

Majestas Europae oder False Flag Authority?

Zur Rationalität von §§ 90c, 104 StGB n.F. und der Staatlichkeit der Europäischen Union im deutschen Strafrecht

Von Ministerialrat a.D. Dr. Matthias Fahrner, M.A., Konstanz*

Zum 24.6.2020 wurde die Strafbarkeit der Flaggenverbrennung (§ 104 StGB) ausgedehnt und das Verunglimpfen von Symbolen der Europäischen Union in § 90c StGB kriminalisiert. Mit beidem traf der Gesetzgeber symbolische Reaktionen vor einem aktuellen Hintergrund. Erstgenannte ist kaum hinreichend bestimmt oder legitimiert. Letztere wirft weit über die Symbolik hinaus grundsätzliche Fragen zur Betrachtung der Europäischen Union aus Sicht des deutschen (Straf-)Rechtes auf. Um diese zu beleuchten, wird vorliegend die rationale Begründung des strafrechtlichen Verunglimpfungsschutzes herausgearbeitet und von einem Gefühlschutzmodell abgegrenzt. Entsprechend der Dogmatik des BVerfG ist dieser im Schutz rationaler Öffentlichkeit und staatlicher Hoheit zu erkennen. Sie wurzeln in den Erfahrungen der „militant democracy“ in Europa, die in der freiheitlich demokratischen Grundordnung und streitbaren Demokratie als Kern des Grundgesetzes verankert sind.

The German legislature recently reacted on 24 June 2020 to debates about “bad pictures” by introducing criminal liability of flag-desecrations (s. 104 GCC/StGB) and denigration of symbols of the European Union in s. 90c GCC/StGB. While the former neither suffices certainty or legitimacy, the latter raises fundamental questions that go far beyond symbolism, regarding the status of the European Union from the perspective of German (criminal) law. In contrast to models of emotionalism, the rational justification of the protection against disparagements as of the public rationality and state sovereignty is further examined. It is based on the experiences of “militant democracy” in Europe, which are anchored in the free democratic basic order and “fighting democracy” as the core of the German Basic Law, and in accordance with the dogmatics of the German Federal Constitutional Court.

I. Einleitung

Mit Wirkung zum 24.6.2020 hat der Gesetzgeber das Verunglimpfen von Symbolen der Europäischen Union in § 90c StGB unter Strafe gestellt und die Strafbarkeit der Verbrennung ausländischer Flaggen in § 104 StGB erheblich erweitert.¹ Er scheint damit einmal mehr im Bereich der Propagandadelikte des Staatsschutzrechts² vor allem „in flagranti“ auf emotionale Debatten über schlechte Bilder reagiert zu haben. Ob es überhaupt einen hinreichenden Grund für diese (geradezu tagespolitisch veranlasste) Aktivität gab, steht in Frage

* Der Verf. ist Richter am Amtsgericht Stuttgart und derzeit abgeordneter Praktiker an der Universität Konstanz.

¹ Durch das Achtundfünfzigste Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafrechtlicher Schutz bei Verunglimpfung der Europäischen Union und ihrer Symbole vom 12.6.2020, BGBl. I 2020, S. 1247.

² Vgl. Fahrner, Staatsschutzstrafrecht, 2020, § 18 Rn. 1 m.w.N.

(II.). Darüber hinaus zeigen sich grundlegende Probleme. Sie betreffen zunächst die rationale Begründung und Begrenzung des Staatsschutzstrafrechts jenseits aller Emotion im Hinblick auf ausländische (III.) und inländische Staatsrepräsentationen (IV.). Weit darüber hinaus reicht die nicht nur symbolische Dimension des Bilds der Europäischen Union im deutschen Staatsschutzstrafrecht: Handelt es sich um eine falsch zugeschriebene Autorität oder gar eine solche, verborgen „unter falscher Flagge“? Oder erweist sich der Rückgriff auf die Wurzeln der gemeineuropäischen antik-neuzeitlichen Majestätsbeleidigung als neuer Schritt zu originärer Hoheit der Staatenunion? (V.)

II. Anlass: Die mutmaßliche „ungesühnte Flaggenschändung von Plauen“

Ob es überhaupt einen hinreichenden Grund für die genannte Neuregelung gab, steht in Frage. Ihr konkreter Anlass lässt sich klar ausmachen: Am 1.5.2019 zogen ca. 500 Anhänger einer als rechtsextrem eingestuften Kleinpartei mit uniformen T-Shirts und Fahnen mit vereint laut geschrienen Hassparolen im Gleichschritt zu Trommelrhythmus durch das sächsische Plauen.³ Sie griffen damit das Format von NS-Fackelzügen wie zur Machteroberung am 30.1.1933 und frühere neonationalsozialistische Aufzugsformen auf. Printmedien berichteten z.T. von einer an einem Galgen aufgehängten Flagge der EU.⁴ Indes ist auf den Filmaufnahmen zu sehen, wie der Zug eine auf der Straße ausgebreitete Europafahne überschreitet.⁵ Der dortige Oberbürgermeister hatte die Bürgerschaft schon früher aufgefordert, nicht gegen die Partei zu demonstrieren.⁶ Die Stadt als Versammlungsbehörde erkannte keine verbotene Uniformierung. Die Polizei des Freistaats Sachsens erklärte auf Twitter, es lägen keine Straftaten vor. Nicht einzuschreiten sei ein erfolgreicher Einsatz gewesen.⁷ All dies rief

³ Insofern scheint das Bild von Hoven, JZ 2020, 835: „Die Teilnehmer demonstrierten für eine rein nationale Wirtschaftspolitik und die Abschaffung der Europäischen Union“ etwas schief.

⁴ Wüstenberg, Stern v. 7.5.2019, abrufbar unter <https://www.stern.de/politik/deutschland/plauen--wieso-neonazis-martialisch-durch-die-stadt-ziehen-konnten-8691894.html> (4.6.2021), dem alleine folgend Hoven, JZ 2020, 835.

⁵ Vgl. Tagesschau v. 3.5.2019, abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=ZgqSZ6uFQhk> (4.6.2021).

⁶ Ruf, Der Spiegel v. 30.4.2019, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/rechtsextremismus-wie-sich-eine-kleine-nazi-partei-in-plauen-breitmacht-a-1265171.html> (4.6.2021).

⁷ Vgl. Der Standard v. 2.5.2019, abrufbar unter <https://www.derstandard.de/consent/tcf/story/2000102390944/boehmermann-greift-nach-neonazi-aufmarsch-saechsische->

heftige Kritik unter anderem des Satirikers Böhmermann und der Bild-Zeitung hervor. Darauf kündigte die Landesregierung am 7.5.2019 im Landtag politische Aktionen an. Der Freistaat stieß im Bundesrat am 17.6.2019 die Gesetzgebung an,⁸ die dann in § 90c StGB mündete.⁹ Dass der Entwurf gegen „schlechte Bilder“ bei Demonstrationen gerichtet war, schimmerte unter anderem in Stellungnahmen aus der Praxis im Verfahren durch.¹⁰ Aus einem ähnlichen Anlass wurde 1960 auch erstmals nachkonstitutionell die Volksverhetzung reformiert.¹¹ Damals bestanden allerdings weit tiefergehende und bis heute parallele europäische Bedürfnisse, gegen öffentliche Hetze wirksam einschreiten zu können.¹² Ob derartige Gründe auch für die aktuelle Reform vorlagen, erscheint hingegen zweifelhaft:

Lenkt man den Blick zurück auf die streitigen Tatbestände, ist zuerst zu bemerken, dass § 3 VersG Sachsen eine Uniformierung verbietet, „wenn infolge des äußeren Erscheinungsbildes oder durch die Ausgestaltung der Versammlung Gewaltbereitschaft vermittelt und dadurch auf andere Versammlungsteilnehmer oder Außenstehende einschüchternd eingewirkt wird“. Bereits 1982 erkannte das BVerfG die Einschüchterungswirkung von Uniformen darin, „suggestiv-militante Effekte in Richtung auf einschüchternde uniforme Militanz auszulösen“.¹³ Wegen der damit verbundenen Beeinträchtigung des freien Meinungskampfes könne der Gesetzgeber die Meinungsäußerungsform des öffentlichen Uniformtragens schon in den Ansätzen und auch in ihren Umgehungsformen unterbinden.

Allgemein präzisiert der BGH die legitime Strafbarkeit des Uniformverstößes: Entscheidend ist, dass durch das Tragen der einheitlichen Kleidungsstücke der Eindruck entstehen kann, dass die Kommunikation im Sinne eines freien Meinungsaustausches abgebrochen und die eigene Ansicht notfalls gewaltsam durchgesetzt werden soll. Es genügt, wenn es nahe liegt und nur vom Zufall abhängt, dass eine Person, die einer der zu beeinflussenden möglichen Zielgruppen zuzurechnen ist, angetroffen werden und diese sich durch das Auftreten eingeschüchtert fühlen kann.¹⁴

Dem liegt nicht weniger zugrunde als die Erkenntnisse über die Techniken der Einschüchterung und Emotionalisie-

rung des machtergreifenden Faschismus in Europa bis 1945. Sie wurden damals maßgeblich durch den zeitgenössischen deutschen Juristen *Löwenstein* analysiert. Sein Gegenkonzept der „militant democracy“ wurde zu einer der zentralen Wurzeln des Kerns der freiheitlich demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes als streitbarer Demokratie:¹⁵

„uniforms and other symbols, [...] this technique has strong emotional values and purposes. In the first place, mere demonstration of military force, even without actual violence, does not fail deeply to impress the peaceful and law-abiding bourgeois [...]. Its manifestation, so alien to the normal expressions of party life, is, as such, a source of intimidation and of emotional strain for the citizens. On the other hand, while democratic parties are characterized by the looseness of their spiritual allegiance, the military organization of the fascist parties emphasizes the irrevocable nature of the political bond. It creates and maintains that sense of mystical comradeship of all for each and each for all, that exclusiveness of political obsession in comparison to which the usual party allegiance is only one among many pluralistic loyalties. When party allegiance finally transcends allegiance to the state, the dangerous atmosphere of double legality is created.“

Im konkreten Fall hatte die Rechtsprechung zwar Auflagen gegen das Aufzugsformat der Partei aufgehoben.¹⁶ Anders als möglicherweise bei der Beurteilung von Auflagen,¹⁷ wäre allerdings ein Einschreiten im Verlauf der Versammlung dadurch gerade nicht gehindert gewesen. Denn Ursache der Aufhebung waren allein Begründungsmängel ex ante. Eine spätere andere Beurteilung hatten die Entscheidungen explizit gerade nicht ausgeschlossen. Fraglich erscheint weiter, ob nicht auch das Verwenden einer Europafahne als „Fußabtreter“ versammlungsrechtlich zu untersagen gewesen wäre.¹⁸ Es hätte auch nicht, wie in anderen Ländern, des Rückgriffs auf die öffentliche Ordnung bedurft. Statt einer apodiktischen Ablehnung hätte zumindest eine Verunglimpfung des Bundes bzw. der verfassungsmäßigen Ordnung i.S.v. § 90a Abs. 1 Nr. 1 StGB als Teil der öffentlichen Sicherheit und deren Störung als Untersagungsgrund geprüft werden müssen.

[polizei-an](#) (4.6.2021); wesentliche Auszüge der Twitter-Kontroverse bei *Bonenkamp*, *The Best Social Media* v. 2.5.2019, abrufbar unter <https://www.thebestsocial.media/de/nazi-demo-fuehrt-zum-oeffentlichen-streit-zwischen-boehmermann-und-der-polizei-sachsen/> (4.6.2021).

⁸ BR-Drs. 285/19.

⁹ BT-Drs. 19/14378; vgl. insgesamt auch zutreffend *Hoven*, JZ 2020, 835 (836).

¹⁰ *Franck*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, S. 10, und Anl., S. 39.

¹¹ Vgl. zu den Diskussionen um das 6. StrÄG BT-Drs. 3/918, 3/1551, 3/1746; *Schafheutle*, JZ 1960, 470 (471); Anlass waren Verfahren rund um BGHSt 13, 32.

¹² Vgl. zu den zeitgleichen Entwicklungen u.a. in Belgien und Schweden *Schafheutle*, JZ 1960, 470 (471) m.w.N.

¹³ BVerfG NJW 1982, 1803.

¹⁴ BGHSt 63, 66 m.w.N.; BGH NStZ-RR 2020, 292.

¹⁵ Vgl. *Löwenstein*, *American Political Science Review* 31 (1937), 417 (422 ff.), folgendes Zitat S. 424 f.; zur Propaganda insbesondere auch *ders.*, *American Political Science Review* 31 (1937), 638 (652 ff.); vgl. dazu auch *Boventer*, *Grenzen politischer Freiheit*, 1985, S. 36 ff.

¹⁶ Vgl. *Degenhardt*, *Welt* v. 2.5.2019, abrufbar unter <https://www.welt.de/regionales/sachsen/article192850523/Staatsrechtler-Untersagung-von-Neonazi-Aufmarsch-in-Plauen-moeglich.html> (4.6.2021).

¹⁷ Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, *Beschl. v. 18.10.2019 – 10 CS 19.2058*.

¹⁸ So allerdings VG Chemnitz, *Urt. v. 20.03.2019 – 2 K 932/18 = openJur 2019, 27727*; dagegen gerade anders für eine Untersagbarkeit VG Augsburg, *Beschl. v. 18.10.2019 – Au 8 S 19.1737*.

Folglich lag es insgesamt nahe, eher von empfindlichen Vollzugsdefiziten als von Gesetzeslücken auszugehen.

III. Strafrechtlicher ausländisch-internationaler Repräsentationsschutz und „Desecration“

Flaggen und Hoheitszeichen werden zunächst mit dem an ihnen bestehenden Eigentum geschützt. Unabhängig davon steht seit der Wiedereinführung des Staatsschutzstrafrechts mit dem ersten Strafrechtsänderungsgesetz 1951 die Strafbarkeit in zwei getrennten Bereichen:

Einerseits werden die staatlichen Symbole der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder unmittelbar in ihrem Symbolwert gegen öffentliche Verunglimpfung (§ 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB) sowie in ihrer jeweiligen Verkörperung gegen Beeinträchtigung und beschimpfenden Unfug (§ 90a Abs. 2 StGB) geschützt.

Beim Angriff auf ausländische Flaggen andererseits hat der Gesetzgeber die Strafbarkeit erheblich ausgedehnt. Sie beschränkte sich ursprünglich auf offiziell gezeigte Symbole (§ 104 Abs. 1 S. 1 StGB).¹⁹ Mit § 104 Abs. 1 S. 2, 3 StGB soll sie nun erweitert werden auf jede Verunglimpfung auch nur „zum Verwechseln ähnlicher“ Flaggen. Die Reichweite eines solchen Tatbestands scheint verfassungswidrig unbestimmt.²⁰ Die weitere Tendenz, wie in §§ 89a ff., 129a f. StGB, zu einem formalen „Regime-Achtungsrecht“ zu gelangen, kann im Folgenden nur angedeutet werden – und zwar jenseits aller Völkerverbrechen, aller Konzentrierungslager und Massenmorde, aller Unterdrückung und Entmenschlichung entgegen der eigenen offenen und freien Gesellschaft.²¹

Die emotionale Verengung des Gesetzgebungsverfahrens auf die besondere Bedeutung Deutschlands bei einem „Flaggen-Holocaust“²² erschließt sich jedenfalls nicht: Wenn, nur beispielhaft, eine Uigurin ein eigenes rotes Tuch mit selbst gebastelten Sternen verbrennen würde, liegt in ihrer kritischen Meinungsäußerung an der Volksrepublik China und ihrer Uigurenpolitik viel Deut- und Denkbare. Eine aus deutscher Geschichte als solche strafbare Aufforderung, alle Chinesen in Konzentrationslagern durch Einäschern zu vernichten, kann darin jedoch nicht ernsthaft zwingend erkannt werden.²³

Umso drängender und dringender muss die Rechtsanwendung gegen derartige Überdehnungen für eine Wahrung der verfassungsrechtlich unabdingbaren inneren Freiheitlichkeit

¹⁹ Vgl. zum Bezug zum völkerrechtlichen Repräsentationsschutzrecht insoweit überzeugend *Kleszczewski*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 55.

²⁰ Vgl. etwa auch *Samour*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 65; *Weigend*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 69 f.

²¹ Vgl. *Fahrner* (Fn. 2), § 26 Rn. 7 ff.; zu § 104 ähnlich im Ansatz *Eisele*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 33; *Samour*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 62 m.w.N.

²² So allerdings wohl problematisch *Eisele*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 32; vgl. auch die bemühten US-Bilder von *Hoven*, JZ 2020, 835 (836 f.).

²³ Vgl. auch *Heger*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 42 f. m.w.N.; *Weigend*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 70.

Sorge tragen: Als entscheidend wird sich dabei zuerst erweisen, dass der Gesetzgeber mit der Erweiterung symbolische Forderungen nach Vernichtung des jeweiligen Staates zu pönalisieren vermeinte und nicht das Nichteinverständnis mit offizieller Politik der jeweiligen Regierung.²⁴ Nur insoweit ergibt sich auch die Legitimität von § 104 StGB aus der internationalen Friedlichkeit.²⁵ Jene wurzelt in Art. 26 GG und umfasst die Existenz und das folgende dahingehende Bestandsrecht eines Staates in alle Richtungen. Das Gewaltverbot des Art. 2 Nr. 4 UN-Charta kann nach neuerer Ansicht auch Bürgerkriege und Angriffe von innen heraus umfassen.²⁶ Das darauf aufbauende völkerrechtlich fundierte Störungsverbot des Art. 26 GG kann dahin verstanden werden, dass es jede Propaganda zu diesem Zweck durch Kriminalisierung verhindern möchte.

Zweitens muss sich dieser Rechtsgutsbezug zwingend aus dem Akt ergeben und vom Vorsatz abgedeckt sein. In einer aufgeklärten, nichtarchaischen weltlichen Gesellschaft verkörpert sich selbstverständlich das Zielobjekt, hier eine komplexe, abstrakte andere staatliche Gemeinschaft, selbst nicht einfach in der Sache. Das gilt für eine selbst gebastelte Flagge ebenso wenig wie für eine Voodoo-Puppe.²⁷ Die Verbrennung einer beliebigen, ggf. nachgemachten Flagge bleibt zunächst nur eine unter vielen möglichen Zerstörungshandlungen. Es drängt sich nicht von selbst auf, darin eine symbolische Reaktivierung des „Holocaust“ zu erkennen – im Übrigen sollte unter Vermeidung der Etymologie des „reinigenden Tieropfers an Gott“ und damit der Tätersprache (wie im Gesetzgebungsverfahren) statt dieses Begriffs zumindest besser von Shoa (sowie Porajmos u.a.) gesprochen werden. Eine solche Symbolik müsste im konkreten Fall unter vielen Deutungen, objektiv und subjektiv aus Sicht des Vorsatzes zweifelsfrei zu erschließen sein.²⁸ Sie den Beteiligten auch nur als bekannt zu unterstellen, liefe regelmäßig auf eine Fiktion hinaus.

IV. Schutz inländischer Staatsrepräsentation

Bei der Suche nach der Legitimierung von §§ 90a, 90c StGB lässt sich zunächst die nach außen gerichtete Begründung der

²⁴ Vgl. dagegen aber auch den Verweis von *Kleszczewski*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 55, isoliert auf Art. 1 Nr. 2 UNCH ohne jeden Wert- und Menschenrechtsbezug der Charta und des Völkerrechts im Übrigen.

²⁵ Vgl. *Fahrner* (Fn. 2), § 24 Rn. 1 ff. m.w.N. zur ganz h.M., das Rechtsgut ist gerade nicht das Eigentum, wie etwa *Heger*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 41 ff., unterstellt.

²⁶ Vgl. *Hernekamp*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 26 Rn. 23; *Wollenschläger*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 26 Rn. 19 ff.; *Proelß*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 11, 3. Aufl. 2013, § 227 Rn. 27; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 81. Lfg., Stand: September 2017, Art. 26 Rn. 40 ff.

²⁷ In diese Richtung aber, durchaus überraschend, *Hoven*, JZ 2020, 835 (838 ff.).

²⁸ So auch *Weigend*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 70.

Strafbarkeit von § 104 StGB nicht übertragen: Die EU ist keine ausländische, fremde Macht, gegen deren Botmäßigkeit etwa § 92 StGB abschirmen würde. Sie beruht auf der durch entsprechende vertragliche und verfassungsrechtliche Grundlagen von den Mitgliedstaaten, darunter nach Art. 23 GG durch den deutschen Staat, beschränkt übertragenen und eröffneten Hoheitsgewalt. Zum anderen sind die genannten Vorschriften erkennbar Teil des Staatsschutzrechts. Im Wortlaut weisen sie keinerlei Bezug zu Individuen auf. Hingegen bezieht sich § 90a Abs. 3 StGB subjektiv qualifizierend auf Bestrebungen, die gegen den Bestand der Bundesrepublik Deutschland oder gegen Verfassungsgrundsätze gerichtet sind und damit gegen § 92 Abs. 1, 2 StGB.²⁹ Systematisch finden sich die Delikte im Abschnitt über die Gefährdungen des demokratischen Rechtsstaats, jenseits des Schutzes des Eigentums, der Gemeinnützigkeit von Sachen, der Funktionen im Rechtsverkehr oder der öffentlichen Ordnung.

1. Historischer Hintergrund

Verfolgt man historisch die Spur des Schutzes staatlicher Symbole von § 90a StGB zurück, so endet diese nicht beim Schutz des Staatsansehens und der Republik nach 1919, wie recht häufig angenommen wird.³⁰ Gerade der in § 90a Abs. 2 StGB geregelte „körperliche Symbolschutz“ führt zunächst zu § 135 RStGB: „Wer ein öffentliches Zeichen der Autorität des Reichs oder eines Bundesfürsten oder ein Hoheitszeichen eines Bundesstaats böswillig wegnimmt, zerstört oder beschädigt [...]“, sodann zu § 93 Nr. 3 des Preußischen StGB von 1851, wonach zu bestrafen war, „wer in böswilliger Absicht die öffentlichen Zeichen der königlichen Autorität wegnimmt, zerstört oder beschädigt“. In noch älterer Schicht, im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 (PrALR), gelten das Abreißen, Beschädigen oder sonst schimpfliche Behandeln der „von der Obrigkeit angeschlagenen Patente, Verordnungen, und öffentliche[n] Anzeigen“ als „Andere Verletzungen der Ehrfurcht gegen den Staat oder das Publicum“³¹ im Rahmen des Majestätsverbrechens.³² Indes war dabei Handeln in hochverräterischer Absicht ausgeschlossen und der weit schwerer bestraften Hochverratsvorbereitung vorbehalten.³³

Zu prüfen bleibt, wieweit ein Bezug zum öffentlichen Frieden besteht, wie ihn etwa *Fischer* für die Periode des Positivismus behauptet hat.³⁴ Historisch konstant erscheint der Ansatz der Herrschaftsmisachtung. Allerdings war be-

reits 1919 das Erbe einer allgemeinen Untertänigkeit des aufgeklärten Absolutismus materiell aufgehoben. Die Umgliederung in den Kontext der Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates (statt §§ 123 ff. StGB) bei der Wiedereinführung 1951 hat bewusst diesen Bezug auch formell beseitigt. Der darin erkennbare spezifisch verengte Gefährdungszusammenhang begründet die neue Legitimation ebenso wie Begrenzung der Strafbarkeit. Die engen Beschränkungen der Verunglimpfungstatbestände erscheinen über das Weimarer Staats- und Republikenschutzrecht vor allem als Folge der Verfolgungserfahrungen der Weimarer Koalition unter eben jenen Obrigkeitsschutztatbeständen im Deutschen Bund und Kaiserreich.³⁵

2. Rationalität der Öffentlichkeit

Daraus ist in Frage gestellt, wie aus dem Beschimpfen, Verächtlichmachen oder körperlichen Beeinträchtigen eines Staatssymbols eine reale Schutzgutsrelevanz für Bestand und Verfassungsordnung etc. für den demokratischen Rechtsstaat entstehen kann. Allerdings bedarf die Antwort keiner Konstruktion (und dann „Hypostasierungs-Delegitimierung“) eines „Zwischenrechtsguts“ des „Ansehens des Staats“.³⁶

Zunächst gibt historisch bereits das PrALR mit dem Verweis auf „das Publicum“ einen Hinweis auf die Öffentlichkeit. Dieser wird in der Systematik von § 93 Nr. 3 prStGB verdichtet: Die beiden weiteren Nummern betrafen das Führen eigener Fahnen gegen obrigkeitliches Verbot, „die geeignet sind, den Geist des Aufruhrs zu verbreiten oder den öffentlichen Frieden zu stören“ oder sonst zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit verboten waren. Weiter stand die Vorschrift im unmittelbaren Kontext der Aufruhr-Beteiligung und Gefangenenbefreiung. Die pönalisierte Missachtung des staatlichen Hoheitszeichens hatte demnach den propagierten eigenen Machtanspruch gegen den Staat zu dienen. Die strategischen Machttechniken der faschistischen und nationalsozialistischen Bewegungen führen mit der Analyse von *Löwenstein* in die Gegenwart. Hierbei nimmt die „rationale Irrationalisierung“ durch Symbolismen der Macht und Verachtung zentrale Bedeutung ein.³⁷ Dagegen ist eine „streitbare“ freiheitlich demokratische Grundordnung gegen manipulativ-propagandistische Methoden in Staatsapparat und Öffentlichkeit zu schaffen. Diese wird gerade durch die Delikte gegen Gefährdungen des demokratischen Rechtsstaats konkretisiert.³⁸

²⁹ Vgl. insoweit auch grundlegend BGHSt 3, 346.

³⁰ § 5 Nr. 2 RepSchVO 1922 ist daher nicht Ursprung für das Beschimpfen; wie etwa *Schroeder*, Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht, 1970, S. 404 ff., und ihm folgend etwa *Kleszczweski*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 50, annehmen; noch weniger begründet scheint die Verbindung zwischen RepSchG und „NS-Gesinnungsunrecht“ bei *Samour*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 61 f.

³¹ II. 20.5 § 210 PrALR.

³² Überschrift vor § 210 PrALR.

³³ II. 20.5 § 196 PrALR.

³⁴ *Fischer*, Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung, 1986, S. 169 ff.

³⁵ Vgl. zum Ganzen *Hartmann*, Majestätsbeleidigung und Verunglimpfung des Staatsoberhauptes, 2006, S. 196 ff., 245 f.; *Fahrner* (Fn. 2), §16 Rn. 3; dies verkennt etwa *Kleszczweski*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 50 f.

³⁶ Wie etwa *Kleszczweski*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 51; *Last*, Die Staatsverunglimpfungsdelikte, 2000, S. 94 m.w.N.; ähnlich der Ausgangspunkt von *Hoven*, JZ 2020, 835 (837 ff.).

³⁷ *Löwenstein*, American Political Science Review 31 (1937), 417 (424 ff.), S. 638 (648 ff.); *ders.*, University of Colorado Law Review 38 (1938), 725 (731 ff.) m.w.N.

³⁸ *Hartmann* (Fn. 35), S. 245 f. zu §§ 90a ff. StGB m.w.N.

Noch näher vermag das Phänomen, das *publicum der res publica*, und seine Wirkungsweisen die Theorie der repräsentativen und kommunikativen Öffentlichkeit von *Habermas* zu definieren.³⁹ Zu schützen ist danach der Bestand der gemeinsamen Öffentlichkeit als Grundlage des demokratischen und rechtsstaatlichen Staates – gegen die Abtrennung von Teilöffentlichkeiten und andere Beeinträchtigungen des friedlichen Diskurses im Austausch der Meinungen in gewaltsamer Weise.⁴⁰ Ebenso darf im Verständnis der Systemtheorie das System der Öffentlichkeit nicht gestört und zerstört werden durch den Eindruck nicht wirksam sanktionierter realer partieller Machträume unter nicht rechtsstaatlich-demokratisch legitimer Herrschaft. Dagegen können und müssen die komplexitätsreduzierenden Verhaltenserwartungen der Friedlichkeit einer freiheitlich demokratischen Grundordnung durch das Strafrecht stabilisiert und der Verstoß gegen sie sanktioniert werden.⁴¹ Die Öffentlichkeit ist dabei nicht nur als Geltungsraum des Rechts und seiner Friedensfunktionen entscheidend. Sie hat zudem zentrale Bedeutung für die staatlichen Mechanismen des Gemeinwesens, wie demokratische und rechtsstaatliche Rückkopplung der Herrschaft und die freie demokratische Willensbildung, etwa bei Wahlen und Abstimmungen.⁴² Durch das Entstehen von Machträumen, in denen Volksverhetzung, verfassungsfeindliche Uniformierung oder eben die nachhaltige Missachtung der Staatsrepräsentation geduldet werden (müssen?), wird somit die demokratisch rechtsstaatliche Ordnung gefährdet. Dies drücken §§ 84 ff. StGB aus.

Damit und durch die enge systematische Verankerung (auch gegenüber z.B. § 134 StGB) ist die Grenze bestimmt zu Kritik oder Satire, sei sie noch so scharf angelegt, ebenso wie zu einem Fundamentalentzug: Auch radikale Bestrebungen zur Änderung des Gemeinwesens sind nicht strafbar, sofern sie sich an die friedlichen Verfahren der Verfassungsänderung halten. Ebenso dürfen sie nicht den Kern der freiheitlich demokratischen Grundordnung – mithin einerseits die Prinzipien von Demokratie und Rechtsstaat als Formen des Verfahrens und der friedlichen Reversibilität von Herrschaft sowie andererseits den absoluten Kern der allgemeinen Menschenwürde – als solche in Frage stellen. Es handelt sich damit nicht um ein „Strafrecht zum Schutz von Strafrecht“⁴³ bzw. eine beliebig erweiterbare Leerformel zur willkürlichen Erweiterung staatlicher Herrschaft. Vielmehr bleibt die Krimi-

nalisation gebunden an die unabdingbaren Voraussetzungen der freiheitlichen Demokratie und transparenten Rechtsstaatlichkeit.

3. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

a) Grundlage

Aus einer frühen Rechtsprechung des BGH konnte ein „Zwischenrechtsgut des Staatsansehens“ (über § 90b Abs. 1 StGB hinaus) gefolgert werden.⁴⁴ Dem hat das BVerfG eine ebenso klare Absage erteilt, wie jedem Schutz der Flagge als Staatssymbol (oder gar Gefühlsobjekt) *per se*.⁴⁵ Für das Gericht ergibt sich zunächst als Hintergrund eine reine Beschreibung: Die Bundesrepublik sei ein freiheitlicher Staat. Daher sei sie auf die Identifikation ihrer Bürger mit ihren Grundwerten angewiesen. Ebenso habe sie als Staat ein Recht, sich zu ihrer Selbstdarstellung Symbolen zu bedienen, deren Zweck es sei, an das Staatsgefühl der Bürger zu appellieren. Damit ist gerade nicht ausgesagt, dass sie auf eine Identifikation ihrer Bürger mit der Flagge oder anderen Symbolen als solchen angewiesen wäre, wie einige Autoren in einer „Theorie der gebotenen Flaggenverehrung“ annehmen wollen.⁴⁶ Anders als bei dem zusätzlich einschränkenden Merkmal des „Ansehens“ in § 90b Abs. 1 StGB kommt es hier darauf gerade nicht an.⁴⁷ Um die Strafbarkeit verfassungsmäßig zu rechtfertigen, so das BVerfG weiter, braucht es:

- Ein Symbol, welches die Grundwerte des Gemeinwesens in der Öffentlichkeit versinnbildlicht und dadurch als wichtiges Integrationsmittel dient,
- einen Angriff darauf, der die *Autorität des Staates* als solcher mit diesen Grundwerten zu beeinträchtigen bzw. zu gefährden vermag,
- wobei diese Beeinträchtigung der Autorität Relevanz für den inneren Frieden entfalten kann.

b) Friedensrelevanz und Autorität allgemein

Damit ist die „Autorität des Staates“ (und nicht dessen Ansehen!) mit Relevanz für den inneren Frieden angesprochen.

³⁹ Vgl. insbesondere *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1990, S. 70, 98 ff., 138 ff.

⁴⁰ Vgl. auch *Lohse*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 58.

⁴¹ Vgl. *Jakobs*, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2012, S. 20; *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 374 f. m.w.N.; *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 124 ff.; *ders.*, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2008, S. 27 ff, 132 ff.; *Müssig*, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1994, S. 94 ff.

⁴² In diese Richtung auch *Kleszczweski*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, S. 20, Anl., S. 51 f. m.w.N.

⁴³ Was etwa auch *Schroeder*, Straftaten gegen das Strafrecht, 1984, S. 11 ff., nicht annimmt.

⁴⁴ Vgl. etwa BGHSt 3, 346; 7,10; vor allem aber BGHSt 11, 11 (14), für § 90b StGB.

⁴⁵ BVerfGE 81, 278 (293 f.), Rn. 49 f. = NJW 1990, 1982; verkannt von *Hoven*, JZ 2020, 835 (839 ff., 841).

⁴⁶ Etwa *Kleszczweski*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 51; dagegen auch überzeugender *Weigend*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 70.

⁴⁷ Vgl. BT-Drs. V/898, wo sich das Ansehen nur wieder bei § 95b StGB, dem späteren § 90b StGB findet; dies verkennt etwa *Kleszczweski*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 51; unklar mit falschem Fazit bei weiter zutreffender Erörterung *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 90a Rn. 2; richtig hingegen *Steinmetz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 90a Rn. 1, *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 90a Rn. 1.

Friedliche Kritik – man denke hier auch an Art. 8 GG –, namentlich Opposition gegen bestimmte Formen der Herrschaftsausübung oder eine konkrete Regierung, Partei oder Führung, kann unter keinem dieser Gesichtspunkte bestraft werden, was das BVerfG in ständiger Rechtsprechung auch bekräftigt.⁴⁸ Dies unterscheidet die Bundesrepublik von autoritären oder totalitären Systemen.⁴⁹ Die Bürger sind frei, grundlegende Wertungen der Verfassung in Frage zu stellen oder die Änderung tragender Prinzipien zu fordern. Dazu bedarf es eben der Grundvoraussetzungen des öffentlichen Diskurses, also Friedlichkeit und damit Veränderung nur innerhalb der verfassungsmäßigen Regeln. In diesem Zusammenhang fährt das BVerfG fort: „[...] die plurale Demokratie des Grundgesetzes vertraut auf die Fähigkeit der Gesamtheit der Bürger, sich mit Kritik an der Verfassung auseinanderzusetzen und sie dadurch abzuwehren.“⁵⁰

c) *Autorität und Hoheit des Staates i.S.v. § 90a Abs. 2 StGB*

Demgegenüber bleibt die Kernfrage, was die Autorität des Staates im hier erforderlich technischen Sinn zu beeinträchtigen vermag. Hier knüpft das BVerfG zu Recht an die reichen historischen Wurzeln an. Dazu zählen namentlich § 135 RStGB, § 93 Nr. 3 prStGB (s.o.), die stets ein „Zeichen der Autorität“ voraussetzen (sich dabei allerdings am körperlichen Symbolschutz orientieren). Für das RG ist für Autoritäts- und Hoheitszeichen nicht wesentlich, ob sie an einem Dienstgebäude oder aufgrund einer Aufzugsanordnung rechtmäßig gezeigt werden.

Das reine Setzen des Zeichens, um allgemein einen Akt, eine hoheitliche Maßnahme der Staatsgewalt nach außen erkennbar zu machen, weil dieser durch eine Behörde zur Durchführung eines im Staatsinteresse liegenden Verfahrens erfolgt sei, reicht ebenfalls nicht aus.⁵¹ Erst recht genügt nicht der Übergreif auf eine Fahne, die nur zum Schmuck an Festtagen aufgezogen ist. Besonders hier wird erkennbar, dass es, so auch das RG im weiteren Zusammenhang ebenso ausdrücklich, auf die Verletzung der Gefühle Einzelner gerade nicht ankommt.⁵²

Vielmehr ist, ganz nüchtern, entscheidend, ob die Flagge (in ihrer konkreten Verwendung) „nach dem erkennbaren Willen der Regierung dazu bestimmt und verwendet ist, das Bestehen der Staatsgewalt“ – bzw. „die Regierungsgewalt des Landesherrn“⁵³ – „öffentlich zum Ausdruck zu bringen und kundzutun, dass der betreffende Ort oder die betreffende Sache dieser Staatsgewalt unterworfen ist“.⁵⁴ Den letzteren noch unmittelbar räumlich verstandenen Bezug des RG hat

der Gesetzgeber 1951 dahingehend abgeschwächt, dass es auf den unmittelbaren „hoheitlichen Charakter“ des engen Bezugsorts (z.B. der Liegenschaft) selbst nicht ankommt, sondern das Hoheitszeichen behördlich öffentlich angebracht sein muss. Demgemäß werden konsequent andere öffentliche Zeichen, sofern sie durch Privatpersonen verwendet werden, als auch Flaggen und Wappen der Gemeinden nicht geschützt.⁵⁵

Damit bleibt einerseits der Bezug zur Gebietshoheit, damit zum Bestand i.S.v. § 92 Abs. 1 StGB, mithin zur bundesstaatlich-einheitlichen, souveränen und demokratisch rückgebundenen Herrschaft über das Staatsgebiet.⁵⁶ Andererseits genügt deren indirekte „Darstellung“ durch irgendeine hoheitliche Tätigkeit oder Maßnahme nicht. Anders als etwa bei §§ 113 ff., 133 ff. StGB muss bei § 90a StGB gerade der staatliche Geltungsanspruch als solcher und damit die friedliche Öffentlichkeit durch die Tathandlung an dem repräsentativen Symbol angegriffen sein.

V. Folgerung für das Bild der EU im deutschen Strafrecht

Aufgrund der klaren Konstruktion ihrer völkervertraglichen Begründung ist die Europäische Union kein Staat, sondern bleibt internationale Organisation. Sie verfügt explizit über jedenfalls keine originäre Gebietshoheit.⁵⁷ Die Dichotomie zwischen Bund und Ländern als Staaten gegenüber von ihnen bloß abgeleiteten Institutionen konstituiert das traditionelle Staatsschutzrecht.⁵⁸ Nur erstere sind in ihren Gütern in §§ 81 ff. StGB unmittelbar geschützt, namentlich in Bestand, Verfassungsordnung und Sicherheit;⁵⁹ letztere erscheinen demgegenüber als ihr bloßer unselbstständiger Bestandteil und Ausdruck. Die bloße Ausübung von Hoheitsgewalt ist, wie oben dargestellt, systematisch nicht Bestandteil von §§ 90 ff. StGB, sondern etwa nach §§ 113 ff. StGB klar getrennt erfasst. Nochmals sei betont, dass es um diese hier nicht geht und nach Systematik, Historie und Rechtsprechung des BVerfG auch nicht gehen kann.

Die staatsrechtlich und völkerrechtlich anerkannte Selbstorganisation des (deutschen) Volkes verkörpert sich originär in der freiheitlich demokratischen Grundordnung auf staatlicher Ebene.⁶⁰ „Ableitungen“ davon stehen keinesfalls unter der Ewigkeitsgarantie nach Art. 79 Abs. 3 GG oder dem Schutz nach Art. 18, 21 GG. Die friedliche demokratische Öffentlichkeit ist auf das staatliche Gemeinwesen als Ganzes,

⁴⁸ Vgl. etwa BVerfGE 93, 266 = NJW 1995, 3303 (3304); BVerfG NJW 1999, 204 (205); BVerfG NJW 2009, 908; BGH NStZ 2003, 145; von einem „Geßlerhut“ wie von *Jakobs*, Rechtsgüterschutz (Fn. 41), S. 22, kann somit keinesfalls gesprochen werden.

⁴⁹ BGHSt 11, 11.

⁵⁰ Vgl. auch zum Vorstehenden BVerfG NJW 2009, 908.

⁵¹ RGSt 31, 143 (147).

⁵² Vgl. RGSt 63, 286 (288 ff.).

⁵³ RGSt 31, 143 (147).

⁵⁴ RGSt 63, 286 (287).

⁵⁵ BT-Drs. 1/1307, S. 38 f., zu damals § 99 StGB.

⁵⁶ Vgl. auch BGH NStZ 2003, 145; vgl. *Heger*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 41 ff.

⁵⁷ So etwa *Kirchhof*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 10, 2012, § 214 Rn. 12.

⁵⁸ Vgl. ausführlich *Fahrner* (Fn. 2), § 2 m.w.N.

⁵⁹ Vgl. § 92 StGB; ausführlich *Fahrner* (Fn. 2), §§ 5, 6; *ders.*, in: *Dietrich/Fahrner/Gazeas/v. Heintschel-Heinegg* (Hrsg.): Sicherheits- und Staatsschutzrecht, Handbuch für die Praxis, 2021 (im Erscheinen).

⁶⁰ Vgl. grundlegend etwa BVerfGE 123, 267.

die res publica, nicht z.B. Untergliederungen bezogen.⁶¹ Kommunen, Körperschaften und internationalen Organisationen⁶² kommt nach dem oben ausgeführten folgerichtig auch nur ein nachgelagerter strafrechtlicher Schutz zu, bislang auch konsequenterweise ihrer Flaggen und Symbole nicht als Zeichen der Gebietsautorität, sondern nur z.B. als Eigentum oder Marke. Sie waren von staatlichen Hoheitszeichen bislang allgemein rechtlich klar getrennt.⁶³

Daher erscheint fraglich, inwieweit die Erweiterung des § 90c StGB für die Europäische Union auch vor dem Hintergrund der Einschränkung des Art. 5 Abs. 1, 3 GG im Sinne rationaler Plausibilität zu legitimieren ist.⁶⁴

Die Verpflichtungen gegenüber dem und im Unionsrecht, das selbst keine originäre Strafbegründungs- wohl aber eine Strafnormfindungskompetenz hat, sind zwar stark gewachsen. Der Schutz der Symbole kann zum Ausdruck der Verantwortungsübernahme als Einstehen für Bestand und Werte der Europäischen Union und damit eine unionsrechtlich gewollte Normenstabilisierung werden.⁶⁵ Indes kann sich § 90c StGB nicht auf das Assimilierungsprinzip bzw. Schutzgebot⁶⁶ berufen.⁶⁷ Die Symbole der Union sind gerade nicht Schutzgüter der Union selbst bzw. des Unionsrechts: Als einzige zentrale Änderung aufgrund des Scheiterns des Vertrages über eine Verfassung für Europa 2005 verzichtete der Vertrag von Lissabon auf die – vorher erstrebte – Angleichung der Union in staatlicher Symbolik. Darunter fallen die Bezeichnungen von Institutionen und Rechtsnormen wie Art. I-8, der Flagge, Hymne, Leitspruch und Europatag als Symbole der Union konstituieren wollte.⁶⁸ Statt als „Unionsgut“ oder sonst primär- oder völkerrechtlich verpflichtend verankert,⁶⁹ bekannten sich 16 der Mitgliedstaaten in ihrer Konferenzklärung dazu, dass sie diese „auch künftig als Symbole die Zusammengehörigkeit der Menschen in der Europäischen Union und ihre [d.h. als Mitgliedstaaten] Verbundenheit mit dieser zum Ausdruck bringen“.⁷⁰ An diesem Status hat auch der Beitritt Frankreichs zur Konferenzklärung 2017 nichts

geändert.⁷¹ Die meisten Mitgliedstaaten haben keine Strafnorm zum Schutz der EU-Symbole, die anderen sieben schützen sie regelmäßig nur im Zusammenhang mit internationalen Organisationen.⁷² Damit kann § 90c StGB nur als eine autonome deutsche Entscheidung verstanden werden, die dementsprechend auch begründet wurde.⁷³

Damit soll anerkannt werden, dass die Union in erheblichem Umfang unmittelbar Hoheitsgewalt durch das Unionsrecht ausübt, an die die Einzelnen wie die Staatsorgane gebunden sind; die Deutung als Schutz der nationalen Autorität nur als Reflektion oder Ausfluss der deutschen Hoheitsgewalt in Deutschland,⁷⁴ deckt die Norm aber ebenfalls nicht ab: § 90c StGB schützt jede verunglimpfte, nicht nur durch deutsche Stellen oder im deutschen Kontext, sondern z.B. auch an den Vertretungen der EU-Institutionen und anderer Mitgliedstaaten im Inland öffentlich gezeigte Flagge der Union. Zudem solle der öffentliche Frieden mit der Identifizierung aller Unionsbürger geschützt werden.⁷⁵

Es bleibt daher eigentlich nur, mit Symbolik das Anerkenntnis einer eigenen unmittelbaren Gebietshoheit der Union, neben und gleich der Staatlichkeit von Bund und Ländern, als solcher zu erkennen.⁷⁶ Könnte allenfalls die in ihr vereinte Souveränität der Mitgliedstaaten noch als alternatives Substrat begriffen werden,⁷⁷ ist dies kaum mehr von den „Bundesfürsten“ des Deutschen Reichs und dem Staatsschutz des RStGB entfernt. Bei ihnen handelt es sich ohnehin um ein oft unbewusstes deutsches Modell für Europa, etwa anderweitig angedeutet in der Gleichstellung der staatlichen Hoheitszeichen von NATO-Partnertruppen.⁷⁸

Eine solche Entwicklung fügt sich in die (ebenfalls autonom „überschießende“) Konstituierung des staatsähnlichen Bestands der Union bei § 89a StGB. „Symbolisch“ holt Deutschland damit einen weiteren Schritt der vor allem von ihm betriebenen „Verstaatlichung“ der Union im gescheiter-

⁶¹ Erinnert sei an die tradierte Judikatur des BVerfG zu Art. 20 Abs. 2 GG zur Willensbildung des Volkes.

⁶² Vgl. nur *Heger*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 41 ff.

⁶³ Vgl. etwa § 8 Abs. 2 Nr. 6, 8 MarkenG.

⁶⁴ Ohne hier auf die verfassungsrechtlichen Problematiken der Rechtsgutslehre einzugehen, sei hier nur an BVerfGE 120, 224 (241 ff.), erinnert.

⁶⁵ *Lohse*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 57.

⁶⁶ Vgl. EuGHE 1989, 2965, Rn. 24 = NJW 1990, 2245; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2015, § 7 Rn. 31; *Eisele*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 30; *Kleszczewski*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 53 f.

⁶⁷ A.A. *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9. Aufl. 2020, § 9 Rn. 34.

⁶⁸ ABl. EU Nr. C 310 v. 16.12.2004, S. 1.

⁶⁹ Vgl. zu den Voraussetzungen gegenüber Erklärungen im Einzelnen *Schweisfurth*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 36 (1976), 681.

⁷⁰ 52. Erklärung zur Schlussakte der Regierungskonferenz, ABl. EU Nr. C 115 v. 9.5.2008, S. 335 (355).

⁷¹ Vgl. Assemblée Nationale, Résolution Nr. 35, Visant à promouvoir les symboles de l'Union européenne, 27.11.2017; zum Gipfel am 19./20.10.2017 siehe euractiv.de v. 11.10.2017, abrufbar unter

<https://www.euractiv.de/section/europakompakt/news/frankreich-im-streit-um-die-europaflagge/> (5.6.2021).

⁷² *Weigend*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, S. 18.

⁷³ Gegenäußerung der Bundesregierung BT-Drs. 19/14378, S. 9; *Eisele*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 30.

⁷⁴ So auch Gegenäußerung der Bundesregierung BT-Drs. 19/14378, S. 9 ff., unter Berufung auf den Erlass der Bundesregierung über die Beflaggung der Dienstgebäude des Bundes.

⁷⁵ *Lohse*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 57.

⁷⁶ Vgl. ähnlich etwa *Eisele*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 31; *Franck*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 36; gar als Träger von Souveränitätsrechten *Heger*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 41 ff.; vgl. ähnlich *Valerius*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafrecht, Stand: 1.2.2021, § 90c Rn. 1.

⁷⁷ Vgl. etwa Abgeordneter Ullrich, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, S. 15.

⁷⁸ § 1 Abs. 2 Nr. 3 Nato-Truppenschutzgesetz; vgl. *Lohse*, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 57.

ten Verfassungsvertrag – je nach Perspektive – nach oder vor. Warum das Verunglimpfen der Union selbst (entsprechend § 90a Abs. 1 Nr. 1 StGB) dann aber nicht vom deutschen Strafrecht erfasst wird, erweist sich als inkonsequent.⁷⁹ Gerade aus dem bisherigen national fragmentierten Demokratiekonstrukt des BVerfG gegen eine *res publica europea communis* entsteht hier eine neue Spannung, die jene etwa zur transnationalen Reichweite von § 108d StGB fortführt.⁸⁰ Noch weitergehend stellt sich die Frage, ob bereits die europäische Integration in die Union mittlerweile zur deutschen verfassungsmäßigen Ordnung zu zählen ist. Diese hätte zur Folge, dass nicht nur gewaltsame Unternehmungen, Deutschland aus der Union zu lösen, unter § 81 Abs. 1 Nr. 2 StGB fallen, sondern auch im Vorfeld namentlich §§ 85 Abs. 1 Nr. 2, 90a Abs. 1 Nr. 1 StGB eingreifen könnten, soweit nicht alleine ein verfahrenskonformer Austritt angestrebt wäre.

VI. Fazit

Die weitgehende Kriminalisierung der „flag desecration“ („Entheiligung“) in § 104 StGB n.F. erscheint nicht nur im Hinblick auf den konkreten Anlass unnötig und, erkennbar in Verfahren und Begründungen wie einem „Flaggen-Holocaust“, selbst stark emotional beeinflusst. Der einseitige unterschiedslos strafbewehrte Schutz fremder Staatssymbolik gegen Protest, z.B. zur Durchsetzung der Menschenrechte weltweit, stellt eigene Prinzipien der Bundesrepublik als freiheitlich demokratische Grundordnung und ihren Ausdruck in Art. 5 GG in Frage. Er führt auf dem historischen Weg zurück in Richtung Obrigkeitsstaat vor 1919. In seinem Umfang, vor allem auch bezüglich bloß irgendwelcher „zum Verwechseln ähnlicher“ tätereigener Sachen sind verfassungsrechtliche Bestimmtheit und Legitimierung überschritten. Bis zu einer erwartbaren Rücknahme, etwa nach einem neuen „Fall Böhmermann“ (z.B. aufgrund der Erregung der medialen Öffentlichkeit gegen die Bestrafung von Protesten durch Verbrennung von privaten Tüchern, die fünf Sterne oder einen Halbmond auf rotem Grund zeigen), ist jedenfalls die Rechtspraxis zur Wiederherstellung von Rechtssicherheit dringend gefordert. Die Auslegung von Art. 5 und Art. 26 GG können hierzu den zentralen Anker bilden.

Wie § 104 StGB schützen §§ 90 ff. StGB nicht individuelle Gefühle. Sie bewahren die Rationalität der Öffentlichkeit gegen extremistische Emotionalisierung, die Gewalt vorbereiten können. Für den Rückzug auf eine strafrechtliche „individualisierte Emotionalistik“ besteht kein Raum. Eine rein formal-individualistische Rechtsgutslehre um eines Gefühlschutzes willen ist dem deutschen Staatsschutzstrafrecht im Wesen fremd.⁸¹ Sie erzeugt dogmatisch weit mehr Folgefragen und Begrenzungsschwierigkeiten, als sie löst. Sie setzt den vereinten Kampf der streitbaren Demokratie gegen ihre Feinde zur bloßen (gar devianten oder kleinlichen?) Befindlichkeit Einzelner herab. Sie verschließt sich der Grunderkenntnisse der rationalen Emotionstechniken der schlimms-

ten Menschheitsfeinde des 20. Jahrhunderts und des rechten Extremismus über 1945 hinaus. Zudem verkennt sie die freiheitlich demokratische Grundordnung als Antwort auf diese. Letztlich führt sie nolens volens zurück in die Wehrlosigkeit der relativistischen, mordgefährdeten Demokratie von Weimar.

§ 90a StGB schützt unmittelbar den symbolisch-repräsentativen Ausdruck der Autorität des Staates, nicht sein Ansehen (gar „Ehre“), eine „Untertänigkeit“ oder die bloße Ausübung von hoheitlichen Maßnahmen. Dadurch vermittelt sich die allgemeine Wirksamkeit bzw. Geltung des demokratischen und rechtsstaatlichen Gemeinwesens und seiner rationalen und friedlichen Öffentlichkeit gegen Versuche, partielle Machtsphären zu schaffen. Mit dem daran orientierten § 90c StGB stellt sich die deutsche Frage nach der *Res Publica Europea* neu, zwar wiederum wie im zweiten Konvent im Rahmen von Symbolen, freilich statt mit großer Emphase nun durch die – hoffentlich rationale – Tür des Strafrechts.

⁷⁹ Weigend, BT-Prot. Nr. (6) 19/81, Anl., S. 70 f.

⁸⁰ Vgl. nur Zimmermann, ZIS 2011, 982 (983).

⁸¹ Vgl. nur Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 254 ff. und passim.