



UNIVERSITÄT
LEIPZIG

Juristenfakultät

Prof. Dr. D. Kleszczewski
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, Flaggen¹², Hymnen¹³), 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 verletzt¹⁴ bzw. konkret gefährdet¹⁵. 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 Zuf. 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 vereinzelt 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 Gefährnungsdelikte 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 Rechtsgutes 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 Gefährnungsverbote im Unterbinden von Massenhandlungen bzw. von Deliktakumulationen. 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 Strafbarkeit 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 Strafbarkeit 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 Kleczewski, 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 Recht²⁸, sondern auch die Pflicht der Mitgliedstaaten²⁹, 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 Kleczewski, 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 Rechtsvorschriften 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 der 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 konkretes 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 Heintz 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 anerkannter 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. Kluszczewski

⁴² MüKoStGB/Kreß, § 104a Rn. 10.

⁴³ BT-Drucks. I/1307, S. 63.