

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 anerkanntem 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 NATO 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 Tätoreigentum 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