



Institut für Europäisches Medienrecht  
Institute of European Media Law  
Institut du droit européen des médias

Dr. Jörg Ukrow

## **§§ 103, 104a StGB - Requiem auf ein Relikt?**

### **Verfassungs- und völkerrechtliche Hinweise zu einer aktuellen rechtspolitischen Debatte**

#### 1. Die derzeitige Regelung

§ 103 StGB findet sich im Dritten Abschnitt "Straftaten gegen ausländische Staaten" des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs. Unter dem Titel "Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten" ist geregelt:

"(1) Wer ein ausländisches Staatsoberhaupt oder wer mit Beziehung auf ihre Stellung ein Mitglied einer ausländischen Regierung, das sich in amtlicher Eigenschaft im Inland aufhält, oder einen im Bundesgebiet beglaubigten Leiter einer ausländischen diplomatischen Vertretung beleidigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe, im Falle der verleumderischen Beleidigung mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Ist die Tat öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) begangen, so ist § 200 anzuwenden. Den Antrag auf Bekanntgabe der Verurteilung kann auch der Staatsanwalt stellen."

In diesem Dritten Abschnitt sind ferner der "Angriff gegen Organe und Vertreter ausländischer Staaten" (§ 102 StGB) sowie die "Verletzung von Flaggen und Hoheitszeichen ausländischer Staaten" (§ 104 StGB) als Straftatbestände geregelt.

§ 104a StGB als letzte Norm dieses Abschnitts regelt als "Voraussetzungen der Strafverfolgung", dass "Straftaten nach diesem Abschnitt ... nur verfolgt (werden), wenn die Bundesrepublik Deutschland zu dem anderen Staat diplomatische Beziehungen unterhält, die Gegenseitigkeit verbürgt ist und auch zur Zeit der Tat verbürgt war, ein Strafverlangen der ausländischen Regierung vorliegt und die Bundesregierung die Ermächtigung zur Strafverfolgung erteilt."



Institut für Europäisches Medienrecht  
Institute of European Media Law  
Institut du droit européen des médias

## 2. Der aktuelle rechtspolitische Ausgangspunkt

Mit Blick auf einen Beitrag von Herrn *Böhmermann* mit seinem gegen den türkischen Staatspräsidenten Erdogan gerichteten sog. „Schmähhkritik“-Gedicht in der Sendung "ZDF Neo Royale" vom 31. März 2016<sup>1</sup> hat die Republik Türkei mit Schreiben vom 7. April 2016, eingegangen im Auswärtigen Amt am 8. April 2016, ein Strafverlangen hinsichtlich des Moderators *Jan Böhmermann* wegen dessen Sendung gestellt. Die Bundesregierung wird nach einer Erklärung von Bundeskanzlerin *Merkel* vom 15. April 2016 nach kontroverser Debatte zwischen den Koalitionspartnern Union und SPD im vorliegenden Fall die nach § 104a StGB erforderliche Ermächtigung erteilen.

In der Erklärung der Bundeskanzlerin<sup>2</sup> heißt es zum Abschluss, „dass unabhängig von diesem konkreten Verfahren die Bundesregierung der Auffassung ist, dass Paragraph 103 StGB als Strafnorm zum Schutz der persönlichen Ehre für die Zukunft entbehrlich ist. Der Gesetzentwurf zur Abschaffung soll noch in dieser Wahlperiode verabschiedet werden und 2018 in Kraft treten.“

Bei der Frage, ob ein in Umsetzung der Erklärung erfolgreicher Regierungsentwurf, abweichend vom sog. *Struck'schen* Gesetz,<sup>3</sup> unverändert den Gesetzgebungsprozess übersteht, sollten die Fragen eine gewichtige Rolle spielen,

- ob das Schutzgut des § 103 StGB an dritter Stelle hinreichend geschützt ist,
- ob, falls dies nicht der Fall ist, dem Schutzgut fortdauernde Bedeutung zukommt und
- wie, falls dies der Fall sein sollte, Verfassungs-, Europa- und Völkerrecht eine moderne, dem Grundsatz der Grundrechtsfreundlichkeit wie der Völker- und Europarechtsfreundlichkeit verpflichtete Auslegung der §§ 103, 104a StGB prägen.

---

<sup>1</sup> Der Beitrag ist z.B. unter <http://www.bild.de/politik/inland/jan-boehmermann/satire-gedicht-auf-erdogan-nicht-mehr-in-der-mediathek-45151590.bild.html> audiovisuell abrufbar und schriftlich z.B. dokumentiert in der Chronologie der Ereignisse im Vorfeld und in Reaktion auf diese Sendung, wie sie der NDR unter <https://www.ndr.de/kultur/Jan-Boehmermanns-Schmaehgedicht-eine-Chronologie,boehmermann212.html> sowie SPIEGEL Online unter <http://www.spiegel.de/kultur/tv/jan-boehmermann-das-sind-die-fakten-der-staatsaffaere-a-1086571.html> zum Abruf bereithalten.

<sup>2</sup> Abrufbar unter <https://m.bundesregierung.de/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2016/04/2016-04-15-rklaerung>.

<sup>3</sup> In der Regel gilt im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren das, was der frühere Bundesverteidigungsminister und Fraktionsvorsitzende der SPD, Dr. Peter Struck, einmal als "erstes Strucksches Gesetz" bezeichnete: "Kein Gesetz kommt aus dem Parlament so heraus, wie es eingebracht worden ist." Vgl. hierzu z.B. [https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2010/32715751\\_gesetzgebung/204186](https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2010/32715751_gesetzgebung/204186).



Institut für Europäisches Medienrecht  
Institute of European Media Law  
Institut du droit européen des médias

### 3. „Majestätsbeleidigung“ nach § 103 StGB – ein überholtes Delikt?

Der wiederholte Hinweis in der öffentlichen Debatte auf die Möglichkeit von Herrn Erdogan, den Schutz seiner persönlichen Ehre über § 185 StGB zu erreichen, verkennt, dass Schutzgut des § 103 StGB nicht (nur) der persönliche Ehrenschatz ist, der im Fokus des § 185 StGB steht, sondern der funktionale Schutz ausländischer Staaten einschließlich ihrer Organe und Vertreter. Dafür spricht bereits die Stellung des § 103 StGB im Normgefüge des StGB. Die Norm findet sich nicht im Abschnitt „Beleidigung“ (§§ 185 ff. StGB), sondern im Abschnitt „Straftaten gegen ausländische Staaten“ (§§ 102 ff. StGB).

Es geht dabei auch nicht, wie die publizistische Kennzeichnung der Norm als „Majestätsbeleidigung“ insinuiert, um eine Beschränkung des funktionalen Schutzes auf bestimmte Staaten oder willkürlich bestimmte Organe oder Vertreter ausländischer Staaten. Vielmehr gilt auch für das Schutzgut des § 103 StGB der völkerrechtliche Grundsatz der souveränen Gleichheit aller Staaten, wie er in Art. 2 Nr. 1 der Charta der Vereinten Nationen verankert ist: Jeder Staat ist nicht nur vor dem Völkerrecht gleich, sondern mit Blick auf diese völkerrechtliche Gleichheit auch gleich im Schutz durch § 103 StGB.

Eine Differenzierung nach "befreundeten" Staaten und sonstigen Staaten, wie sie der Norm von ihrer Entstehungsgeschichte her nach ihrem klaren Wortlaut eigen war, ist § 103 StGB schon seit mehreren Jahrzehnten fremd. Allerdings schwingt dieses historisch beim Tatbestand des § 103 StGB überholte Kriterium weiterhin in den verfahrensrechtlichen Erfordernissen des § 104 StGB in den Erfordernissen des Bestehens diplomatischer Beziehungen und der Verbürgung der Gegenseitigkeit mit.

Auch sonstige Unterscheidungen je nach Charakter des Drittstaates sind in der Reichweite des Schutzzweckes der Norm nicht angelegt: Es spielt im Blick auf den Schutzzweck z.B. keine Rolle, ob der Staat groß oder klein, mächtig oder schwach ist, ob er demokratisch-rechtsstaatlich, autokratisch oder diktatorisch verfasst ist, ob er die Kunst- und Medienfreiheit achtet oder nicht, ob er weltanschaulich neutral oder religiös einseitig ausgerichtet ist, ob er der EU oder dem Europarat angehört oder nicht. Ebenso wenig spielt es mit Blick auf das Schutzgut des § 103 StGB eine Rolle, ob ein beleidigtes Organ monarchischen oder republikanischen Charakter aufweist. Auch insoweit ist § 103 StGB von seinem Schutzzweck her nicht differenzierend. Eine Differenzierung ist allerdings möglich auf der Grundlage der verfahrensrechtlichen Anforderungen des § 104a StGB: Hier kann die Differenzierung einfließen in die Ausübung des zwar nicht unbegrenzten, aber weiten Ermessens der Bundesregierung bei der Frage, ob einem Antrag eines Drittstaates auf Ermöglichung strafrechtlicher Ermittlungen Folge geleistet wird.

Wenn der funktionale Schutz ausländischer Staaten einschließlich ihrer Organe und Vertreter über die Straftatbestände der §§ 185 ff. StGB wie dargelegt nicht gewährleistet werden kann und soll,



Institut für Europäisches Medienrecht  
Institute of European Media Law  
Institut du droit européen des médias

stellt sich als zweites die Frage, ob es dieses Schutzzweckes weiter bedarf.<sup>4</sup> Bei einer Zusammenschau von verfassungs- und völkerrechtlicher Perspektive sprechen hierfür gewichtige Argumente: Das Grundgesetz ist nicht zuletzt auch geprägt durch den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit. Einige Folgerungen aus diesem Grundsatz beschränken sich auf das deutschen Staatsorganen und Behörden unmittelbar zurechenbare Verhalten. So müssen z.B. deutsche Staatsorgane nach diesem Grundsatz die Deutschland bindenden Völkerrechtsnormen befolgen und Verletzungen nach Möglichkeit unterlassen. Und der Gesetzgeber hat für die deutsche Rechtsordnung zu gewährleisten, dass durch eigene Staatsorgane begangene Völkerrechtsverstöße korrigiert werden können. Aus dem Gebot der Völkerrechtsfreundlichkeit folgt indessen bei dem gebotenen dynamisch-evolutiven Verständnis, gerade im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung, ggf. auch eine Pflicht zum Schutz völkerrechtlicher Rechtspositionen vor Eingriffen Privater. Dass solche Eingriffe Privater mittelbar auch dem Staat Bundesrepublik Deutschland zurechenbar sein können, zählt inzwischen zum völkerrechtlichem Besitzstand. Ein Verzicht auf den Schutz ausländischer Staaten und ihrer Organe und Vertreter könnte deshalb zumindest als völkerrechtlich unfreundlicher Akt eingestuft werden, der im Wege der völkerrechtlichen Retorsion zu auch für Belange der Bundesrepublik Deutschland unerfreulichen Konsequenzen führen könnte.

## 4. Völker- und europarechtliche Orientierungspunkte bei der Auslegung von § 103 StGB

Weder das Völker-, noch das Europarecht kennt bislang eine Definition der „Beleidigung“ oder der „verleumderischen Beleidigung“. Insoweit ist die deutsche Justiz bei der Auslegung dieser Begrifflichkeiten zunächst nicht unmittelbar definitorisch vorgeprägt.

Weder das Völker- noch das Europarecht stehen im Übrigen allerdings auch dem in Deutschland verfassungsrechtlich gebotenen Abwägungsprozess zwischen der Freiheit der Meinungsäußerung, der Kunst, der Presse- und Rundfunkfreiheit einerseits und dem Ehrenschafts andererseits entgegen, wie er bei der Auslegung und Anwendung von § 103 StGB durchzuführen ist. Sowohl der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte auf völkerrechtlicher Ebene als auch die EMRK und die Grundrechtecharta der EU auf europarechtlicher Ebene kennen zwar menschenrechtliche Verbürgungen der genannten Freiheitsrechte. Keines dieser Rechtsinstrumente verbürgt diese Freiheitsrechte indessen schrankenlos. Und keines dieser Rechtsinstrumente steht einem Schutz der persönlichen Ehre von Organen und Vertretern ausländischer Staaten als Person oder in ihrer Funktion von vornherein entgegen.

---

<sup>4</sup> Die bisherige, sehr überschaubare Praxis (bekannt wurde und umstritten ist weiterhin insbesondere der sog. Schah-Fall) spricht weniger gegen dieses Bedürfnis als für eine zutreffende Zurückhaltung bei auf dieser Norm gestützte Strafverfolgung.



Institut für Europäisches Medienrecht  
Institute of European Media Law  
Institut du droit européen des médias

Allerdings mag der danach gebotene Abwägungsprozess bei Organen und Vertretern ausländischer Staaten zu einem anderen Ergebnis führen als bei Privatpersonen. Denn die Bedeutung eines freien Meinungskampfes ist auch nach diesen Rechtsinstrumenten als Gewicht von besonderer Bedeutung für Entstehen und Wahrung demokratisch-rechtsstaatlicher Verfassungsstrukturen anerkannt. In einem zusammenwachsenden Europa ist dieses im Resultat verringerte Schutzniveau für in der öffentlichen Auseinandersetzung stehende Organe und Vertreter eines Staates im Übrigen nicht auf staatliche Repräsentanten der Bundesrepublik Deutschland beschränkbar, wenn die demokratisch für vertiefende Integrationschritte der Europäischen Union unverzichtbare Existenz einer europäischen Öffentlichkeit befördert werden soll. Insoweit gilt es bei dem nach § 103 StGB gebotenen Abwägungsprozess nicht nur Freiheitsrechte und Ehrenschaft, sondern auch staatliche Rücksichtnahmepflicht gegenüber souverän gleichen Drittstaaten mit den Grenzen der Souveränität in einem Integrationsverbund bzw. einer sich entwickelnden globalen Informationsgesellschaft miteinander in Beziehung zu setzen.

## 5. Völker- und verfassungsrechtliche Orientierungspunkte bei der Auslegung von § 104a StGB

Eine auf § 103 StGB gestützte Strafverfolgung setzt erstens voraus, dass die Bundesrepublik Deutschland zu dem ausländischen Staat, dessen Organe oder Vertreter möglicherweise beleidigt wurde, diplomatische Beziehungen unterhält. Diplomatische Beziehungen unterhält ein Staat zwar nicht jederzeit – auf ihre Aufnahme kann verzichtet werden oder bestehende Beziehungen können beendet oder unterbrochen werden. In der Staatenpraxis der Bundesrepublik Deutschland kommt diesem Kriterium des § 104a StGB indessen inzwischen kaum mehr praktische Relevanz zu: Die Bundesrepublik Deutschland unterhält schon seit längerem diplomatische Beziehungen zu sämtlichen Mitgliedsstaaten der Vereinten Nationen. Hieran haben auch zeitweilige krisenhafte Zuspitzungen im Verhältnis zu einzelnen Staaten im Gefolge von völkerrechtswidrigem Verhalten dieser Staaten oder dem stärkeren militärischen Engagement der Bundesrepublik Deutschland außerhalb des NATO-Bündnisgebietes nichts geändert.

Ein zweites völkerrechtlich determiniertes prozedurales Erfordernis für eine Strafverfolgung auf Grundlage von § 103 StGB ist nach § 104a StGB, dass die Gegenseitigkeit verbürgt ist. Diese Gegenseitigkeit oder Reziprozität war ursprünglich ein konstitutives Strukturprinzip völkerrechtlicher Beziehungen zwischen Völkerrechtssubjekten. Heute ist an die Stelle der Gegenseitigkeit als Voraussetzung für das Bestehen von Rechtspflichten vielfach die Unbedingtheit von Rechtspflichten getreten – nicht zuletzt in Integrationsverbänden wie der EU. Der Reziprozität als Rechtsprinzip kommt allerdings z.B. im Diplomaten- und Investitionsschutzrecht fortdauernde völkerrechtliche Bedeutung zu.



Institut für Europäisches Medienrecht  
Institute of European Media Law  
Institut du droit européen des médias

Das zum Dritten bestehende doppelte prozedurale Erfordernis des § 104a StGB - Antrag eines dritten Staates und Einwilligung der Bundesregierung - kann bei völkerrechtsaffiner Interpretation als Ausdruck des Gebotes der Wahrung kultureller Vielfalt ausgelegt werden. Denn die wechselseitige Zuordnung von Ehrenschatz einerseits, Meinungs-, Kunst-, Presse- und Rundfunkfreiheit mag sich in völkerrechtlich nicht bedenklicher Weise in Deutschland von der Rechtslage in Drittstaaten unterscheiden. Insofern erweist sich der Beurteilungsspielraum, die sog. *margin of appreciation*, jedes Staates bei dieser Zuordnung, wie sie der Straßburger EGMR bei der Auslegung und Anwendung des EMRK-Schutzes ständig betont, als durch das in jüngerer Zeit völkerrechtlich anerkannte Gebot der Wahrung kultureller Vielfalt zusätzlich gestützt.

Dieses doppelte Verfahrenserfordernis des § 104a StGB wirkt im Übrigen freiheitsschonend. Denn nur wenn die Zuordnung in Deutschland wie im Drittstaat in Richtung auf eine nicht gerechtfertigte Verletzung des Ehrenschatzes weisen, kommt eine strafrechtlich auf § 103 StGB gestützte Ahndung einer Äußerung in Betracht.

Auch bei der Auslegung und Anwendung von § 104a StGB gelten die Gebote verfassungskonformer Auslegung von Gesetzesrecht und der völkerrechtskonformen Auslegung nationalen Rechts. Damit geht nicht zuletzt eine Eingrenzung der Ausübung des Ermessens der Bundesregierung nach § 104a StGB einher. Auch bei der Frage, ob eine Einwilligung erteilt wird, ist sowohl die Wechselwirkungstheorie des BVerfG als auch das Gebot der Völkerrechtsfreundlichkeit zu beachten.

Die Bewertung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Meinungsäußerung oder einer medialen Betätigung muss nach der Wechselwirkungstheorie stets vor dem Hintergrund der besonderen Bedeutung der Meinungs- und erst recht der Medienfreiheit in einer pluralistischen Demokratie erfolgen, weshalb eine zu enge Interpretation der Schranken abzulehnen ist. Bei der (satirischen) Kritik an Politikern kommt hinzu, dass eine solche öffentliche Auseinandersetzung mit politischen Fragen unabdingbare Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit der Demokratie ist. Dieses demokratiegeleitete Korrektiv der Schrankenziehung kann im 21. Jahrhundert von Europäisierung und Globalisierung nicht mehr ausschließlich bezogen auf den eigenen Staat verstanden werden. Sowohl die Entwicklung europäischer demokratischer Strukturen, internationaler menschen- und völkerrechtlicher Verdichtungsräume kooperierender Staatlichkeit wie – damit einhergehend – transnationaler demokratischer Diskursbedürfnisse sprechen für eine Öffnung der Schranken-Schranken-Ziehung in Richtung außer-deutscher Themensetzungen. Allerdings mag insoweit, entsprechend der noch feststellbaren demokratischen Defizite dieser Integrations- und Kooperationssysteme, das Abwägungsergebnis ein anderes sein als bei rein innerstaatlichen Sachverhalten. Während das Bundesverfassungsgericht im Ergebnis der Wechselwirkungstheorie im deutschen demokratischen Diskurs auch eine überzogene oder gar ausfällige Kritik als prinzipiell zulässig erachtet, könnte die Schrankensetzung auch mit Blick auf das Kooperations- und Friedensziel des Grundgesetzes in Bezug auf Drittstaaten beim grenzüberschreitend wirkenden Diskurs ein anderes sein.



Institut für Europäisches Medienrecht  
Institute of European Media Law  
Institut du droit européen des médias

Satire darf nach diesem Ansatz in Deutschland auch dann, wenn satirisches Objekt ein Organ oder Vertreter eines Drittstaates ist, zwar nicht alles, aber jedenfalls sehr viel.

Saarbrücken, den 18. April 2016