB), gilt dies nicht für Symbole der Europäischen Union. Und dies trotz der Integrationsentscheidung des Artikels 23 Absatz 1 GG und der Tatsache, dass die Europäische Union – wie die Bundesrepublik Deutschland – auf deutschem Boden unmittelbare Herrschaftsgewalt ausübt und daher deren Autorität im Sinne einer

Hausanschrift
Linprunstr. 25
80335 München

Haltestelle
Stiglmaierplatz
U-Bahn: U1, U7
Trambahn: 20, 21

Telefon, Telefax, E-Mail
(089) 5597-07 (Vermittlung)
(089) 5597 - 4131
Poststelle@sta-m1.bayern.de

E-Mail-Adressen eröffnen keinen Zugang für Erklärungen in Rechtssachen

funktionierenden staatlichen Ordnung strafrechtlichen Schutz verdient bzw. beanspruchen darf.

Es ist fraglich, ob die vorgenannte Argumentation, die einen Wertungswiderspruch begründet, auch dazu führt, der Europäischen Union den identischen strafrechtlichen Schutz zu gewährleisten wie der Bundesrepublik Deutschland. Es erscheint jedenfalls nicht zwingend, aus der Ermächtigungsgrundlage des Artikels 23 Absatz 1 GG für die aktive Teilnahme des Bundes an der Schaffung und Fortentwicklung der Europäischen Union sowie aus dem Staatsziel des Artikels 23 Absatz 1 Satz 1 (in Verbindung mit der Präambel) zur Einigung Europas eine Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland zu folgern, der Europäischen Union den gleichen strafrechtlichen Schutz zu bieten. Diese Frage kann hier dahinstehen, da die geplante Gesetzesänderung ohnehin nicht den exakt gleichen strafrechtlichen Schutz der Symbole der Europäischen Union wie bei der Bundesrepublik Deutschland postuliert. § 90 a Absatz 1 Nr. 1 StGB sieht anders als § 90 c StGB-E die Strafbarkeit besonders schimpflicher Äußerungen in Bezug auf die Bundesrepublik selbst vor (z. B. bei Vergleich der Bundesrepublik Deutschland mit dem NS-Staat).

b) Reichweite des strafrechtlichen Schutzes

Aus dem Postulat einer weitgehenden strafrechtlichen Gleichbehandlung der Europäischen Union und der Bundesrepublik Deutschland ergibt sich folgerichtig, dass § 90 c Absatz 2 Satz 1 StGB-E pauschal die öffentlich gezeigte Flagge schützt, unabhängig davon, ob die Flagge – wie von § 104 Absatz 1 StGB vorausgesetzt – einen hoheitlichen Bezug aufweist – etwa das Zeigen der Flagge eines ausländischen Staates bei einem Staatsbesuch. Voraussetzung der Strafbarkeit ist lediglich dass die Flagge für jedermann sichtbar ist.
Erfasst ist daher etwa das medienwirksame Verbrennen von Flaggen der Europäischen Union bei Demonstrationen.

c) Grenzen des strafrechtlichen Schutzes

Werden im Rahmen des Verunglimpfens (§ 90 c Absatz 1 StGB-E) oder des beschimpfenden Unfugs (§ 90 c Absatz 2 Satz 1 StGB-E) Äußerungen getätigt, die neben Tatsachenbehauptungen auch Meinungen enthalten, unterfallen diese dem

Schutzbereich des Artikels 5 Absatz 1 GG. Daraus folgt, dass insoweit die Tatbestandsmerkmale des § 90 c StGB-E restriktiv auszulegen sind, was zumal im politischen Meinungskampf gilt (Fischer Kommentar zum StGB, 67. Auflage; § 90 a, Rz 14). Sollte daher eine inkriminierte Äußerung mehrdeutig auslegbar sein, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Deutung zu Grunde zu legen, die zur Straflosigkeit führt.

Für den Bereich der Staatsanwaltschaft München I lässt sich festhalten, dass es im Zeitraum zwischen dem 1.01.2016 und dem 30.01.2020 zur Einleitung von insgesamt 17 Ermittlungsverfahren wegen Verstoßes gegen § 90 a StGB kam – sämtliche Verfahren wurden eingestellt, weil der festgestellte Sachverhalt nicht zur Begründung des Tatbestandes ausreichte. Auch ohne nähere inhaltliche Auseinandersetzung mit den jeweiligen Einstellungsgründen kommt in diesem Befund eine auf dem Boden der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgerichtige zurückhaltende Tendenz im Umgang mit den Äußerungstatbeständen des § 90 a StGB zum Ausdruck.

2.

Änderungsantrag (Ausschussdrucksache 19(6)109)

a) § 104 Absatz 1 Satz 2 – neu –

Die empfohlene Gesetzesänderung wird begrüßt. Gemessen am Schutzzweck des § 104 StGB, namentlich das Ansehen ausländischer Staaten sowie das Interesse der Bundesrepublik Deutschland an guten Beziehungen zu ausländischen Staaten, besteht nach geltender Gesetzeslage eine Strafbarkeitslücke. Nach § 104 StGB in der aktuellen Fassung macht sich nur strafbar, wer eine ausländische Flagge zerstört u. a., bei der ein hoheitlicher Bezug besteht (z. B. die Flagge an einer ausländischen Botschaft auf deutschem Hoheitsgebiet). Das öffentliche, gegebenenfalls unter medialer Aufmerksamkeit stattfindende Zerstören ausländischer Flaggen etwa bei Demonstrationen ist hingegen straflos, obwohl auch dies die Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland zu ausländischen Staaten zu beeinträchtigen vermag.

In seiner gegenwärtigen Fassung hat der Straftatbestand für den Bereich der Staatsanwaltschaft München I eine geringe praktische Bedeutung. Im Zeitraum zwischen dem 1.01.2016 und dem 30.01.2020 wurde kein Ermittlungsverfahren wegen Verstoßes gegen § 104 StGB eingeleitet. Das ist nicht zuletzt dem sehr beschränkten Anwendungsbereich der Norm geschuldet.

Die praktische Konsequenz ist, dass mangels faktisch kaum anwendbarer Strafnorm etwa bei Demonstrationen gegen Israel die Sicherheitsbehörden mittels des Versammlungsrechts versuchen, das medial besonders wirksame Verbrennen israelischer Flaggen zu verhindern. Dieser Weg ist keineswegs sicher, sondern steht unter dem Vorbehalt verwaltungsgerichtlicher Nachprüfung. Kann die Verwaltungsbehörde nicht ausreichend dartun, dass durch das angenommene Verbrennen ausländischer Flaggen eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung besteht, wird eine Auflage, die das Verbrennen von Fahnen verbietet keinen Bestand haben. Sehenden Auges müsste das Verbrennen etwa der israelischen Fahne hingenommen werden; gemessen am Schutzzweck des § 104 StGB – u. a. das Interesse der Bundesrepublik Deutschland an guten Beziehungen zu anderen Staaten – ein widersprüchliches Ergebnis. Diese Strafbarkeitslücke wird durch die empfohlene Ergänzung des § 104 StGB gefüllt. Die Strafbarkeit der Zerstörung ausländischer Flaggen auch ohne Hoheitsbezug hätte zum einen abschreckende Wirkung. Zum anderen wäre eine entsprechende Strafbewehrtheit eine robuste Grundlage für Auflagenbescheide der Sicherheitsbehörden, die das Verbrennen ausländischer Fahnen verbieten.

b) § 104 a – neu

Der empfohlene Verzicht auf das Erfordernis der Gegenseitigkeit wird begrüßt. Auch wenn ein ausländischer Staat keine den §§ 102 ff StGB entsprechenden Strafvorschriften vorhält, kann der Schutzzweck des § 104 StGB – die guten Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland zu ausländischen Staaten – tangiert sein.

Das empfohlene Entfallen des Erfordernisses einer Ermächtigung der Bundesregierung zur Strafverfolgung wird ebenfalls begrüßt. Die Verschlankung der Anwendbarkeitsvoraussetzungen dient der praktischen Handhabbarkeit der Strafnorm des § 104 StGB und fördert damit im Ergebnis die Rechtsdurchsetzung.

Franck

Oberstaatsanwalt

Prof. Dr. Martin Heger, Humboldt-Universität zu Berlin

Stellungnahme zur Anhörung im Rechtsausschuss am 12.2.2020

zur Ergänzung eines § 90c und Änderung der §§ 104 f. StGB

I. Einführung

Nach der Verbrennung israelischer Flaggen auf einer israelfeindlichen Demonstration in Berlin und angesichts der danach offenbar gewordenen Erkenntnis, dass das deutsche Strafrecht zwar das Verbrennen selbst gebastelter deutscher, nicht aber auch israelischer Flaggen unter Strafe stellt, sowie eines Vorschlags zur Unterschutzstellung der EU-Flagge und -Hymne haben sich die beiden die Große Koalition tragenden Bundestagsfraktionen entschlossen, den Schutz der EU-Symbole in einem eigenen neuen Tatbestand (§ 90c StGB-E) und den Schutz auch nicht offiziell gebrauchter ausländischer Staatsflaggen mittels einer Erweiterung des bereits bestehenden § 104 StGB (als dessen neuer Absatz 1 Satz 2) zu verbinden. Diese Intention wird man angesichts des genannten Missstandes, dass das öffentliche Verbrennen israelischer Flaggen zum plakativen Untermauern einer dauerhaften Negierung des Existenzrechts des Staates Israel durch eine bloße Schutzgewährung auch für EU-Symbole natürlich nicht unterbunden werden kann, gut verstehen können. Ein Schutz allein von EU-Symbolen vor dem Hintergrund, dass das Existenzrecht Israels öffentlich in Frage gestellt wird, erschiene wohl nicht nur mir als problematisches Signal. In einem Vortrag für eine Konferenz zum 100. Todestag des deutsch-jüdischen Philosophen Hermann Cohen habe ich daher im Herbst 2018 dafür plädiert, gerade vor dem Hintergrund der Shoa als der entscheidenden, von Deutschen gesetzten Ursache für die Errichtung des Staates Israel jedenfalls die Flagge des Staates Israel strafrechtlich nicht schlechter zu behandeln als die deutsche. In diesem Beitrag plädierte ich daher sogar für eine Gleichsetzung der deutschen und der israelischen Fahne. Wörtlich heißt es dort (Heger, Der strafrechtliche Schutz von Nation und Religion in Deutschland, in: Goodman-Thau/Kohler [Hrsg.], Nation und Religion. Hermann Cohen zum 100. Todestag, 2019, S. 31, 35 f.):

„Insofern schützt § 90a StGB auch wesentliche Symbole der Nation. Gerade angesichts der leider in den letzten Jahren auch in Berlin zunehmend zu beobachtenden Verbrennung israelischer Fahnen auf Demonstrationen trat in den Fokus der interessierten Öffentlichkeit, dass die eigene Flagge gegenüber solchem Verhalten strafrechtlich geschützt ist, während das für die Flaggen anderer Staaten nach § 104 StGB nur gilt, sofern die Flagge zuvor öffentlich nach anerkannten Brauch insbesondere an einer Vertretung dieses Staates gezeigt worden ist. Basteln Demonstranten eine ausländische Flagge, um sie danach öffentlich in den Schmutz zu ziehen oder zu vernichten, ist das nicht strafbar. Ob es rechtlich möglich ist, insoweit in Zukunft eine Ausnahme für die Flagge des Staates Israel zu machen, muss sich noch zeigen. Im Prinzip geht es nämlich bei den beiden Straftatbeständen um grundsätzlich anderes: Während der Schutz fremder Hoheitszeichen primär das Verfügungsrecht des jeweiligen Staates schützt und gerade nicht bloße Unmutsbekundungen in dessen Richtung unterbinden soll, schränkt das für die deutschen Farben, Flagge und Hymne strafbewehrte Verunglimpfungsverbot die Möglichkeit abfälliger Meinungsäußerungen – und damit letztlich die Meinungsfreiheit – im Interesse der Bewahrung dieser Symbole als Synonym für den Staat (und der Sache nach auch für die Nation) ein. Nicht erfasst sind daher Flaggen von internationalen oder supranationalen Organisationen wie NATA und insbesondere EU, deren Mitglied die Bundesrepublik Deutschland ist. Das gleiche gilt für die Flaggen der anderen EU- oder NATO-Mitgliedstaaten. Eine Gleichsetzung der israelischen mit der deutschen Flagge bedürfte daher – auch vor dem Hintergrund der grundgesetzlich verbürgten Meinungsfreiheit – einer besonderen Rechtfertigung, die wohl nicht allein in der Merkel'schen Formulierung liegen kann, wonach der Schutz Israels Teil der deutschen Staatsraison sein soll; m.E denkbar wäre allerdings eine historische Begründung dergestalt, dass die Staatsgründung Israels letztlich aus einer Pervertierung der deutschen Nation in Richtung auf eine Vernichtung der europäischen Juden resultierte. Ohne Shoa gäbe es Israel wohl nicht; andererseits sind heute wieder schwarz-rot-gold die geschützten Nationalfarben und nicht etwa schwarz-weiß-rot. Das Hakenkreuz verdrängte 1933 nicht nur die vorherige schwarz-rot-goldene Reichsflagge, sondern steht auch sinnbildlich als Hintergrund für die gleichzeitig beginnende Herausdrängung der deutschen Juden aus diesem, ihrem Land. Waren sei erst im 19. Jahrhundert, in mancher Beziehung sogar erst auf den Schlachtfeldern des ersten Weltkrieg und mit Gründung der Weimarer Republik im

umfassenden Sinne zu vollwertigen Gliedern der deutschen Nation geworden, so steht die Schaffung einer Heimstatt in Palästina für ihre Vertreibung aus der deutschen Nation; wie die Farben schwarz-rot-gold für den deutschen Widerstand gegen den Nationalsozialismus, steht die heutige israelische Flagge für den Fluchtpunkt der jüdischen Glieder deutscher Nation. So gesehen lässt sich m.E. durchaus an eine Parallelisierung des Schutzes beider Flaggen im heutigen deutschen Strafrecht, das auch an anderen Ecken inzwischen eine bewusste Absage an (Neo-)Nazismus enthält, rechtfertigen."

In einem Kommentar zu dem Gesetzesvorschlag kritisiert Christian Rath in der taz vom 13.1.2020 das Gesetzesvorhaben im Grundsatz, hält aber einen Schutz speziell der israelischen Flagge, die als Objekt von Angriffen im Dezember 2017 auch den Anlass für den konkreten Vorschlag gegeben, durchaus für rechtfertigbar. Er schreibt:

„Es wäre vielleicht noch akzeptabel, die Flagge Israels in Deutschland besonders zu schützen, weil das Existenzrecht Israels im Nahost-Konflikt teilweise bestritten wird und Deutschland als Folge des Holocaust eine besondere Verantwortung für den Staat Israel hat. Doch warum soll man die Flagge Chinas gegen Proteste von Uiguren schützen oder die Flagge Myanmars gegen die Empörung der vertriebenen Rohingya?"

Vorliegend werde ich mich daher auch der Frage zuwenden, ob letztlich tatsächlich die Flaggen aller Staaten gleichermaßen vom geplanten § 104 Abs. 1 Satz 2 StGB geschützt sein sollen. Davor wird aber vorliegend zunächst auf den vorgeschlagenen § 90c StGB-E eingegangen.

II. § 90c StGB-E

Der vorgeschlagene § 90c StGB-E übernimmt wesentliche, aber nicht alle Varianten des bestehenden § 90a StGB, welcher das Verunglimpfen des Staates (einschließlich der Bundesländer) und seiner Symbole unter Strafe stellt. Nicht erfasst ist etwa das bloße öffentlichen Beschimpfen oder böswillige Verächtlichmachen der Europäischen Union als solcher, wie es in § 90a Abs. 1 Nr. 1 StGB unter Strafe gestellt ist, auch nicht die Farben der EU.

Es bleiben das Verunglimpfen von Flagge und Hymne der Europäischen Union (§ 90c Abs. 1 StGB-E); beides ist mit Blick auf die Bundesrepublik Deutschland oder

ihre Länder in § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbewehrt. § 90a StGB schützt den Bestand der Bundesrepublik Deutschland und ihrer Länder sowie ihrer Symbole gegen öffentliche Herabsetzung (BVerfG, NJW 2012, 1273; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, StGB, § 90a Rdnr. 1). Dieser Gedanke soll auf die Europäische Union übertragen werden, weil diese als supranationale Gemeinschaft in vieler Hinsicht inzwischen durch ihre Mitgliedstaaten – wie z.B. die Bundesrepublik Deutschland – Souveränitätsrechte übertragen bekommen hat. In Straßburg und Brüssel gesetztes EU-Recht gilt unmittelbar auch in Deutschland, und die Entscheidungen des EuGH in Luxemburg wirken nicht bloß völkerrechtlich, sondern unmittelbar in den betroffenen Mitgliedstaaten. Im Interesse des Schutzes der europäischen Institutionen sind schon seit langem auch Strafnormen geschaffen worden. So ist der EuGH im deutschen Strafrecht gegen Meineide ebenso geschützt wie ein deutsches Gericht (seit 2008 durch § 162 Abs. 1 i.V.m. § 154 StGB; davor durch Art. 30 der EuGH-Satzung i.V.m. § 154 StGB); das gleiche gilt für den Subventionsbetrug, denn § 264 StGB stellt in Absatz 7 seit längerem Tathandlungen gegenüber deutschen wie europäischen Subventionen unter Strafe (angemerkt sei, dass die Formulierung in § 264 Abs. 7 Nr. 2 StGB insoweit überholt ist, als hier noch von den Europäischen Gemeinschaften die Rede ist, obwohl bereits vor mehr als zehn Jahren die Europäische Union an ihre Stelle getreten ist – dies könnte m.E. hier gleich en passant mitgeändert werden!). 2015 wurden in § 11 StGB auch die europäischen Amtsträger – wie zuvor bereits die nationalen – für zahlreiche Straftatbestände legal definiert etc.

Deshalb erscheint es m.E. durchaus denkbar, dass durch § 90a StGB letztlich der Bestand der Bundesrepublik etc. als Bezugspunkt souveräner Staatlichkeit geschützt wird; dann ist es heute aber zumindest überzeugend, auch den zweiten großen Träger von Souveränitätsrechten in und für Deutschland – nämlich die Europäische Union – zwar nicht in gleich umfänglicher, doch jedenfalls in angemessener Weise strafrechtlich zu schützen. Der Fortbestand der Europäischen Union als des (derzeitigen) Trägers auch für Deutschland relevanter Souveränitätsrechte erscheint letztlich durch die Tathandlungen des § 90a StGB in Bezug auf die europäischen Symbole ebenso gefährdbar wie derjenige der Bundesrepublik Deutschland und ihrer Länder; deswegen lässt sich eine Gleichbehandlung m.E. rechtfertigen, zumal ja auch der geltende § 104 Abs. 1 StGB die offiziellen Flaggen aller Staaten, nicht aber gerade auch der Europäischen Union schützt.

III. § 104 Abs. 1 Satz 2 StGB-E

§ 104 Abs. 1 StGB schützt als Tatobjekt in der geltenden Fassung nur offiziell aufgehängte Flaggen gegenüber Entfernung, Zerstörung, Beschädigung Unkenntlichmachung oder beschimpfendem Unfug; diese sind vielleicht nicht zwingend stets in täterfremdem Eigentum, doch wohl im absoluten Regelfall (weil sie im Eigentum desjenigen stehen dürften, der sie aufgehängt hat, und dieser wiederum nichts mit dem Täter gemein haben wird). Geschützt werden – wie in der Begründung ausgeführt – einerseits das Ansehen des fremden Staates und andererseits das Interesse der Bundesrepublik Deutschland an guten und ungestörten Beziehungen zu diesem.

Der vorgeschlagene neue Tatbestand in § 104 Abs. 1 Satz 2 StGB-E lässt sich im Grundsatz ebenso rechtfertigen, doch sind gleichwohl einige Besonderheiten anzumerken. So geht es in Bezug auf die Tatobjekte gerade nicht um offiziell geführte, täterfremde Flaggen; vielmehr geht es im Regelfall um Flaggen, die der Täter selbst hat oder sogar zum Zwecke des Verbrennens etc. selbst anfertigt, mithin um tätereigene Tatobjekte. Darüber hinaus sollen – zwar nicht nach dem Wortlaut, wohl aber nach der Begründung des Änderungsantrags – auch den offiziellen Flaggen nur ähnliche „Flaggen" etc. erfasst sein. Letzteres erscheint mir angesichts des strafrechtlichen Analogieverbots nicht unproblematisch, denn Art. 103 Abs. 2 GG verbietet eben ausnahmslos eine Analogie in malam partem. Daher würde ich dafür plädieren, die Erfassung auch bloß den Staatsflaggen ähnlicher Flaggen im Gesetzestext ausdrücklich zu verankern.

Tathandlung soll hier nur das Zerstören oder Beschädigen sein; dies sind zwar sicher besonders schwere Eingriffe in die Integrität fremder Sachen, doch handelt es sich darum vorliegend ja im Regelfall nicht. Eigene Sachen dürfen dagegen nur dann unter Strafandrohung beschädigt oder zerstört werden, wenn diese Handlung über die Schmälerung des Wertes des Eigentums hinausgeht. Das ist bei einer bloß öffentlichen Beschädigung einer im Tätereigentum stehenden Fahne nicht notwendig gesagt; man denke nur daran, dass etwa nach einem Länderspiel von der Niederlage ihres Teams enttäuschte Gästefans vor dem Stadion ihrer mitgebrachten Fahnen zertrümmern. Das gleiche könnte für das Beschädigen einer Fahne bei der Aufführung eines Theaterstücks gelten. Ein solches Verhalten verletzt aber weder die hier genannten Rechtsgüter von § 104 StGB noch stellt es – vor dem Hintergrund der Eigentümerfreiheit in § 903 BGB und Art. 14 GG – irgendein strafwürdi-

ges oder strafbedürftiges Verhalten dar. Deshalb sollte m.E. deutlich gemacht werden, dass die Zerstörung oder Beschädigung der Flagge dazu dient, den damit symbolisierten Staat zu verunglimpfen (dieser Gedanke steht ja auch hinter der insoweit vergleichbaren Vorschrift des § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB). Der Gutachter Jörg Eisele sieht dies ähnlich und fordert daher eine entsprechende Ergänzung auf der Ebene des objektiven Tatbestandes von § 104 Abs. 1 Satz 2 StGB-E.

Ich persönlich denke allerdings, dass es vorzugswürdig sein könnte, dies in die subjektive Tatseite einzubeziehen; als Tathandlungen bliebe es bei einem Zerstören oder Beschädigen der Flagge, doch müsste man dann ergänzen, „um dadurch den Staat, dessen Staatsflagge der zerstörten oder beschädigten Flagge gleicht, zu beschimpfen oder verunglimpfen".

Eine solche Subjektivierung dieses – zur Abgrenzung von strafwürdigem und sonstigem Verhalten wohl erforderlichen – Tatbestandsmerkmals würde nicht bloß bedingten Vorsatz erfordern; vielmehr wäre Absicht im technischen Sinne (dolus directus I) notwendig. Dies erlaubt aber eben eine klare Abgrenzung zu Fällen schützenswerter Meinungs- oder Kunstfreiheit. Nimmt etwa ein Künstler bloß in Kauf, dass seine Beschädigung einer Flagge den Flaggenstaat verunglimpft, wäre das nicht strafbar. Dagegen tritt für denjenigen, der den Staat beschimpfen will, die bloße Äußerung einer (kritischen) Meinung zurück. Damit erscheint mir auch der oben genannte Einwand, dass vor allem die Meinungsfreiheit durch eine solche Strafnorm erheblich beeinträchtigt wäre, vom Tisch zu sein. Wenn eine solche Absicht des Täters im Vordergrund steht ist, erscheint es mir auch gut begründbar, die Flaggen aller Staaten gleichermaßen zu erfassen.

In dem praktisch relevanten Fall des Verbrennens einer Flagge dürfte es im Regelfall (wenn sich der Täter nicht an den Flammen primär wärmen will) naheliegen, dass er damit öffentlich seine Verachtung gegenüber dem Staat zum Ausdruck bringt. Auch das ist natürlich noch eine Meinungsäußerung, doch erfolgt diese angesichts der Intention des Täters in einer nicht mehr akzeptablen Weise, die erkennbar mit der Existenzvernichtung des betroffenen Staates operiert.

Umgekehrt hat der Strafgesetzgeber ja erst vor kurzem mit der durch die sog. „Lex Böhmermann" erfolgten Streichung von § 103 StGB sichergestellt, dass auch scharfe und polemische Kritik vor allem gegenüber der Staatsführung und damit eben derjenigen, die – aus Sicht des Täters – in kritikwürdiger Weise Politik machen, nur

noch selten strafbewehrt sein wird. Insoweit stellt die Streichung von § 103 StGB die Kehrseite der Medaille zu § 104 Abs. 1 Satz 2 StGB-E dar.

Ob man wirklich den neuen § 104 Abs. 1 Satz 2 StGB-E ohne weiteres der Versuchsstrafdrohung aus § 104 Abs. 2 StGB mitunterwerfen will, erscheint mir etwas fragwürdig. Man könnte ja auch erwägen, in Abs. 2 nur für Abs. 1 Satz 1 eine Versuchsstrafbarkeit anzuordnen (und damit insoweit den status quo zu bewahren). Da Vorverlagerungen im Strafrecht vor allem bei relativ niedriger Strafdrohung immer begründungsbedürftig sind (es aber in der Begründung dazu aber offenbar keinerlei Erwägungen hierfür gibt und für mich nicht klar ist, warum eine Strafverfolgung nicht erst etwa bei Brennen eines ersten Teils der Fahnen, was ja bereits ein Beschädigen derselben darstellt, einsetzen können soll), würde ich dafür plädieren, für die neue Strafbarkeitserweiterung zumindest zunächst darauf zu verzichten.

Das Streichen der Ermächtigung und der Gegenseitigkeit in § 104a StGB ist im Interesse einer von politischer Strafverfolgung losgelösten Strafjustiz nur zu begrüßen.

IV. Fazit

Der vorgeschlagene § 90c StGB erscheint mir nicht problematisch, wenngleich das praktische Bedürfnis nicht allzu groß sein dürfte.

Der vorgeschlagene § 104 Abs. 1 Satz 2 StGB, lässt sich zwar im Grundsatz durchaus rechtfertigen; auch gibt es hier in der Tat Präzedenzfälle. Allerdings sollten folgende drei Änderungen an dem vorgeschlagenen Text vorgenommen werden:

(1) Die Erfassung auch bloß ähnlicher Flaggen sollte ausdrücklich in Satz 2 oder einem neuen Satz 3 klargestellt werden.

(2) Die in Satz 2 genannten Tathandlungen sollten durch eine Beschimpfungs- oder Verunglimpfungsabsicht auf tatsächlich strafwürdige Fälle begrenzt werden; dies ermöglicht auch eine sachgerechte Einbeziehung von Art. 5 GG.

(3) Die Versuchsstrafbarkeit für diesen neuen Tatbestand halte ich nicht für erforderlich und würde daher darauf verzichten wollen.

Die vorgeschlagenen Streichungen in § 104a StGB erscheinen mir unproblematisch; vielmehr kommt dadurch auch in politisch aufgeladenen Strafverfahren die Unabhängigkeit der Strafjustiz gut zum Ausdruck.

En passant könnte § 264 Abs. 7 StGB an die Weiterentwicklung der EU angepasst werden

UNIVERSITÄT LEIPZIG

Juristenfakultät

Prof. Dr. D. Klesczewski
Universität Leipzig, Juristenfakultät, Postfach 100920, 04009 Leipzig

An den Vorsitzenden
des Ausschusses für Recht und
Verbraucherschutz
des Bundestages
Prof. Dr. H. Hirte, MdB
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Gutachterliche Stellungnahme

zu dem Gesetzentwurf eines … Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafrechtlicher Schutz bei Verunglimpfung der Europäischen Union und ihrer Symbole,

BT-Drucks. 19/14378
nebst Formulierungshilfe der Bundesregierung
und einem Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD

zur Vorbereitung auf die Anhörung am 12. 2. 2020, 11 Uhr

Gegenstand des Gesetzgebungsverfahrens sind die Einführung eines neuen § 90c StGB und die Ergänzung von § 104 Abs. 1 StGB um einen zweiten Satz.

Mit seinem Gesetzentwurf schlägt der Bundesrat vor, in das Strafgesetzbuch einen neuen § 90c StGB einzufügen, mit dem neben dem Verunglimpfen der Flagge und der Hymne der Europäischen Union (EU) auch das Beschädigen, Entfernen, Unbrauchbar- und Unkenntlichmachen einer öffentlich gezeigten Flagge der EU sowie das Verüben beschimpfenden Unfugs an ihr unter Strafe gestellt wird, BT-Drucks. 19/14378, S. 5.

Der gemeinsame Änderungsantrag der Bundestagsfraktionen der CDU/CSU und der SPD schlägt ergänzend vor, dem § 104 Abs. 1 StGB einen zweiten Satz anzufügen, mit dem das Beschädigen einer öffentlich gezeigten Flagge eines ausländischen Staates unter Strafe gestellt wird. Des Weiteren soll das Gegenseitigkeitserfordernis in § 104a StGB gestrichen werden, Ausschussdrucks 19(6)109), S. 1 f.

Mein Gutachten befasst sich zunächst mit dem Vorschlag, einen neuen § 90c in das Strafgesetzbuch aufzunehmen (I.) und wendet sich dann den Änderungen zu, die an den §§ 104, 104a StGB angebracht werden sollen (II.).

I. Zur Strafbarkeit des Verunglimpfens der Europäischen Union und ihrer Symbole

Nach gegenwärtiger Rechtslage sind weder die Europäischen Union (EU) noch ihre Symbole durch das bundesdeutsche Strafrecht geschützt. Weder der Tatbestand von § 90a StGB noch der von § 104 StGB ist einschlägig. Der Gesetzentwurf des Bundesrates (BT-Drucks. 19/14378, S. 5) macht hier eine Lücke aus, die er mit einer Vorschrift schließen möchte, die sich stark an dem bestehenden § 90a StGB orientiert, der die Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole unter Strafe stellt. Es ist daher angezeigt, sich zunächst mit diesem Straftatbestand, seiner Auslegung und seiner Problematik zu befassen (A.), bevor näher auf diesen Gesetzesentwurf und seine Begründung eingegangen werden kann (B.)

A. Zu § 90a StGB als Vorbild der vorgeschlagenen Neuregelung

Nach § 90a Abs. 1 Nr.1 StGB macht sich strafbar, wer die Bundesrepublik Deutschland, eines ihrer Länder oder ihre verfassungsmäßige Ordnung beschimpft oder böswillig verächtlich macht. Daneben schützt § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB neben anderen Symbolen die Flagge und die Hymne der Bundesrepublik vor Verunglimpfung. Die Flagge wird, wenn sie öffentlich gezeigt wird, in § 90a Abs. 2 StGB zudem noch vor dem Beschädigen, Entfernen, Unbrauchbar- oder Unkenntlichmachen sowie gegenüber dem Verüben beschimpfenden Unfugs an ihr geschützt.

1. Rechtsgut und Deliktsstruktur des in § 90a StGB geschilderten Vergehens

a) aa) Das mit § 90a StGB geschützte Rechtsgut besteht nicht in der Ehre des Staates.[1] Zwar orientieren sich die Umschreibungen der hier geschilderten Ausführungshandlungen (Beschimpfen, Verächtlichmachen, Verunglimpfen) ersichtlich an entsprechenden dogmatischen Begriffen der Ehrdelikte (§§ 185 ff. StGB). Ferner besteht ein gewisser historischer Zusammenhang zur sog. Majestätsbeleidigung (§ 95 RStGB 1871). Nach damaliger Rechtauffassung repräsentierte die Person des Kaisers den Staat. Ein Angriff auf seine Ehre galt daher zugleich auch als Angriff auf den Staat.[2] Nach dem Abdanken des Kaisers war dieser Tatbestand funktionslos geworden. Die junge Weimarer Republik sah sich nun als Gemeinwesen Angriffen vornehmlich von Monarchisten und rechtsextremen Kräften ausgesetzt. Aus diesem Grunde übertrug man in verschiedenen Verordnungen und Gesetzen die auf Ehrangriffe zugeschnittene Begrifflichkeit auch auf Äußerungen, die die republikanische Staatsform und deren Symbole herabsetzen. An diesen Rechtsnormen orientierte man sich auch, als man im Zuge der Strafrechtsreform den § 90a im heutigen Strafgesetzbuch platzierte.[3]

bb) Gleichwohl lehnt die heute die allgemeine Meinung die Staatsehre als Rechtsgut ganz zutreffend ab.[4] Es fehlt der personale Bezug. Stattdessen sieht man den Bestand der Bundesrepublik Deutschland, ihrer Länder und ihrer verfassungsmäßigen Ordnung als geschütztes Rechtsgut an.[5] Der Begriff „Bestand“ umfasst zum einen die territoriale Integrität, zum anderen - und für unseren Zusammenhang wichtiger – auch die verfassungsrechtliche Identität der Bundesrepublik. Der Umfang des Begriffes der verfassungsmäßigen Ordnung ist dabei nicht hinreichend geklärt. Mit Gewissheit fällt hierunter jedoch das in Art. 79 Abs. 3 GG angesprochene änderungsfeste Minimum.[6] Diese Bestimmung des Rechtsguts ist wohlbegründet. Neben dem Wortlaut von § 90a Abs. 3 StGB lässt sie sich aus der Einordnung der Vorschrift in den dritten Titel des Besonderen Teils des StGB

---

[1] LK-StGB/Laufhütte/Kuschel, § 90a, Rn. 1; NK-StGB/Paeffgen, § 90a Rn. 2; Roggemann, JZ 1992, 934 (937).
[2] Ebling, Die Vorschrift des § 90a StGB, 2017, S. 27.
[3] Ebling, S. 33 f.
[4] Last, Die Staatsverunglimpfungsdelikte: §§ 90-90b StGB, 2000, S. 62 m. w. N.
[5] BVerfG, Beschluss v. 9. 7. 2008, 1 BvR 519/08, Rn. 53 (www.juris.de); BVerfG, NJW 2012, 1273)(1274); ähnlich: BGHSt. 6, 324 (325); BGH, NStZ 2012, 564; OLG Frankfurt NJW 1984 1128, 1130; Schroeder, JR 1979, 89; LK-StGB/Laufhütte/Kuschel, § 90a Rn. 1.
[6] Vgl. Ebling, S. 69.

(Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates) herleiten.

cc) Nun lässt sich nur schwerlich ausmalen wie ein Beschimpfen, Verächtlichmachen, Verunglimpfen der Bundesrepublik oder eines ihrer Symbole bzw. das Manipulieren an der Flagge für sich genommen schon einen Angriff darstellen sollen, der den Bestand der Bundesrepublik, ihrer Länder und ihrer verfassungsmäßigen Ordnung in Frage stellt. Daher gilt in der Dogmatik zu § 90a StGB als ausgemacht, dass dem Rechtsgutes des Bestandes ein „Zwischenrechtsgut" gleichsam vorgelagert ist: das Ansehen der Bundesrepublik, eines ihrer Länder bzw. ihrer verfassungsmäßigen Ordnung.[7] Unter diesem Ansehen wird das Bewusstsein der Staatsbürger von der Wertigkeit ihres Staates verstanden.[8] Freilich geht es fehl, wenn man das Ansehen auf abstrakte normative Komplexe wie etwa die in Art. 79 Abs. 3 GG angesprochenen Grundsätze bezieht.[9] Es bedarf einer auch sinnlich wahrnehmbaren Manifestation, einer Verkörperung im Handeln von Menschen, die – und sei es auch nur in ihrer Gesamtheit - als Funktionsträger fungieren.[10]

Diesen Zusammenhang spricht das Grundgesetz in seinem Art. 22 Abs. 1 S. 2 an, wenn es die Repräsentation des Gesamtstaates zu einer Aufgabe des Bundes erklärt.[11] Um die Repräsentanten als solchen von anderen Menschen unterscheidbar zu machen, bedient man sich seit alters her sinnlich fassbarer Symbole und Observanzen: Man kommt an ausgewählten Orten (etwa Pfalzen, Residenzen, Reichstagsgebäude, Gerichtslinden) zusammen, man trägt bestimmte Kleidung (z. B. Uniform, Robe), man bedient sich bestimmter Symbole (Farben, Flaggen[12], Hymnen[13]), um die verfassungsrechtlich Einheit des Gemeinwesen bzw. seiner drei Gewalten greifbar vor Augen zu führen.

b) Vor diesem Hintergrund zeichnet sich nun ab, inwiefern die in § 90a StGB umschriebenen Ausführungshandlungen, soweit sie, was hier thematisch ist, Flaggen und Hymnen betreffen, das Ansehen der Bundesrepublik, eines ihrer Länder oder ihre verfassungsmäßige Ordnung und darüber deren Bestand beeinträchtigen können. Es kann sich allenfalls um eine abstrakte Gefährdung handeln.

aa) Zwar wird teilweise vertreten, mit dem Verunglimpfen von Hymne und Flagge bzw. dem Manipulieren an einer öffentlich gezeigten Flagge i. S. v. § 90a Abs. 2 StGB sei das Ansehen der Bundesrepublik Deutschland bereits verletzt[14] bzw. konkret gefährdet[15]. Doch hält das näherer Nachprüfung nicht stand. Erst einmal geht es nicht um das Ansehen, das sich Repräsentanten des Staates selbst zuschreiben. Dementsprechend ist es auch nicht ausschlaggebend ihre Sichtweise, welche den Ansehensverlust zu definieren hat. Vielmehr geht es um das Ansehen, wie es sich unter den Bürgerinnen und Bürgern herausbildet und erhält. Dieses Ansehen entsteht nicht auf einem Schlag. Wie die Forschung zur Reputation von Unternehmen zeigt, entwickelt sich deren Renommee durch einen kontinuierlichen Prozess, mit dem sie in der Öffentlichkeit Wahrnehmungsbilder über sich und ihre Produkte erzeugen.[16] In gewisser Parallele dazu steht die Selbstdarstellung des Staates durch seine Repräsentanten und deren Leistungen.[17] Neben die Kommunikation des Staates mit seinen Bürgerinnen und Bürgern tritt das Gespräch derselben untereinander über ihren Staat. In einer

---

[7] Last, S. 94 m. w. N.
[8] Roggemann, JZ 1992, 934 (937).
[9] Zutreffend so Ebling, S. 70, 160.
[10] Vgl. Last, S. 68 f., Roggemann, JZ 1992, S. 934, 937. Zur verfassungsrechtlichen Diskussion: Leibholz, Die Repräsentation in der Demokratie, 1973, S. 26 f.; Quaritsch, Probleme der Selbstdarstellung des Staates, 1977, S. 8, 10; Murswiek, in: Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Murswiek u. a., 2000, S. 307, 312, 314, 324.
[11] Vgl. Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, hrsg. v. Herzog, Scholz u. a., 88. EL, Stand: August 2019, Art. 22 Rn. 34.
[12] Dazu BVerfGE 81, 278, 293.
[13] Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, hrsg. v. Herzog, Scholz u. a., 88. EL, Stand: August 2019, Art. 22 Rn. 55.
[14] So Volk, JR 1984, 441, 444.
[15] So Roggemann, JZ 1992, 934, 938 f.
[16] Zusf. Fleischer, Reputation und Wahrnehmung, 2015, 232.
[17] Ebling, S. 162 ff.

grundrechtlich verfassten, pluralistischen Gesellschaft ist dies natürlich kein mechanische Übernahme offiziell verbreiteter Sichtweisen, sondern eine von Zustimmung und Ablehnung zu einzelnen Themen befeuerte Meinungsbildung.[18] Es macht nicht zuletzt einen Gutteil die Reputation eines freiheitlich demokratischen Gemeinwesens aus, dass es sein eigenes Ansehen einer solchen vielstimmigen Debatte aussetzt. Selbst der heftige Tadel einer bestimmten staatlichen Entscheidung behält insofern noch nolens volens einen affirmativen Bezug zu dem kritisierten Gemeinwesen, weil und soweit es eben diese Möglichkeit der Kontroverse garantiert. Das bedeutet aber eben auch, dass ein vereinzeltes Verunglimpfen von Symbolen des Staates bzw. ein Manipulieren an öffentlich gezeigten Flaggen seinerseits nicht ohne Weiteres mit einem gleichsam mechanischen Um-sich-Greifen der Übernahme dieses negativen Images vom Staat rechnen kann. Vielmehr wird es durch die entgegenstehende Sichtweise nicht nur der staatlichen Repräsentanten, sondern auch und gerade der andersdenkenden Bürgerinnen und Bürger absorbiert und mittels Gegenkritik eingedämmt. Recht betrachtet stellt das in § 90a StGB umschriebene Vergehen daher ein abstraktes Gefährdungsdelikt dar.

bb) Die Pönalisierung abstrakter Gefährdungsdelikte steht unter erhöhten Legitimationsanforderungen.

Ihr Kriminalunrecht ist am ehesten fassbar, wenn ihre Ausführungshandlung im Einzelfall zumindest geeignet ist, das geschützte Rechtsgut zu verletzen.[19] Sowohl § 90 Abs. 1 als auch § 90 Abs. 2 StGB wollen jedoch ohne einer derartigen Eignung auskommen.[20] Ferner wird die abstrakte Gefahr darin gesehen, dass die Ausführungshandlungen jedenfalls typischerweise zu Beeinträchtigungen des geschützten Rechtsguts führen.[21] Dann müsste sich eine gewisse statistische Häufigkeit angeben lassen, wann dies der Fall ist. Das ist etwa bei Trunkenheitsfahrten (§ 316 StGB) hoch signifikant. Für das Verunglimpfen des Staates und seiner Symbole lassen sich jedoch keine entsprechenden Erhebungen finden.[22] Schließlich sieht man die Legitimation abstrakter Gefährdungsverbote im Unterbinden von Massenhandlungen bzw. von Deliktskumulationen. Um ein Kumulationsdelikt handelt es sich, wenn zwar die einzelne, von einem Menschen vollzogene Handlung für sich genommen nicht geeignet ist, fremde Rechtsgüter zu gefährden oder zu verletzen, eine solche Verletzung oder Gefährdung aber einträte, wenn eine Vielzahl von Menschen auf die gleiche Weise vorgehen würde.[23] Nun lässt sich schon sagen, dass ein Ansehensverlust der Bundesrepublik Deutschland und ihrer verfassungsgemäßen Ordnung zu besorgen ist, wenn eine Vielzahl von Bürgerinnen und Bürgern sich in Wort und Tat verunglimpfend über sie äußern oder mit ihren Symbolen dementsprechend umgeht. Doch folgt daraus nicht sogleich auch die Strafwürdigkeit eines solchen Verhaltens. Da es beim Kumulationsdelikt zur Verletzung des Rechtsgutes nur kommt, wenn auch andere das Verbot entsprechend übertreten, lässt sich die Verletzung oder Gefährdung dem einen nur vorwerfen, wenn man ihm das Verhalten der anderen zurechnen kann. Daran fehlt es hier aber zumeist. In jedem Fall ergibt sich der Nachahmungseffekt nicht allein daraus, dass ein Einzelner eine der in § 90a StGB beschriebenen Ausführungshandlungen vollzieht. Vielmehr hat man – wie eben [aa)] gezeigt – in signifikantem Umfang mit gegenläufigen Reaktionen zu rechnen.

cc) Vor diesem Hintergrund erhält die Kritik, die im Schrifttum an § 90a StGB geäußert wird, jedenfalls ein Stück weit, Plausibilität: Es wird u.a. aufgeführt die Vorschrift sei, gehe man von dem hier entwickelten Verständnis eines verfassungsrechtlich begründbaren Staatsschutzstrafrechts aus, aufgrund der fehlenden Strafwürdigkeit unverhältnismäßig, da die beschriebenen Handlungen nicht ein Maß an abstrakter Gefährlichkeit erreichten, das eine Kriminalisierung unter

[18] Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, 362 u. ö.
[19] Klesczewski, Strafrecht, Besonderer Teil, § 1 Rn. 45; § 11 Rn. 35.
[20] Ebling, S. 166.
[21] Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 225, 230 f.
[22] Ebling, S. 165.
23 Grundlegend Kuhlen, GA 1986, 389, 399.

Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten rechtfertigen kann, da eine individuelle politische Betätigung unter dem Gesichtspunkt einer „Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates“ niemals strafwürdig sein kann.[24] Ganz im Gegenteil würden auch solche Verhaltensweisen von § 90a StGB umfasst, die durch ihre - wenn auch möglicherweise geschmacklose – Kritik Mängel des Rechtsstaates erst aufzeigten und damit auf eine Verbesserung rechtsstaatlicher Garantien abzielten.[25] Auch wird argumentiert, dass die hergeleitete Rechtsgutsbestimmung die Strafbarkeit zu weit nach vorn verlege und im Zusammenspiel mit der Bestimmung als abstraktes Gefährdungsdelikt zu einem überzogenen strafrechtlichen „Klimaschutz“ führe.[26]

2. Schlussfolgerungen

Das in § 90 Abs. 1 und 2 StGB geschilderte Vergehen ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Seine strafrechtliche Legitimation steht dahin. Bedenkenswert ist es, das in § 90 Abs. 3 StGB enthaltene Qualifikationsmerkmal in die Grundtatbestände von § 90 Abs. 1 u. 2 StGB aufzunehmen. Gleichwohl bedeutet das nicht, dass die Bundesrepublik ein Verunglimpfen ihrer selbst bzw. ihrer Symbole hinzunehmen hätte. Soweit die Verkörperungen ihrer Symbole – wie häufig - für den Täter in fremden Eigentum stehen, greifen die §§ 303, 304 StGB. Im Übrigen geht es um die Ahndung lediglich generell gefährlichen Verhaltens. Das ist der typische Anwendungsbereich der Ordnungswidrigkeitengesetzes.[27] Konkret ließe sich daran denken, den § 124 OWiG entsprechend zu ergänzen.

B. Zum vorgeschlagenen § 90c StGB

Der Gesetzesentwurf des Bundesrates sieht vor, das Verunglimpfen der Flagge oder der Hymne der EU in ähnlicher Weise unter Strafe zu stellen, wie dies § 90a Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 StGB für die Hymne und die Flagge der Bundesrepublik tut.

1. Die Ausführungen, die zum Rechtsgut des § 90a StGB gemacht worden sind [(s. o. A. 1 a)] würden hier entsprechend gelten. Eine Besonderheit ist aber zu beachten: Während der Schutz des Bestandes und des Ansehens der Bundesrepublik Deutschland vom Grundgesetz gleichsam per se geboten ist, gibt es einen ähnlichen Automatismus nicht gegenüber dem Schutz des Bestandes und Ansehens einer suprastaatlichen Einrichtung wie der EU. Die Entwurfsbegründung argumentiert hier mit Art. 23 GG (BT-Drucks. 19/14378, S. 6). Wie die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zutreffend hervorhebt, lässt sich aus dieser Verfassungsvorschrift aber keine Verpflichtung der Bundesrepublik ableiten, die EU im Staatsschutzstrafrecht in gleicher Weise zu schützen wie die Bundesrepublik selbst (BT-Drucks. 19/14378, S. 9).

2. Etwas anderes kann sich aber aus dem unionsrechtlichen Assimilierungsprinzip ergeben. Die Europäische Union hat (von wenigen Ausnahmen abgesehen) keine Kompetenz zur Strafrechtssetzung übertragen bekommen. Sie ist daher selbst kaum in der Lage, Angriffe auf ihre Rechtsgüter in Tatbeständen zu erfassen, an die Kriminalstrafen oder andere ahndende Rechtsfolgen anknüpfen. Aus dem Loyalitätsgebot von Art. 4 III UA 2 EUV folgert der EuGH nicht nur das Recht[28], sondern auch die Pflicht der Mitgliedstaaten[29], Angriffen auf Rechtsgüter der EU mit Sanktionen zu begegnen, die wirksam, abschreckend und angemessen sind und die mit den Sanktionen vergleichbar sind, die das nationale Recht für ähnliche Verstöße vorsieht. Diese Pflicht entsteht nicht erst, wenn die EU durch Richtlinien den Mitgliedstaaten vorgibt, Mindesthöchststrafen für näher definierte

[24] Becker, BLJ 2012, S. 117.
[25] Krutzki, KJ 1980, 294 (300).
[26] Vormbaum, GA 2016, 609 (613).
[27] Klesczewski, Ordnungswidrigkeitenrecht, 2. Aufl., 2016, Rn. 36 ff.
[28] EuGHE 1977, 137 (Amtserdam Bulb).
[29] Grundlegend: EuGHE 1989, 2965 = NJW 1990, S. 2245 (Griechischer Mais).

Verhaltensweisen festzulegen. Sie leitet sich vielmehr unmittelbar aus den Verträgen ab. Den Mitgliedstaaten ist es daher generell aufgegeben, ihr Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht in den Dienst der EU zu stellen, um die Achtung vor deren Rechtsgütern durchzusetzen und damit das Schutzgefälle zwischen nationalen und vergleichbaren unionsrechtlichen Interessen abzubauen.[30] Von dieser Warte aus ist dem Gesetzesvorschlag des Bundesrates in einer Hinsicht eine gewisse innere Folgerichtigkeit zu bescheinigen: Schützt das bundesdeutsche Recht ihre Symbole vor Verunglimpfung u. ä., so muss dies auch für die Symbole der EU gelten. Es entsteht jedoch die Frage, warum der Schutz hier sich auf Hymne und Flagge beschränkt.

3. Will man einer Hypertrophie des Strafrechts an dieser Stelle entgegenwirken, scheint mir, wenn man dem Assimilierungsprinzip gerecht werden will, die für § 90a StGB vorgeschlagene Lösung auch hier vorzugswürdig. Als strafbar kann dann nur das Verunglimpfen gelten, welches zumindest in der Absicht geschieht, den Bestand der EU zu beeinträchtigen. Im Übrigen ist der Weg der Ergänzung des § 124 OWiG zu gehen.

II. Zur Strafbarkeit der Verletzung von Flaggen ausländischer Staaten

Nach gegenwärtiger Rechtslage sind Manipulationen an Flaggen ausländischer Staaten nur dann strafbar, wenn diese auf Grund von Rechtvorschriften oder nach anerkanntem Brauch öffentlich gezeigt werden. Der Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD will auch das Beschädigen oder Zerstören einer öffentlich gezeigten Flagge eines ausländischen Staates unter Strafe stellen (A.). Des Weiteren soll das Gegenseitigkeitserfordernis in § 104a StGB gestrichen werden (B.).

A. Beschädigen und Zerstören einer öffentlich gezeigten Flagge

Orientiert an § 90a StGB soll in § 104 Abs. 1 StGB auch das Beschädigen oder Zerstören einer öffentlich gezeigten Flagge unter Strafe gestellt werden.

1. Rechtsgut und der Deliktsstruktur des in § 104 StGB geschilderten Vergehens

a) § 104 StGB knüpft in seiner bisherigen Fassung an den Schutz der inländischen Symbole an. Er stellt die Verunglimpfung von Hoheitszeichen und Flaggen ausländischer Staaten – insbesondere von diplomatischen Missionen – unter Strafe. Umstritten ist, welche Rechtsgüter von § 104 StGB geschützt werden. Nach einer Ansicht werden ausschließlich ausländische Rechtsgüter geschützt, § 104 StGB dient damit dem Ansehen ausländischer Staaten.[31] Dies wird u.a. mit der Abschnittsüberschrift („Straftaten gegen ausländische Staaten“) und mit dem Willen des Gesetzgebers begründet.[32] Nach entgegenstehender Ansicht werden lediglich inländische Rechtsgüter geschützt. § 104 StGB schütze insoweit das deutsche Interesse am Erhalt des zwischenstaatlichen Friedens bzw. dem Erhalt von guten diplomatischen Beziehungen zu ausländischen Staaten.[33] Dazu wird vorgetragen, dass ausländische Staaten nur dann geschützt werden, wenn sie gem. § 104a StGB diplomatische Beziehungen zur Bundesrepublik Deutschland unterhalten. Dies zeige, dass nur das Interesse an dem Erhalt der diplomatischen Beziehungen und eben nicht die Interessen des ausländischen Staates geschützt seien.[34] Zutreffend ist wohl die

[30] Hecker, in: Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europ. StrafR, § 10 Rn. 14.1
[31] MüKoStGB/Kreß StGB § 104 Rn. 1; Dreher JZ 1953, 421 (426 f.).
[32] Weiterführend dazu MüKoStGB/Kreß StGB Vor § 102 Rn. 7 ff.
[33] NK-StGB/Kargl StGB Vor § 102 Rn. 2, § 104 Rn. 1; Blei Strafrecht II. Besonderer Teil, 12. Aufl. 1983, S. 471 .
[34] NK-StGB/Kargl StGB Vor § 102 Rn. 8.

vermittelnde h.L. [35] Sie verbindet die beiden Positionen zu der These von der doppelten Schutzrichtung. Danach sollen sowohl die ausländischen als auch die inländischen Rechtsgüter geschützt werden. Nach Völkerrecht hat jeder Staat Anspruch auf Achtung seiner Selbstbestimmung, Art. 1 Nr. 2 UN-Charta. Verboten ist grundsätzlich jede Form der Einmischung in die inneren Angelegenheiten. Nimmt die Bundesrepublik zu einem anderen Staat diplomatische Beziehungen auf, dann hat sie dessen diplomatische Vertretungen besonders zu schützen. Kennt das eigene Strafrecht – wie im Falle der Bundesrepublik [Art. 16 II 1 GG] - ein grundsätzliches Auslieferungsverbot hinsichtlich seiner Staatsangehörigen, dann hat es im Prinzip Angriffe auf diplomatische Vertretungen selbst unter Strafe zu stellen. Nach Art. 29 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen gilt dies freilich nur für die Unverletzlichkeit der Person und der Würde der Diplomaten. [36] Dagegen gehen die Meinungen auseinander, ob eine entsprechende Pönalisierungspflicht auch gegenüber Ehrangriffen besteht.[37] Vor diesem Hintergrund wird § 104 StGB schon in des bisherigen Fassung als völkerrechtliche „Rarität“ angesehen.[38]

Bisher schützt § 104 StGB Flaggen nur, soweit sie aufgrund einer Rechtsvorschrift oder aufgrund eines anerkannten Brauches öffentlich gezeigt werden. Damit ist zum einen das Zeigen der Flagge nach Art. 20 des Wiener Diplomatenrechtsübereinkommens, nach Art. 29 des Wiener Konsularrechtsübereinkommens bzw. nach den Regelungen in Schifffahrts- und Luftverkehrsübereinkommen gemeint.[39] Zum anderen sind nach h. M. auch Flaggen erfasst, die auf einer Veranstaltung mit internationalem Bezug öffentlich gezeigt werden.[40] Während durch die erstgenannte Einschränkung der Flagge als konkretem Tatobjekt von Rechts wegen eine herausgehobene Stellung mit öffentlich-rechtlichem Bezug eingeräumt wird, führt dies bei der letztgenannten Einschränkung zu einem Verweis auf angebliche Üblichkeiten, die sich weder durch Rechtsprechung noch durch völkerrechtliche Praxis oder Rechtsvergleichung auch nur näherungsweise festlegen lässt. Das steht im Widerspruch zum Bestimmtheitsgrundsatz, Art. 103 II GG.

b) Bei der Einführung von § 104 StGB folgte der Gesetzgeber dem Motiv, den Schutz der ausländischen Flagge dem Schutz der Bundesflagge in § 90a StGB anzunähern.[41] Wie bereits zu § 90a StGB dargelegt [s. o. I. A 1.b)], fehlt es den dort umschriebenen Ausführungshandlungen an der Eignung im Einzelfall, das Ansehen des Staates zu beeinträchtigen. Gleiches muss dann für die wortgleich in § 104 Abs. 1 StGB aufgeführten Tatbeschreibungen gelten. Folglich gilt auch hier: Damit strafwürdiges Unrecht im Tatbestand umschrieben ist, muss ein Bezug der Tat zur Beeinträchtigung des Bestandes des ausländischen Staates, der hier sinnfällig vor allem in dessen territorialer Integrität besteht, hinzugefügt werden. Es müsste daher der Tatbestand um die Absicht ergänzt werden, das Existenzrecht des ausländischen Staates in Frage zu stellen. Im Übrigen steht meines Erachtens nur der Weg einer entsprechenden Ergänzung des § 124 OWiG offen.

2. Zur Erweiterung von § 104 StGB

Der Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD will nun auch das Beschädigen oder Zerstören einer öffentlich gezeigten Flagge eines ausländischen Staates unter Strafe stellen. Hiermit kommt es in der Tat zu einer weiteren Angleichung mit dem Schutz der Bundesflagge in § 90a Abs. 2 StGB. Gleichzeitig wird der Kreis der Tatobjekte entgrenzt, da es sich nicht mehr um

[35] BVerwGE 64, 55; Lüttger, in: FS Jescheck I, 1985, 121 (125 ff.); LK-StGB/Bauer/Gmel Vor § 102 Rn. 1; Lackner/Kühl Vor § 102 Rn. 1; SK-StGB/Rudolphi/Wolter Vor § 102 Rn. 2; Schönke/Schröder/Eser Vor § 102 Rn. 2.
[36] MüKoStGB/Kreß, Vor § 102 Rn. 3.
[37] MüKoStGB/Kreß, Vor § 102 Rn. 2.
[38] Simson, Festschrift für Heinitz zum 70. Geburtstag, 1972, 737, 747 f.
[39] MüKoStGB/Kreß, Vor § 104 Rn. 7.
[40] Schönke/Schröder/Eser, § 104 Rn. 2.
[41] BT-Drucks. I/1307, 39.

Flaggen handeln muss, die nach Rechtsvorschrift oder Brauch öffentlich gezeigt werden. An die Stelle tritt, dass die Flagge öffentlich beschädigt oder zerstört werden muss. Die Entwurfsbegründung führt zur Begrenzung auf das Beschädigen und Zerstören aus, dass diese Handlungen typischerweise den Angriff auf die Existenz des mit der Flagge repräsentierten Staates symbolisiere, Ausschussdrucks. 19(6)109, S. 3. Das muss aber nicht sein: Wer mit einem Linienbus über eine auf der Straße liegende Flagge fährt, der beschädigt diese auch, ohne dass damit sogleich dem ausländischen Staat das Existenzrecht abgesprochen wird. Folgerichtig sollte auch hier die entsprechende Absicht in den Tatbestand aufgenommen werden. Im Übrigen bleibt der Weg der entsprechenden Ergänzung von § 124 OWiG.

B. Zum Wegfall der Gegenseitigkeitsklausel

Nach dem Änderungsantrag der Fraktionen von CDU/CSU und SPD soll die Gegenseitigkeitsklausel entfallen. Die guten Beziehungen zum anderen Staat könnten auch dann betroffen sein, wenn der ausländische Staat entsprechende Strafvorschriften nicht kenne, Ausschussdrucks. 19(6)109, S. 3. Das leuchtet nicht ein. Zwar war dieses Gegenseitigkeitserfordernis nie unumstritten.[42] Doch fragt sich, warum der Staat, der das Beschädigen oder Zerstören der Bundesflagge auf seinem Hoheitsgebiet hinnimmt, es nicht akzeptieren soll, wenn die Bundesrepublik Gleiches mit der seinigen Flagge tut. Darüber hinaus ist das Gegenseitigkeitserfordernis ein anerkanntet Grundsatz im Recht der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, vgl. § 5 IRG. Zuzustimmen ist dem Gesetzgeber des 3. StrÄndG, der das Gegenseitigkeitserfordernis für zweckmäßig erachtete.[43]

III. Schluss

Ich kann daher nicht empfehlen, die beiden Gesetzesentwürfe anzunehmen.

Leipzig, den 10. 02. 2020

Prof. Dr. D. Klesczewski

[42] MüKoStGB/Kreß, § 104a Rn. 10.
[43] BT-Drucks. I/1307, S. 63.

Kai Lohse

Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof

Strafrechtlicher Schutz bei Verunglimpfung der Europäischen Union und ihrer Symbole

A. Bewertung des § 90 c Abs. 1 StGB-E (Verunglimpfung der Flagge und Hymne der EU)

I. Europäische Union als legitimes Schutzgut eines abstrakten Gefährdungsdelikts

1. Mögliche Schutzgüter

a) Bestand und Integrität der Europäischen Union

b) Werte des Art. 2 EUV und Rechtsquellen des Art. 6 EUV einschl. EMRK

c) Bestand und Integrität der verfassungsmäßigen Ordnung von Bund und Ländern

d) Öffentlicher Frieden

2. Aspekte:

- Aufgrund der Souveränitätsübertragung stellt Unionsrecht einen wichtigen Teil der verfassungsmäßigen Ordnung bis hin zu teilweise direkt anwendbarer Rechtssetzung dar.

- Völkerverständigung und europäische Zusammenarbeit bilden tragende Elemente des Grundgesetzes (Präambel, Artt. 23, 24, 26 GG)

- Der Schutz von Symbolen ist zwar nicht unmittelbarer Gegenstand der Loyalitätsverpflichtung des Art. 4 Abs. 3 EUV, ist aber Ausdruck der Verantwortungsübernahme (Einstehen für Bestand und Werte der Europäischen Union) und damit eine unionsrechtlich gewollte Normenstabilisierung

- Stärkung des öffentlichen Friedens durch Identitätsschutz aller Unionsbürger, sowohl inländischer als auch ausländischer Herkunft als bedeutsame Gruppe (nach Statistischem Bundesamt gab es bei der Europawahl 2019 vier Millionen Wahlberechtigte aus anderen EU-Mitgliedstaaten)

II. Rechtfertigung einer Strafbewehrung:

1. Einordnung des § 90c StGB in die bestehende Strafrechtsarchitektur:

- Schutzgüter des § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB: Ausprägung von Art. 22 Abs. 2 GG; Bestand der verfassungsmäßigen Ordnung von Bund und Ländern; öffentlicher Frieden;

- Über § 1 Abs. 2 Nr. 3 Nato-Truppenschutzgesetz sind auch Symbole der in Deutschland stationierten nichtdeutschen NATO-Truppen einbezogen.

- § 104 StGB: Schutz der Symbole ausländischer Staaten und des Interesses an ungestörten Beziehungen zu anderen Staaten.

Zwischenergebnis: Die Rechtfertigung eines strafrechtlichen Schutzes der Symbole der Europäischen Union in § 90c StGB-E geht über jene des § 104 StGB hinaus und reicht an die Legitimation des § 90a StGB heran, zumal eine Gleichstellung mit dem Schutz für Symbole von NATO-Staaten nahe liegt.

2. Kritik in der Literatur am Schutzgut des § 90a StGB: Unbestimmtheit, unzulässiger „politischer Klimaschutz“?

Die Kritik greift m.E. im Hinblick auf die unter 1. dargestellten Schutzgüter zu kurz. Ein strafrechtlicher Schutz der Flaggen und Symbole der Europäischen Union dient der Wahrung der Integrität sowohl der Europäischen Union als auch der verfassungsmäßigen Ordnung von Bund und Ländern sowie dem öffentlichen Frieden im Inland. Eine Erfassung allein strafwürdigen Verhaltens kann durch eine verfassungskonforme Anwendung sichergestellt werden (siehe III.)

III. Ausschluss eines unverhältnismäßigen Eingriffs in die Meinungs- und Kunstfreiheit

1. Der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG (Art. 5 Abs. 3 GG) wird regelmäßig berührt sein.

Auf die Strafnorm des § 90c Abs. 1 StGB-E wären die für § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB geltenden Maßstäbe zu übertragen: Bei jener Norm bestehen keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken (BVerfG NJW 1990, 1982; NJW 1999, 204, 205; NJW 2009, 908). Es ist aber zu beachten, dass auch scharfe Kritik erlaubt sein muss („Polemikbereich“ muss eröffnet sein). Zudem kommt Staat und Europäischer Union kein grundrechtlich geschützter Ehrenschutz zu. Anders könnte es nur liegen, wenn dem Staat (dem Staatenbund) jegliche Legitimation abgesprochen und dazu aufgerufen würde, sie zu ersetzen (BGH NStZ 2003, 145). Ebenso ist der Schutzbereich der Kunstfreiheit weit gefasst.

Bei § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB muss die Tathandlung deshalb auf Grund der konkreten Art und Weise der Meinungsäußerung zumindest mittelbar geeignet erscheinen, den Bestand der Bundesrepublik Deutschland, die Funktionsfähigkeit seiner staatlichen Einrichtungen oder die Friedlichkeit der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden (BVerfG NJW 2012, 1273); übertragen auf § 90c Abs. 1 StGB-E müsste also der Tathandlung geeignet sein, Bestand, Funktionsfähigkeit und grundlegende Werte der Europäischen Union oder ein anderes unter I. 1 genanntes Schutzgut zu beeinträchtigen.

2. Die Einschränkung erfolgt hier durch ein allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG.

3. Damit verschiebt sich die Sicherung der Verfassungskonformität auf die Ebene der Rechtsanwendung: Methodisch kann dies durch eine einschränkende Auslegung des Merkmals des „Verunglimpfens“ oder eine direkte Abwägung mit Art. 5 Abs. 1 oder Abs. 3 GG erreicht werden. Dabei sind mehrere Prüfungsschritte vorzunehmen:

Zunächst kommt es auf die richtige Ermittlung des Aussagegehalts an, wobei ein objektiver Maßstab wie bei § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB anzulegen sein wird.

Sodann ist die Abwägung umfassend durchzuführen:

Erster Schritt: Verboten werden darf nicht der Inhalt einer Meinung als solche, sondern nur die Art und Weise der Kommunikation, die bereits den Übergang zur Rechtsgutsverletzung greifbar in sich trägt und damit die Schwelle zu einer sich abzeichnenden Rechtsgutsverletzung überschreitet (BVerfGE 124, 300, 332f.). Es muss sich mithin um einen besonders gravierenden Verbalangriff handeln. Dem trägt das Element des „Verunglimpfens“ als qualifizierte Missachtung Rechnung.

Zweiter Schritt: Fallbezogene Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem Rechtsgut, in dessen Interesse sie eingeschränkt ist (BVerfGE 93, 266, 293 ff.).

Es liegt damit eine ähnliche Ausgangssituation wie bei den Tatbeständen der Beleidigung (§ 185 StGB) und der Volksverhetzung (130 Abs. 2 StGB) vor. Den Tathandlungen des § 90c Abs. 1 StGB-E, mehr noch des § 90c Abs. 2 StGB-E, wohnt tendenziell in ähnlicher Weise ein appellativer Charakter inne: Es schwingt die Aufforderung mit, über verbale Proteste hinaus gegen den Bestand der

Institutionen der europäischen Union vorzugehen. Die Norm knüpft somit an zulässige Strafbarkeitsgünde wie dem friedensstörenden Auffordern zu diskriminierenden Handlungen an.

Im Ergebnis stellt die Übernahme der Auslegungsgrundsätze zu § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB eine hinreichende Beachtung der Grundrechte im Einzelfall sicher. Absehbar wird dies vielfach im Ergebnis zur Straffreiheit führen. Es handelt sich um eine schwierige, aber lösbare richterliche Auslegung. Gleiches gilt für den von der Staatsanwaltschaft zu prüfenden Anfangsverdacht.

IV. Auswirkung von Art. 10 EMRK

1. Eröffnung des Schutzbereichs

2. Voraussetzungen der Rechtfertigung nach Art. 10 Abs. 2 EMRK:

a) Gesetzlich vorgesehen

b) Vorliegen eines „dringendes soziales Bedürfnis“ zur Sicherung der öffentlichen Sicherheit und des friedlichen Zusammenlebens in der Gesellschaft

c) Verhältnismäßigkeit:

Zu berücksichtigen sind der herausgehobene Stellenwert der Meinungsfreiheit als „Grundpfeiler einer demokratischen Gesellschaft“, die Gefahr des „chilling effect“ und die besondere Schutzwürdigkeit von Meinungsäußerungen im Rahmen einer Debatte „von allgemeinem Interesse“ (Grabenwarter/Pabel 6. Aufl., Art. 10 EMRK, Rdn. 26 ff.).

Eine Auslegung, die Art. 5 Abs. 1 GG beachtet, wird Art. 10 EMRK im Ergebnis gerecht werden.

V. Bestimmtheit der Regelung, Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit

Liegt eine ausreichende Vorherbestimmung durch den Gesetzgeber vor oder kommt es zu unzulässigen Wertungsentscheidungen der Gerichte? Zwar werden vielfach richterliche Wertungen zu treffen sein, die Vergleichbarkeit mit anderen Tatbeständen des Staatsschutzstrafrechts belegt aber eine ausreichende Bestimmtheit der Gesetzesregelung.

B. Bewertung des § 90c Abs. 2 StGB-E

I. Tatbestand

Es gelten die Überlegungen zu § 90c Abs. 1 StGB-E entsprechend; aufgrund der erhöhten Intensität der Verletzungshandlung liegt eine Verletzung von Art. 5 GG nicht nahe.

II. Versuchsstrafbarkeit

Problem des unmittelbaren Ansetzens sind wie bei § 90a Abs. 2 StGB zu lösen. Es sind nur wenige Einzelfälle einer Versuchsstrafbarkeit denkbar.

C. Bewertung der Erweiterung durch § 104 StGB-E

I. Legitimes Schutzgut

Geschützt sind sowohl das Ansehen ausländischer Staaten als auch das Interesse der Bundesrepublik Deutschland an ungestörten zwischenstaatlichen Beziehungen. Mit Blick auf die jeweiligen Gemeinschaften von in Deutschland lebenden Bürgern aus dem betroffenen Staat ist auch ein Schutz des öffentlichen Friedens in Betracht zu ziehen (vgl. auch die Parallelität zu § 130 Abs. 2 StGB: Schutz von Teilen der Bevölkerung gegen Aufstachelung).

II. Rechtfertigung einer Strafbewehrung

Die Schutzgüter rechtfertigen auch mit Blick auf die Völkerrechtsfreundlichkeit des GG eine Strafandrohung.

III. Ausschluss eines unverhältnismäßigen Eingriffs in die Versammlungsfreiheit

Die Beschränkung auf Tathandlungen des Beschädigens und Zerstörens begrenzen die Strafbarkeit auf symbolische Negierungen des Existenzrechts. Im Vordergrund steht auch hier der appellative Charakter und der Ausdruck der Missachtung sowie die Verneinung eines Existenzrechts.

Zugleich bleiben angemessene Lösungen über eine gebührende Berücksichtigung der Grundrechte aus Art. 5 GG und Art. 8 GG im Einzelfall möglich. Der Grundrechtsschutz kann somit durch eine sachgerechte Auslegung gewahrt werden.

D. Strafanwendungsrecht

I. Deutsche Strafgewalt für Auslandstaten nach § 90c Abs. 1 StGB-E

1. Die Frage stellt sich insbesondere vor dem Hintergrund möglicher Umgehungen bei in Deutschland abrufbaren Internetveröffentlichungen aus dem Ausland (vgl. parallele Problematik bei §§ 86a, 130 StGB). Es bestehen folgende Alternativen:

a) Keine Erfassung von Auslandstaten;

b) Erfassung von Auslandstaten nach § 90c Abs. 1 StGB-E, wenn Täter Deutscher ist oder seine Lebensgrundlage im räumlichen Geltungsbereich des Gesetzes hat durch Erweiterung des § 5 Nr. 3a StGB;

c) Wie b, aber eigene Strafanwendungsregelung in § 90c StGB-E.

2. Ist eine Erfassung von Auslandstaten gewollt, dürfte gesetzessystematisch Alternative b nahe liegen, damit wäre ein Gleichlauf mit § 90a Abs. 1 StGB erzielt.

II. Deutsche Strafgewalt für Auslandstaten nach § 90c Abs. 2 StGB-E, § 104 StGB-E

Es besteht keine vergleichbare Situation zu der in § 5 Nr. 3 b StGB vorgesehenen Erfassung von Auslandstaten nach § 90a Abs. 2 StGB. Es sollte dabei verbleiben, die deutsche Strafgewalt weder bei Taten nach § 90c Abs .2 StGB-E noch bei solchen des § 104 StGB-E auf Auslandstaten zu erstrecken.

NADIJA SAMOUR, LL.M. (GALWAY)
RECHTSANWÄLTIN
ANSÄSSIG IM HAUS DER DEMOKRATIE & MENSCHENRECHTE

Stellungnahme zur Anhörung im Rechtsausschuss am 12.02.2020 zur Ergänzung eines § 90c und Änderung der §§ 104 f. StGB:

Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafrechtlicher Schutz bei Verunglimpfung der Europäischen Union und ihrer Symbole

BT-Drucksache 19/14378

I. § 90 c StGB-E

Der Gesetzentwurf schlägt die Einführung eines § 90c StGB vor, der die Verunglimpfung der Flagge und Hymne der Europäischen Union unter Strafe stellt. Der Entwurf sieht dabei vor, dass der abstrakte Strafrahmen der neuen Vorschrift sich an § 90a StGB orientiert und daher bei Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe liegt. Der Versuch einer solchen Verunglimpfung soll ebenso strafbar sein.

Hintergrund dieses Entwurfs ist eine festgestellte Strafbarkeitslücke, da die Symbole der EU nicht unter § 90a StGB subsumierbar sind.

Die Begründung des Gesetzesentwurfs erachtet hierin einen Wertungswiderspruch, da die besondere Bedeutung der EU für die Bundesrepublik Deutschland ebenfalls strafrechtlichen Schutz genießen soll, wie auch die deutsche Flagge und Hymne. Die gemeinsamen Werte mit den Mitgliedsstaaten der EU verpflichteten die Bundesrepublik Deutschland hierzu (S. 4 BT-Drucksache 19/14378).

Der Gesetzesentwurf ist abzulehnen, weil (1) dem ultima-ratio Prinzip bzw. dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts nicht genüge getan wird, und (2) der Grundrechtsschutz gefährdet wird.

(1) Ultima-ratio Prinzip

§ 90c StGB-E wird dem ultima-ratio Prinzip nicht gerecht, weil das betroffene Interesse marginal ist, und der Grundrechtsschutz der Grundrechtsträger Vorrang hat.[1]

Grundsätzlich werden durch das Strafrecht Rechtsgüter geschützt. Umgekehrt jedoch muss bzw. darf das Strafrecht nicht für den Schutz jeglicher Rechtsgüter herangezogen werden, bevor nicht das Instrumentarium der gesamten Rechtsordnung herangezogen wurde. Roxin formuliert es so:

[1] So auch die Stellungnahme zum Gesetzesentwurf von Prof. Dr. Weigend.

„Das Strafrecht ist das letzte unter allen in Betracht kommenden Schutzmaßnahmen, d.h. es darf nur dann eingesetzt werden, wenn andere Mittel der sozialen Problemlösung -wie die zivilrechtliche Klage, polizei- oder gewerberechtliche Anordnungen, nicht-strafrechtliche Sanktionen usw. – versagen.“[2]

Zudem gilt ist das Strafrecht fragmentarischer Natur, d.h. es schützt nur einen Teil der Rechtsgüter, und auch diese nicht immer generell.

Diese Beschränkung des Strafrechts folgt aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG. Hiermit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass es sich beim Strafrecht um die härteste aller staatlichen Möglichkeiten handelt, in die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger einzugreifen.

Ein Blick in Richtung Rechtsrealität zeigt jedoch folgendes Bild: 2016 und 2017 gab es bundesweit 7 Verurteilungen gemäß § 90a StGB[3], 2018 nur noch 3 Verurteilungen[4] – also Tendenz fallend. Eine Kriminalisierung ist also nicht angezeigt. Sofern von „appelativem Charakter“ der Norm gesprochen wird, so trifft es dies ganz gut. Jedoch ist das StGB aufgrund des ultima-ratio Prinzips nicht der geeignete Ort für Symbolgesetzgebung.

Es mag zwar sein, dass mit der Einführung des § 90c StGB-E der Verrohung des politischen Diskurses entgegnet werden könnte. **Andererseits ist davor zu warnen, dass illiberalen Kräften (die u.a. zur besagten Verrohung beitragen) Instrumente zur Hand gereicht werden, mit denen sie politische Gegner verfolgen könnten.**[5]

(2) Grundrechtsschutz

Es sind die Bürgerinnen und Bürger und die Menschen in der Bundesrepublik Deutschland, die Grundrechtsträger sind. Sie gelten u.a. als Abwehrrechte gegen den Staat, woraus abgeleitet wird, dass der Staat selbst nicht Grundrechtsträger sein kann.
Nach ständiger Rechtsprechung kommt dem Staat also kein grundrechtlicher Ehrenschutz zu.[6]
Das zu schützende Rechtsgut des § 90c StGB-E sieht jedoch in Anlehnung an § 90a StGB den Schutz des Ansehens und des Bestands der EU vor. Dieses Rechtsgut muss demnach mit widerstreitenden Grundrechten wie der Meinungsäußerungs-, der Kunst-, oder der Versammlungsfreiheit im Einzelfall abgewogen werden.

---

[2] Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 3. Auflage C.H. Beck Verlag (1997), S. 25.
[3] Rath, Christian, *Schwarz-rot-gelbe Umgangsformen,* Artikel erschienen in der taz am 01.08.2018, abrufbar unter https://taz.de/Gerichtsurteil-zur-Deutschlandfahne/!5520652/ (11.02.2020).
[4] Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Strafverfolgung, Fachserie 10 Reihe 3, Erschienen am 18.12.2019.
[5] Man denke als Vergleich an die umstrittene türkische Norm Art. 301, die u.a. die Herabsetzung der türkischen Nation kriminalisiert, und mit welcher politische Gegner verfolgt werden, u.a. auch Mitglieder des deutschen Bundestags, vgl. *Anzeige wegen "Beleidigung des Türkentums",* erschienen am 16.09.2016 in der Frankfurter Rundschau, abrufbar https://www.fr.de/politik/anzeige-wegen-beleidigung-tuerkentums-11132887.html (11.02.2020).
[6] BGH 3 StR 27/18, Beschluss vom 30.10.2018; BVerfG Beschluss vom 28.11.2011, 1 BvR 917/09.

Es muss unterstrichen werden, dass die Strafverfolgung ein Grundrechtseingriff seitens des Staates darstellt, der gerechtfertigt sein muss. **Die beabsichtigte Kriminalisierung durch den § 90c StGB-E stellt eine solche Rechtfertigung nicht dar.**
Die beabsichtigte Kriminalisierung ist auch deswegen fragwürdig, weil schon die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme (Anlage 2 der BT-Drucksache 19/13478) nicht von der Gleichstellung des Schutzes der Symbole der EU mit Symbolen der Bundesrepublik ausgeht, und eine Verpflichtung für den Gesetzgeber, durch das Staatsschutzstrafrecht die Symbole der EU nicht besteht (S. 10). Wenn also -wie weiter unten darzustellen- bereits der Grundrechtsschutz grundsätzlich mehr wiegt als die Rechtsgüter des § 90a StGB, dann muss dies für den § 90c StGB-E erst recht gelten. Umso unverständlicher also der Gesetzesentwurf.

Die Abwägung durch die Rechtsprechung hat eine undurchschaubare Kasuistik hervorgerufen, der sich keine Systematik entnehmen lässt. Im Lichte der darzustellenden Rechtsprechungsentwicklung muss vorab schon die Frage aufgeworfen werden**, warum der Gesetzgeber nun eine Verschärfung des Strafrechts vorsieht, während das Bundesverfassungsgericht dem Grundrechtsschutz entgegen der Strafbarkeit grundsätzlich Vorrang einräumt.**

Jedenfalls hat die Rechtsprechung mit der Wiedereinführung[7] des politischen Strafrechts mit dem ersten Strafrechtsänderungsgesetzt von 1952 ein zunächst weit gezogenes Verständnis der Staatsverunglimpfungsdelikte an den Tag gelegt.[8] Erst in den 1970er verfestigte sich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dahingehend, dass die Staatsverunglimpfungsnormen im Lichte des Artikel 5 GG restriktiv auszulegen sind.[9]
2008 und 2011 bekräftigte das BVerfG nochmals diese Grundsätze:

„In öffentlichen Angelegenheiten gilt die Vermutung zugunsten der freien Rede. Die Bürger sind rechtlich nicht gehalten, die Wertsetzungen der Verfassung persönlich zu teilen. Das Grundgesetz baut zwar auf der Erwartung auf, dass die Bürger die allgemeinen Werte der Verfassung akzeptieren und verwirklichen, erzwingt die Werteloyalität aber nicht.

(…)
Handelt es sich bei der gesetzlichen Beschränkung der Meinungsfreiheit um eine Staatsschutznorm (…), ist besonders sorgfältig zwischen einer (…) Polemik und einer Beschimpfung oder böswilligen Verächtlichmachung zu unterscheiden, weil Art. 5 Abs. 1 GG gerade aus dem besonderen Schutzbedürfnis der Machtkritik erwachsen ist und darin unverändert seine Bedeutung findet“.[10]

---

[7] Am 30. Januar 1946 war mit dem Kontrollratsgesetz Nr. 11 der § 134a StGB (Republikschutzgesetz) als typisches NS-Gesinnungsstrafrecht aufgehoben worden, vgl. zur Geschichte und Entwicklung: Kuritzki, Gottfried, *Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole, eine Dokumentation zu § 90a StGB,* erschienen in Kritische Justiz, Vol. 13, No. 3 (1980), S. 294-314.
[8] Zur näheren Darstellung vgl. *Aktueller Begriff: Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole – § 90a StGB*, verfasst durch RD Dr. Roman Trips-Hebert – Fachbereich WD 7, Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Umweltschutzrecht, Bau und Stadtentwicklung, Wissenschaftlicher Dienst des Bundestags, Nr. 17/17 (29. Mai 2017), online abrufbar: https://www.bundestag.de/resource/blob/508880/4c55cd109ca117955badd1b4d2381e1d/verunglimpfung-des-staates----data.pdf (11.02.2020).
[9] BVerfGE 47, 198.
[10] BVerfG Beschluss vom 15.9.2008, 1 BvR 1565/05.

Das Bundesverfassungsgericht sieht die Schwelle zur Rechtsgutverletzung im Falle des § 90a StGB erst dann überschritten, wenn aufgrund der konkreten Art und Weise der Meinungsäußerung der Staat dermaßen verunglimpft wird, dass dies zumindest mittelbar geeignet erscheint, den Bestand der Bundesrepublik Deutschland, die Funktionsfähigkeit seiner staatlichen Einrichtungen, oder die Friedlichkeit in der Bundesrepublik zu gefährden. Verboten werden dürfe nicht der Inhalt der Meinung als solche.[11]

Aber auch die Frage nach der konkreten Art und Weise der Meinungsäußerung[12] lässt Raum für Deutungen – es steht zu befürchten, dass die politische Willensbildung auf die Rechtsprechung abgewälzt wird, und eine Entpolitisierung des Parlaments droht.[13]

II. §§ 104 Abs. 1, Satz 2 StGB-E, 104a StGB-E

Es liegt außerdem ein Änderungsvorschlag für §§ 104, 104 a StGB vor.
Dem § 104 Absatz 1 soll folgender Satz angefügt werden:

„Ebenso wird bestraft, wer öffentlich die Flagge eines ausländischen Staates zerstört oder beschädigt."

Außerdem soll in § 104a StGB die Voraussetzung der Gegenseitigkeit entfallen, sowie die Prozessvoraussetzung der Ermächtigung zur Strafverfolgung durch die Bundesregierung.

Auch dieser Gesetzesentwurf ist abzulehnen, weil (1) dem ultima-ratio Prinzip bzw. dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts nicht genüge getan wird, und (2) das Analogieverbot berührt ist, (3) und das Willkür- und Diskriminierungsverbot in Frage gestellt wird.

(1) Ultima-ratio Prinzip

Wiederum ist das ultima-ratio Prinzip und der fragmentarische Charakter des Strafrechts in Frage gestellt. Auf die Ausführungen weiter oben wird verwiesen. 2017 hat es 2 Verurteilungen wegen des § 104 StGB gegeben[14], 2018 gar keine[15].
Als Anlass für die Gesetzesverschärfung wird eine Demonstration in Berlin im Dezember 2017 gegen die völkerrechtswidrige Verlegung der US-Botschaft nach Jerusalem angegeben. Dabei soll es zur Verbrennung einer selbst erstellten israelischen Flagge gekommen sein. Nicht nur rechtfertigt dieses wohl einmalige Vorkommnis keine Gesetzesverschärfung, sondern ihm

---

[11] BVerfG Beschluss vom 28.11.2011, 1 BvR 917/09.
[12] Wiederum fraglich hier: BVerG Beschluss vom 07.03.1990, 1 BvR 266/86, 913/87, in dem das Bundesverfassungsgericht die **Straflosigkeit des Urinierens auf die Flagge** der Bundesrepublik im Lichte der Kunstfreiheit festgestellt hat.
[13] Zur Frage, wie dies durch sich wendende politische Klimata zu einem gefährlichen Unterfangen werden kann: Kuritzki, Gottfried, *Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole, eine Dokumentation zu § 90a StGB,* erschienen in Kritische Justiz, Vol. 13, No. 3 (1980), S. 297 f.

[14] Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Strafverfolgung, Fachserie 10, Reihe 3, 2017, erschienen am 28.11.2018.
[15] Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Strafverfolgung, Fachserie 10 Reihe 3, 2018, erschienen am 18.12.2019.

kann – im Lichte des ultima-ratio Prinzips – auch etwa versammlungsrechtlich begegnet werden.

Jedenfalls muss auch hier der Grundrechtsschutz beachtet werden. Keinesfalls kann ohne nähere Betrachtung davon ausgegangen werden, dass die Demonstranten bspw. Das Existenzrecht Israels in Frage stellen wollten. Vielmehr liegt eine zugespitzte Form der Kritik an der Politik des Staates vor, welche in einer Demokratie ausgehalten werden muss. Die Interessen der Bundesrepublik und das Ansehen ausländischer Staaten müssen dahinterstehen.

(2) Analogieverbot

Sofern der Gesetzentwurf auch Flaggen umfasst, die „offenkundig in Anlehnung an die offizielle Staatsflagge hergestellt und diesen ähnlich sind“ (S. 3), so ist dies aufgrund des Analogieverbots gemäß Art. 103 Abs. 2 GG abzulehnen.

Fraglich ist, was Flaggen im Sinne der Norm sind. Verwiesen wird in der Literatur auf § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB. In diesem Sinne sind Flaggen oder andere Hoheitszeichen solche, die Staatsgewalt öffentlich und autoritativ zum Ausdruck bringen sollen.[16] Privat hergestellte oder erworbene Objekte fallen nicht hierunter.

(3) Diskriminierungs- und Willkürverbot

Der oben erwähnte Anlass der Gesetzesverschärfung ruft die Frage einer drohenden faktischen Benachteiligung und Stigmatisierung spezifischer Bevölkerungsgruppen hervor.
Wenn palästinensische, oder wie in der Bundestagsdebatte vom 11.02.2020 erwähnt, kurdische Demonstrierende ihre krasse Ablehnung gegenüber der Politik eines sie verfolgenden Staates äußern, dann sind auch sie einer erhöhten Gefahr der Strafverfolgung ausgesetzt.
Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt festgestellt, dass das Grundgesetz auch vor faktischen Benachteiligungen schützt, und hierfür eine Rechtfertigung vorliegen muss.[17] Im Hinblick auf die oben gemachten Ausführungen liegt dies jedoch nicht nahe.

Beunruhigend ist auch, dass gemäß § 104a StGB das Strafverlangen der ausländischen Regierung als Prozessvoraussetzung vorliegen muss. Fraglich ist, ob dies durch illiberale Regierungen ausgenutzt werden, und zu willkürlichen Entscheidungen in der Strafverfolgung führen könnte.

[16] Fischer, StGB Kurzkommentar, § 90a, Rn. 9, 67. Auflage, C.H. Beck Verlag (2020).
[17] Zuletzt z.B. Beschluss vom 27. Januar 2015 - 1 BvR 471/10.

Universität zu Köln

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Institut für ausländisches und internationales Strafrecht

Professor Dr. Thomas Weigend

Telefon +49 221 470 2780
Telefax +49 221 470 4966
Thomas.Weigend@uni-koeln.de

www.uni-koeln.de/jur-fak/intstra/ weigend.html

10.2.2020

Stellungnahme in der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 12. Februar 2020
zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafrechtlicher Schutz bei Verunglimpfung der Europäischen Union und ihrer Symbole (BT-Drs. 19/14378)

Die folgende Stellungnahme bezieht sich auf den Gesetzentwurf des Bundesrates v. 23.10.2019 (BT-Drs. 19/14378) unter Einbeziehung des Änderungsantrags der Fraktionen von CDU/CSU und SPD v. 17.12.2019 (Ausschussdrucksache 19(6)109). Sie beschäftigt sich zunächst (unter A.) mit Einzelfragen des Gesetzentwurfs und dann (unter B.) mit der allgemeinen Frage, ob die Schaffung einer Strafnorm zum Schutz der Europaflagge und –hymne notwendig und angezeigt ist.

A. Die vorgeschlagene Regelung im Einzelnen

I. Schutz der Europaflagge

1. Lozierung

Eine neue Strafnorm zum Schutz der Europaflagge kann

Hausanschrift
Gottfried-Keller-Str. 2
50931 Köln

Zentrale
Telefon +49 221 470-0 (Zentrale)
Telefax +49 221 470-5151

- in Parallele zum Schutz der Hoheitszeichen der Bundesrepublik Deutschland gestaltet und als § 90c StGB in den Ersten Abschnitt des Besonderen Teils eingefügt oder
- bei den „Straftaten gegen ausländische Staaten“ etwa als § 104b StGB im Dritten Abschnitt des Besonderen Teils eingeordnet werden.

Letzteres dürfte am ehesten der Stellungnahme der Bundesregierung (BT-Drs. 19/14378, S. 9) entsprechen.

Es spricht wenig dafür, den Schutz der Europaflagge und der deutschen Flagge strafrechtlich in gleicher Weise zu regeln. Während die Flagge der Bundesrepublik Deutschland eines der wesentlichen Symbole der staatlichen Einheit und Souveränität Deutschlands ist, so dass deren verbale oder tätliche Verunglimpfung unmittelbar den Staat als solchen berührt[1] und dementsprechend den öffentlichen Frieden erheblich gefährden kann, ist die Europaflagge mit der Identität der Bundesrepublik Deutschland nicht verknüpft, sondern betrifft mit der EU eine völkervertraglich begründete überstaatliche Institution, deren Bestand und Zwecksetzung sich in den letzten Jahrzehnten immer wieder verändert hat. Dass die Bundesrepublik Deutschland einzelne Hoheitsrechte an die EU abgegeben hat und dass manche Rechtsakte der EU unmittelbare Wirkung in Deutschland entfalten, ändert an diesem Befund nichts. Ähnliches gilt etwa auch für die NATO, von der man wohl kaum behaupten würde, dass sie „Teil der hoheitlichen Ordnung auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland und damit in gleichem Maße schützenswert wie die Bundesrepublik Deutschland selbst“[2] sei. Auch dürfte die Gefahr von gewaltsamen Reaktionen auf Verunglimpfungen der einer breiteren Öffentlichkeit vielfach gar nicht bekannten Europaflagge deutlich geringer sein als bei Angriffen auf die Flagge der Bundesrepublik Deutschland.

Es ist daher eher zu erwägen, eine etwaige Strafnorm in Anlehnung an § 104 StGB auszugestalten und im Dritten Abschnitt des Besonderen Teils zu lozieren. Das Schutzgut dieses Abschnitts wird bekanntlich unterschiedlich bezeichnet. Während die herrschende Ansicht sowohl die Ehre der ausländischen Staaten als auch die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland als geschützte Interessen betrachtet,[3] werden von einzelnen Autoren auch nur das erste[4] oder

---

[1] Vgl. MüKo StGB / *Steinmetz*, 3. Aufl. 2017, § 90a Rn. 1 (Rechtsgut ist der „Bestand der Bundesrepublik Deutschland“).
[2] So die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 19/14378, S. 6) in Bezug auf die EU.
[3] S. etwa LK / *Bauer/Gmel*, 12. Aufl. 2007, vor § 102 Rn. 1; SK StGB / *Rudolphi/Wolter,* 9. Aufl. 2015, vor § 102 Rn. 2; Schönke/Schröder/*Eser*, StGB, 30. Aufl. 2019, vor § 102 Rn. 2.

nur das zweite[5] dieser Güter als geschützt angesehen. Beide Schutzinteressen lassen sich jedoch allenfalls *cum grano salis* auf die Europäische Union übertragen. Weder verfügt sie über eine völkergewohnheitsrechtlich geschützte eigene „Staatenehre“, wie sie von den Vertretern der „Auslandsschutz“-Theorie als maßgeblich angesehen wird,[6] noch drohen der Bundesrepublik Deutschland etwa bewaffnete Auseinandersetzungen mit der EU als Reaktion auf ungeahndete Verletzungen von EU-Interessen in Deutschland. Gleichwohl liegen gute Beziehungen mit den Einrichtungen der EU im wohlverstandenen Interesse der Bundesrepublik Deutschland, und das sanktionslose Hinnehmen etwa von wiederholten Zerstörungen der Europaflagge in Deutschland könnte diese Beziehungen belasten. Deshalb lässt sich ein grundsätzliches Interesse der Bundesrepublik Deutschland an einer Sanktionierung im Hinblick auf ihre enge Verbindung mit den Institutionen der EU bejahen. Dieses Interesse ist ähnlich beschaffen wie dasjenige an guten auswärtigen Beziehungen, wie es der Inkriminierung von Verletzungen der Hoheitszeichen ausländischer Staaten in § 104 StGB zugrunde liegt.

2. Reichweite

Falls man dieses Interesse mittels einer Strafvorschrift im systematischen Kontext der §§ 102 ff. StGB wahrnehmen möchte,[7] stellt sich die Frage nach der angemessenen inhaltlichen Reichweite einer solchen Vorschrift.

a) Tatobjekt

Nach § 90c Abs. 1 StGB idF des Entwurfs des Bundesrates (im Folgenden: BR-E) soll „die Flagge der Europäischen Union“ schlechthin gegen öffentliche oder durch Schriften begangene Verunglimpfung geschützt werden; nur bei sonstigen Formen der Herabsetzung (z.B. Zerstören oder Beschädigen) soll es darauf ankommen, dass die Flagge „öffentlich gezeigt“ wird (§ 90c Abs. 2 BR-E). Diese sehr weite Fassung des geschützten Objekts entspricht dem Schutz der deutschen Flagge in § 90a Abs. 1 StGB. Orientiert man sich dagegen, wie hier vorgeschlagen, am Schutz ausländischer Flaggen durch das

---

[4] Für alleinigen Schutz der Ehre ausländischer Staaten MüKo StGB / *Kreß*, vor § 102 Rn. 7 ff.
[5] Für den Schutz allein inländischer Interessen (am Fortbestand gedeihlicher Beziehungen zu ausländischen Staaten) mit sorgfältiger Begründung NK StGB / *Kargl*, 5. Aufl. 2017, Rn. 7 f.
[6] S. insbesondere MüKo / *Kreß*, vor § 102 Rn. 2 ff.
[7] Ob dieses Interesse mittels strafrechtlicher Normen wahrgenommen werden muss, wird unten (B.) näher erörtert.

deutsche Strafrecht, so käme eine Strafbarkeit nur insofern in Betracht als die Flagge „auf Grund von Rechtsvorschriften oder nach anerkanntem Brauch öffentlich gezeigt“ wird (§ 104 StGB). Selbst die Reichweite dieser Vorschrift wird allerdings insofern zu Recht als übermäßig kritisiert, als sie auch Fälle erfassen soll, in denen kein staatliches Organ an der Zurschaustellung einer ausländischen Flagge beteiligt ist, sondern diese allein auf privater Initiative im Rahmen (un)bestimmter Konventionen beruht,[8] wie etwa das Aufstellen von Nationalflaggen vor privaten Hotels zur Begrüßung von Gästen aus den entsprechenden Staaten. Vorzuziehen wäre demgegenüber eine Beschränkung der Strafbarkeit auf solche Fälle, in denen das Präsentieren der ausländischen Flagge bzw. der Europaflagge auf einer Entscheidung der Bundes- oder einer Landesregierung oder einer staatlichen Behörde beruht.[9]

Demgegenüber möchte der Vorschlag der Bundestagsfraktionen von CDU/CSU und SPD den Anwendungsbereich von § 104 StGB sogar noch weiter ausdehnen und jeden bestrafen, der „öffentlich die Flagge eines ausländischen Staates zerstört oder beschädigt.“ (§ 104 Abs. 1 Satz 2 StGB idF des Gesetzentwurfs Ausschuss-Drucksache 19(6)109). Damit sollen auch Fälle erfasst werden, bei denen – etwa bei politischen Demonstrationen – selbst hergestellte Abbildungen ausländischer Flaggen angezündet oder sonstwie herabwürdigend behandelt werden.

Einer solchen Erweiterung der Strafbarkeit ist – unabhängig von der Einbeziehung der Europaflagge in eine derartige Vorschrift – aus grundsätzlichen Erwägungen nicht zuzustimmen. Zunächst ergeben sich schon Probleme, die von der Vorschrift erfassten „Flaggen“ von Abbildungen abzugrenzen, die ausländischen Flaggen nur ähnlich sind.[10] Außerdem ist es zweifelhaft, ob das Dulden einer Zerstörung oder Beschädigung von privat hergestellten oder in einem Laden gekauften „Flaggen“ tatsächlich ein solches Maß an Beeinträchtigung der Interessen des ausländischen Staates mit sich bringt, dass um der ungestörten auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland willen eine Bestrafung unumgänglich ist. Schließlich stellt sich in den durch die vorgeschlagene Norm erfassten Fällen mit besonderer

---

[8] LK / *Bauer/Gmel,* § 104 Rn. 2; MüKo StGB / *Kreß*, § 104 Rn. 8; Schönke/Schröder/*Eser,* § 104 Rn. 2.
[9] Ähnlich MüKo StGB / *Kreß*, § 104 Rn. 5.
[10] Nach der Begründung des Gesetzentwurfs (S. 3) sollen auch „Flaggen“ erfasst werden, die in Anlehnung an die offizielle Staatsflagge hergestellt worden und diesen ähnlich sind. Dies wäre jedoch eine verbotene Analogie zu der im Gesetz eindeutig bezeichneten „Flagge eines ausländischen Staates“.

Schärfe die Frage der Differenzierung zwischen legitimer politischer Meinungsäußerung und strafwürdiger Rechtsgutsbeeinträchtigung. Nicht jeder Akt des öffentlichen Inbrandsetzens einer ausländischen Flagge stellt – wie die Entwurfsbegründung (Ausschuss-Drucks. 19(6)109, S. 3) insinuiert – „symbolhaft das Existenzrecht des betroffenen Staates in Frage“. Es kann sich in einem solchen Verhalten auch nur die scharfe Kritik an bestimmten Maßnahmen des betroffenen Staates – oder auch der EU - manifestieren. Von der von den beiden Fraktionen vorgeschlagenen Ausdehnung des § 104 StGB ist daher abzuraten.

b) Tathandlungen

Die einzelnen Tathandlungen des § 90c StGB idF des BR-E sind wörtlich aus dem geltenden § 90a Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 StGB übernommen. Dabei dürfte der altertümliche Ausdruck "beschimpfenden Unfug … verübt“ den eigentlichen Kern des Tatbestandes bezeichnen. Dessen wesentliches Unrecht liegt nämlich in der symbolischen Herabwürdigung des Staates oder der Institution, die durch die Flagge repräsentiert wird.[11] In diesem Sinne sind auch die Tathandlungen des Zerstörens und des Beschädigens zu verstehen: Sie sind nach der Ratio der Vorschrift nur dann erfüllt, wenn in dem Angriff auf das Sachsubstrat zugleich ein Ausdruck des Verächtlichmachens oder Herabwürdigens des Staatssymbols liegt. Das muss nicht bei jeder vorsätzlichen „Beschädigung“ einer Flagge gegeben sein.

Die übrigen für § 90c StGB vorgesehen Handlungsvarianten dürften – ebenso wie bei § 90a StGB - entbehrlich sein. Dies gilt zunächst für die Modalität des „Verunglimpfens“, die in der Regel eine verbale Missachtung der Flagge bedeutet. Solche abwertenden Äußerungen („eine hässliche Flagge“) dürften sehr häufig von der verfassungsrechtlich garantierten Meinungsäußerungfreiheit gedeckt sein[12] und können im Übrigen für das betroffene Rechtsgut nur wenig Schaden anrichten. Außerdem wäre es schwer zu erklären, dass das „Verunglimpfen“ der Europaflagge unter Strafe steht, obwohl verbale Beleidigungen der Europäischen Union als solcher nicht vom deutschen Strafrecht erfasst sind.[13] Die Tathandlung des „Unkenntlichmachens“ lässt sich ohne Beschädigung der Sachsubstanz der Flagge kaum

[11] Treffend spricht MüKo / *Kreß*, §104 Rn. 4 von „tätlichen Beleidigungen ausländischer Staaten“.
[12] Siehe etwa BVerfG NJW 2009, 908 zur Bezeichnung der Bundesfarben als „schwarz-rot-senf“; krit. dazu *M. Vormbaum* JR 2009, 127.
[13] Wie aus § 196 Abs. 3 und 4 StGB erkennbar ist, werden nur deutsche staatliche und kirchliche Einrichtungen von den Beleidigungsdelikten geschützt.

vorstellen und wäre dann im Übrigen auch kein strafwürdiges Unrecht. Ähnliches gilt für die Modalität des „Entfernens“ einer öffentlich gezeigten Flagge: Wenn ein solches Verhalten weder Diebstahl noch Beschädigung noch „beschimpfender Unfug“ ist, bedarf es auch keiner Bestrafung.

II. Schutz der Europahymne

Nach § 90c Abs. 1 StGB idF des BR-E soll auch die Hymne der Europäischen Union durch die Strafnorm gegen Verunglimpfung geschützt werden. Es handelt sich dabei bekanntlich um eine von *Herbert von Karajan* geschaffene Instrumentalfassung eines Ausschnitts aus der 9. Symphonie *Ludwig van Beethovens*. Mangels eines verbalen Inhalts[14] der Hymne ist schwer vorstellbar, in welcher Weise sie „verunglimpft“, also verbal oder in ähnlicher Form herabgewürdigt werden soll. Es ist nicht anzunehmen, dass damit negative Meinungsäußerungen („klingt hässlich“) oder bewusste Intonationsfehler beim Abspielen der Hymne gemeint sein sollen. Selbst wenn man eine Art der Tatbestandserfüllung ersinnen könnte, wäre diese so marginal für das geschützte Rechtsgut (Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland zur EU), dass eine Strafwürdigkeit oder –bedürftigkeit ersichtlich nicht gegeben ist.

Als **Zwischenfazit** lässt sich festhalten, dass sich der berechtigte Kern eines sanktionsrechtlichen Schutzes der EU-Symbole auf folgende Verhaltensweisen beschränkt:

„Wer eine von einer Regierung oder einer staatlichen Behörde oder in deren Auftrag öffentlich gezeigte Flagge der Europäischen Union zerstört, beschädigt oder in beschimpfender Weise behandelt,… „

B. Bedarf es strafrechtlichen Schutzes?

Bezüglich dieses Kerntatbestandes stellt sich die weitere Frage, ob er als Straftat eingeordnet werden sollte. Dafür sprechen mehrere Argumente: Die Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland zur EU sind von großer politischer und wirtschaftlicher Bedeutung; Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG verleiht der Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der EU Verfassungsrang; und das Fehlen eines strafbewehrten Schutzes der Europaflagge würde dieser verwehren, was nach § 104 StGB jeder Flagge eines ausländischen Staates zukommt.

[14] Zu der Frage, ob satirische Verfälschungen der Worte der deutschen Nationalhymne von der Kunstfreiheit gedeckt sind, s. BVerfGE 81, 298.

Andererseits sprechen jedoch verschiedene Gesichtspunkte gegen die Einführung eines strafrechtlichen Verbots der Zerstörung etc. öffentlich gezeigter Europaflaggen:

1. Das Recht der EU schreibt den Mitgliedstaaten nicht vor, dass sie die Europaflagge strafrechtlich schützen müssen. Es exisitiert insoweit auch kein Völkergewohnheitsrecht. Die deutliche Mehrheit der EU-Mitgliedstaaten sieht keine entsprechenden Strafnormen vor.[15]

2. Die Einführung einer Sondernorm zugunsten der Europaflagge würde die Frage aufwerfen, weshalb die Symbole und Flaggen anderer internationaler Organisationen, denen die Bundesrepublik Deutschland angehört (z.B. UN, NATO), nicht in gleicher Weise geschützt werden.[16]

3. Ein strafrechtliches Verbot würde die Freiheit, eine kritische Meinung gegenüber der EU und ihrer Politik symbolhaft zum Ausdruck zu bringen, einschränken. Zwar beträfe diese Einschränkung nur einen kleinen Ausschnitt aus den Möglichkeiten, einer solchen Meinung Ausdruck zu verleihen; es würde sich jedoch – entgegen der Annahme der Entwurfsbegründung in BT-Drs. 19/14378, S. 7 – nicht um ein meinungsneutrales Verbot handeln, sondern die Strafbarkeit würde gerade solche Personen betreffen, die ihre *ablehnende* Meinung gegenüber der EU zum Ausdruck bringen möchten.

4. Durch die 2017 erfolgte Streichung der Strafvorschrift über die Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten (§ 103 StGB a.F.) hat der Gesetzgeber seine (im Kern berechtigte) Skepsis gegenüber der Effektivität von Strafnormen zum Schutz der Geltungsansprüche ausländischer Politiker zum Ausdruck gebracht. Dieser kriminalpolitischen Richtung widerspräche die Neu-Inkriminierung eines Angriffs auf den Geltungsanspruch einer außerdeutschen Institution.

5. Es ist verständlich, dass sich die Politik durch die in jüngerer Zeit zu beobachtende Verrohung des politischen Diskurses herausgefordert und zur Aktivität gedrängt sieht. Diese beklagenswerte Tendenz wird sich jedoch mit den Mitteln des Strafrechts nicht wirksam zurückdrän-

---

[15] Nach einer aktuellen Übersicht der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages gibt es nur in sieben Mitgliedstaaten (Dänemark, Estland, Kroatien, Litauen, Österreich, Portugal und Slowenien) entsprechende Strafnormen. Abrufbar unter https://www.andrej-hunko.de/start/download/dokumente/1437-strafrechtlicher-schutz-bei-verunglimpfung-der-europaeischen-union-und-ihrer-symbole-rechtslage-in-den-eu-mitgliedstaaten/file.

[16] Die Strafnormen der in Fn. 15 aufgeführten Staaten schützen durchweg auch die Flaggen anderer internationaler Organisationen, an denen der jeweilige Staat als Mitglied beteiligt ist.

gen lassen, zumal eine Strafverfolgung etwa politischer Demonstranten zu erneuten Auseinandersetzungen Anlass geben dürfte.

6. Der Einsatz des Strafrechts sollte auf solche Handlungen beschränkt bleiben, die sozialethisch inakzeptabel und für die Gemeinschaft schädlich oder gefährlich sind. Dies lässt sich für die von § 90c StGB idF des BR-E erfassten Fälle nicht ohne weiteres sagen. Die Nähe zu noch hinnehmbarer politischer Meinungsäußerung sowie die relative Marginalität des betroffenen Interesses (Respekt vor der EU) für die deutsche Gesellschaft sprechen dagegen, hier so gravierende Verstöße anzunehmen, dass der Einsatz der *ultima ratio* Strafrecht notwendig wäre. Zwar liegt die Situation bei Angriffen auf die Flaggen ausländischer Staaten ähnlich. Dort besteht jedoch in größerem Maße die Gefahr einer unmittelbaren Beeinträchtigung der Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland zu dem betroffenen Staat mit unter Umständen erheblichen diplomatischen, eventuell auch wirtschaftlichen Konsequenzen. Wenn dennoch eine Angleichung des Schutzstandards zwischen der Flagge der EU und ausländischen Flaggen angestrebt wird, sollte diese eher auf dem niedrigeren Niveau des Ordnungswidrigkeitenrechts als auf demjenigen des Strafrechts erfolgen.

C. Fazit: Eine Regelung als Ordnungswidrigkeit

Es bleibt als legitimer Kern der angestrebten Gesetzesänderung der Wunsch, gegen das Zerstören und Beschädigen sowie andere beschimpfende Behandlung der Europaflagge in der Öffentlichkeit rechtlich vorgehen zu können. Dieses Anliegen ist auch berechtigt, da insbesondere wegen der engen Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der EU eine reaktionslose Hinnahme solcher Handlungen durch die deutschen Sicherheitsorgane die Beziehungen zur EU belasten und bei wiederholten Vorfällen auch Unruhe in der Bevölkerung hervorrufen könnte. Um dies zu vermeiden, würde allerdings die Einstufung der gekennzeichneten Handlungen als Ordnungswidrigkeiten genügen: Die Polizei könnte zur Verhinderung der Taten präventiv eingreifen, und die gesetzliche Androhung von Geldbußen hätte abschreckende Wirkung. Die Handlungen stellen auch bei rechtsethischer Betrachtung keinen schweren und gefährlichen Verstoß gegen ein wichtiges rechtliches Interesse der Allgemeinheit dar, sondern erschöpfen sich im Wesentlichen in einem Akt des Ungehorsams gegen eine Verhaltensnorm, die der Aufrechterhaltung zivilisierter politischer Debatte dient.

Es wird daher vorgeschlagen, anstelle des vom Bundesrat entworfenen neuen § 90c StGB eine Vorschrift folgenden Inhalts zu schaffen:

„Ordnungswidrig handelt, wer eine von einer Regierung oder einer staatlichen Behörde oder in deren Auftrag öffentlich gezeigte Flagge der Europäischen Union zerstört, beschädigt oder in beschimpfender Weise behandelt. Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Gedlbuße geahndet werden.“

Univ.-Prof. i.R. Dr. Thomas Weigend