

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 ausländischen 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 Staates¹³ und assoziiert speziell hinsichtlich der Flagge des Staates Israel zudem einen Bezug zum Holocaust (griechisch: ὀλόκαυστος – „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) unterschieden¹⁵ 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-~~E~~ 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 nicht 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. 2 StGB 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 erwähnt²² – 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 prozessuellem Wege) bewirken, wenn diese der Meinungsfreiheit nicht wohlgelegen 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 wird²⁵ – 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.