

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 StGB³, 2018 nur noch 3 Verurteilungen⁴ – also Tendenz fallend. Eine Kriminalisierung ist also nicht angezeigt. Sofern von „appellativem 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 Ehrenschatz 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 Wiedereinführung⁷ des politischen Strafrechts mit dem ersten Strafrechtsänderungsgesetz 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 (Republikenschutzgesetz) 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 Meinungsäußerung¹² 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 gegeben¹⁴, 2018 gar keine¹⁵.

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: BVerfG 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.