



Univ.-Prof. Dr. Florian Becker, LL.M.

Univ.-Prof. Dr. Florian Becker, LL.M.: Institut für Öffentliches Wirtschaftsrecht
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel · Leibnizstraße 2 · 24118 Kiel

Telefon: 0431 880-5378
Telefax: 0431 880-5374
Durchwahl: 0431 880-1504
E-Mail: f.becker@law.uni-kiel.de
Homepage: www.becker.jura.uni-kiel.de

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Innen- und Rechtsausschuss
Düsternbrooker Weg 70
24105 Kiel

Kiel, 20.01.2021

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 19/5199

Öffentliches Zeigen von Reichskriegsflaggen unterbinden Antrag der Fraktion der SPD - Drucksache 19/2490 (neu) und Reichskriegsflaggen als Symbole verfassungsfeindlicher Demonstrationen unterbinden Alternativantrag der Fraktionen von CDU, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP - Drucksache 19/2535

Sehr geehrte Frau Vorsitzende Ostmeier,
sehr geehrte Damen und Herren,

mit Schreiben vom 1. Dezember 2020 haben Sie mir freundlicherweise die Gelegenheit eingeräumt, zu den in den o.a. Drucksachen vorgeschlagenen Anträgen Stellung zu nehmen. Vielen Dank für diese Möglichkeit, von der ich gerne Gebrauch mache.

Inhaltsübersicht

I. Zielrichtung der Anträge.....	2
II. Kompetenzrechtlicher Hintergrund der Anträge	2
III. Versammlungsrechtliches Einschreiten gegen das Vorzeigen einer Reichskriegsflagge.....	3
III. Einordnung der Reichskriegsflagge <i>de lege lata</i>	4
1. Strafrecht	4
2. Ordnungswidrigkeitenrecht	4
3. Ergebnis.....	7
IV. Gestaltungsmöglichkeiten <i>de lege ferenda</i>	7

1. Verbot durch Strafgesetz und Meinungsfreiheit	7
a) Die Reichskriegsflagge als rechtsextremistisch genutztes Symbol	7
b) Rechtsextremistische, verfassungsfeindliche Meinungen im Lichte von Art. 5 Abs. 1 GG	8
c) Strafrechtliches Verbot der Reichskriegsflagge als „allgemeines Gesetz“	9
d) Ausnahme vom Erfordernis eines „allgemeinen Gesetzes“ in Anlehnung an den „Wunsiedel“-Beschluss des BVerfG	10
e) Verfassungskonformität eines Reichskriegsflaggenverbots durch Ergänzung der Straftatbestände in §§ 86, 86a StGB	11
2. „Versammlungsrechtliche Lösung“ durch rechtssichere Anknüpfung an § 118 OWiG	13
V. Fazit	15

I. Zielrichtung der Anträge

Der erstgenannte Antrag fordert die Landesregierung auf, sich auf Bundesebene dafür einzusetzen, dass das öffentliche Zeigen der sogenannten Reichskriegsflaggen bundeseinheitlich gesetzlich verboten wird und Verstöße mit Geldstrafen sowie der Einziehung der Flaggen geahndet werden.

Der zweitgenannte Antrag „bittet“ die Landesregierung, „sich im Bund für eine rechtssichere und einheitliche Lösung im Umgang mit Reichskriegsflaggen auf Versammlungen einzusetzen. Dabei ist das Ziel, das Zeigen von Reichskriegsflaggen bei Versammlungen, Veranstaltungen oder Ansammlungen, insbesondere mit rechtsextremistischem Hintergrund, rechtssicher und bundeseinheitlich zu unterbinden, wenn das zulässige Maß des Meinungsäußerungsrechts überschritten ist.

Letztlich geht es darum, die Reichskriegsflagge aus dem öffentlichen Raum zu verbannen – zumindest, wenn sie in einem rechtsextremistischen Kontext verwendet wird. Es stellt sich die Frage, auf der Grundlage welcher rechtlichen Materie dies möglich ist.

II. Kompetenzrechtlicher Hintergrund der Anträge

Beide Anträge zielen nicht auf ein landesrechtliches Verbot des öffentlichen Zeigens von Reichskriegsflaggen, sondern verlangen vielmehr, dass die Landesregierung „im Bund“ oder „auf Bundesebene“ tätig wird, um ein solches Verbot zu erreichen. Damit zielen beide Anträge

auf eine Gesetzesvorlage zur Änderung von Bundesrecht, die auch durch den Bundesrat eingebracht werden kann (Art. 76 Abs. 1 GG) und auf deren Einbringung das Land Schleswig-Holstein durch die Landesregierung entsprechend Einfluss nehmen kann.

Während der zweitgenannte Antrag sich ausdrücklich auf einen versammlungsrechtlichen Zusammenhang des Verbots bezieht, regt der erstgenannte Antrag ein allgemeines Verbot des „Zeigens“ an, das offenbar auch jenseits des Versammlungsrechts Wirkung entfalten soll.

Das Versammlungsrecht ist allerdings (inzwischen) Gegenstand der Landesgesetzgebungskompetenz. Das Land Schleswig-Holstein hat diese ihm im Jahr 2006 mit der Föderalismusreform zugefallene Befugnis durch Erlass des Versammlungsfreiheitsgesetzes (VersFG) im Jahr 2015 ausgeübt, wodurch das zunächst (vgl. Art. 125a Abs. 1 Satz 1 GG) noch weiter geltende Versammlungsgesetz des Bundes abgelöst worden ist.

III. Versammlungsrechtliches Einschreiten gegen das Vorzeigen einer Reichskriegsflagge

Nach § 13 Abs. 1 VersFG kann die Versammlungsbehörde „die Durchführung einer Versammlung unter freiem Himmel beschränken ... wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Maßnahmen erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit bei Durchführung der Versammlung unmittelbar gefährdet ist“.

Das Verbot des Vorzeigens der Reichskriegsflagge wäre unter diesen Vorzeichen (d.h. bei einer konkreten Versammlung) damit (nur) dann möglich, wenn hierin ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit läge.

Die örtliche Sicherheit umfasst u.a. die objektive Rechtsordnung, sodass Verstöße gegen Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht stets auch Verstöße gegen die öffentliche Sicherheit darstellen. Wenn solche Normverletzungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit drohen, liegt auch eine entsprechende Gefahr vor.

Damit ist zu erwägen, ob das Vorzeigen von Reichskriegsflaggen nicht bereits jetzt schon als Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit untersagt werden kann (s.u. (III.)), oder ob ein solches Verbot noch gesetzlich niedergelegt werden könnte (s.u. (IV.)).

III. Einordnung der Reichskriegsflagge *de lege lata*

1. Strafrecht

Ein Verstoß gegen strafrechtliche Normen stellt immer eine Gefahr für die örtliche Sicherheit dar, die Anlass für die Beschränkung oder gar das Verbot einer Versammlung sein kann.

Das Strafrecht kennt zwar Beschränkungen des Inhalts von Meinungsäußerungen. Das Vorzeigen einer Reichskriegsflagge verletzt aber ohne das Hinzutreten weiterer Umstände weder das Verbot der Volksverhetzung (§ 130 StGB) noch den Straftatbestand der Verwendung von Kennzeichen bestimmter politische Organisationen (§ 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB). Die Reichskriegsflagge ist mangels Zurechenbarkeit zu einer konkreten Organisation kein „Kennzeichen“ i.S.v. § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB¹.

Das OVG Bremen² hat dies jüngst im Zusammenhang mit der Frage, ob das Vorzeigen der Reichskriegsflagge bereits heute einen strafrechtlichen Normverstoß und damit eine Gefahr oder einen Schaden für die öffentliche Sicherheit begründet, noch einmal bestätigt. Zudem unterstreicht der Senat unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass Beschränkungen von Versammlungen, die sich auf deren politischen Inhalt und die dortigen Meinungskundgebungen beziehen, am Maßstab der Meinungsfreiheit zu messen sind. Sie dürfen daher nur durch allgemeines Gesetz erfolgen (vgl. unten (IV.).

2. Ordnungswidrigkeitenrecht

Noch im Jahr 1994 hat es das OVG Münster in einer Eilentscheidung nicht ausschließen wollen, dass das Hissen der Reichskriegsflagge einen ordnungsrechtlich, d.h. präventiv-polizeilich zu unterbindenden Verstoß gegen die „öffentliche Ordnung“ darstellt, die nach § 14 OBG NRW neben der öffentlichen Sicherheit polizeiliches Schutzgut ist³.

Allerdings sehen die schleswig-holsteinischen Regelungen des allgemeinen Gefahrenabwehrrechts (LVwG) und des besonderen Gefahrenabwehrrechts (VersFG SH) keine behördlichen Handlungsmöglichkeiten bei Verstößen (nur) gegen die „öffentliche Ordnung“ vor, sondern

¹ Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), StGB (30. Aufl. 2019), § 86a, Rn. 3.

² OVG Bremen, Urteil vom 16.10.2020 – 1 B 323/20, Rn. 6 (BeckRS 2020, 27545).

³ OVG Münster, Beschluss vom 22.06.1994 - 5 B 193/94, NJW 1994, S. 2909; ähnlich wohl auch OVG Weimar, Beschluss vom 7.05.1999 - 3 ZEO 311/99, zit. nach *Kniesel*, NJW 2000, S. 2857 ff. (2860); anders aber z.B. VGH Mannheim, Beschluss vom 15. 6. 2005 - 1 S 2718/04, NJW 2006, 635.

beschränken die präventiv-polizeilichen Interventionsmöglichkeiten auf Verstöße gegen die öffentliche Sicherheit (vgl. §§ 174 ff. LVwG, §§ 13 ff. VersFG SH). Dies ist auf einen literarischen Streit über die Bestimmtheit und Erforderlichkeit des Tatbestandsmerkmals der „öffentlichen Ordnung“ zurückzuführen, der im Jahr 1992 in einer Gesetzesnovelle mündete, mit der die öffentliche Ordnung als polizeiliches Schutzgut abgeschafft wurde⁴.

Immerhin kann aber eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit im Sinne der gefahrenabwehrrechtlichen Vorschriften von LVwG und VersFG auch bei einer Verletzung von Normen des Ordnungswidrigkeitenrechts vorliegen.

Nach § 118 Abs. 1 OWiG handelt ordnungswidrig, wer eine grob ungehörige Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen. Über § 118 Abs. 1 OWiG findet der Begriff der öffentlichen Ordnung mithin mittelbar einen Weg in das schleswig-holsteinische Gefahrenabwehrrecht. Sollte im Vorzeigen der Reichskriegsflagge ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung zu sehen sein, wären auch nach dem schleswig-holsteinischen Gefahrenabwehrrecht Interventionsmöglichkeiten (Auflagen und Verbote) denkbar.

Allerdings ist es diskussionswürdig, ob § 118 Abs. 1 OWiG als Schranke der Meinungsfreiheit überhaupt in Betracht kommen kann. Das Bundesverfassungsgericht war dem OVG Münster, das ein Bekenntnis zum Nationalsozialismus 2001 als versammlungsrechtlich relevanten Verstoß gegen die öffentliche Ordnung gewertet hatte⁵, entgegengetreten. Während sich das OVG auf den Standpunkt stellte, der Gegenstand der in Rede stehenden Versammlung richte sich gegen fundamentale in der Verfassung niedergelegte Werte, betonte das Bundesverfassungsgericht, dass der Staat sich meinungsneutral zu verhalten habe, was im Einzelfall auch bedeute, das Infragestellen grundlegender Verfassungswerte zu akzeptieren⁶. Allerdings hat sich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hier weiterentwickelt (s.u.).

Indes sind die Vorschriften zum Schutze der öffentlichen Ordnung nach der Rechtsauffassung des Bundesverfassungsgerichts zur Einschränkung der Meinungsfreiheit von vornherein nicht geeignet, da „zur Abwehr von kommunikativen Angriffen auf Schutzgüter der Verfassung besondere Strafnormen geschaffen worden sind. Die darin vorgesehenen Beschränkungen

⁴ Mann, in: PdK SH A-15, Landesverwaltungsgesetz, 2020, § 174, S. 388a.

⁵ OVG Münster, Beschluss vom 23. 3. 2001 - 5 B 395/01.

⁶ BVerfG, Beschluss vom 24. 3. 2001 - 1 BvQ 13/01, Rn. 26.

von Meinungsäußerungen sind jedenfalls im Hinblick auf seit langem bekannte Gefahrensituationen abschließend und verwehren deshalb einen Rückgriff auf die [...] Ermächtigung zum Schutz der öffentlichen Ordnung, soweit kein Straftatbestand erfüllt ist.“⁷

Das OVG Bremen greift diesen Gedanken in seiner Entscheidung zum versammlungsrechtlichen Verbot des Zeigens der Reichskriegsflagge auf und führt hierzu aus: „Das Recht der freien Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 GG wird, soweit es den Inhalt der Meinung betrifft, allein durch die Strafgesetze beschränkt. Eine weitere Einschränkung der Meinungsfreiheit durch einen Rückgriff auf die Kategorie der öffentlichen Ordnung ist nicht zulässig.“⁸

Ein solcher Rückgriff ist nur möglich, wenn die Rechtsgutsbeeinträchtigung nicht auf der bloßen Äußerung der Inhalte beruht, sondern auf besonderen, beispielsweise provokativen oder aggressiven, das Zusammenleben der Bürger konkret beeinträchtigenden Begleitumständen⁹. Dann bezieht sich der Eingriff der Versammlungsbehörde eben nicht mehr nur auf den Inhalt der Meinung, sondern auf die Meinung in dem tatsächlichen nach außen tretenden Kontext ihrer Äußerung.

Nach der Vorstellung des Bundesverfassungsgerichts soll dies beispielsweise der Fall sein, „wenn einem bestimmten Tag ein in der Gesellschaft eindeutiger Sinngehalt mit gewichtiger Symbolkraft zukommt, der bei der Durchführung eines Aufzugs an diesem Tag in einer Weise angegriffen wird, dass dadurch zugleich grundlegende soziale oder ethische Anschauungen in erheblicher Weise verletzt werden.“¹⁰

Auch das OLG Koblenz wollte die Verwirklichung des Tatbestands von § 118 OWiG durch ein Hissen der Reichskriegsflagge (mit den entsprechenden versammlungsrechtlichen Konsequenzen) unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verhältnis des Schutzes der öffentlichen Ordnung und der Meinungsfreiheit nur dann annehmen, wenn weitere Umstände hinzutreten¹¹.

⁷ BVerfG, Beschluss vom 24. 3. 2001 - 1 BvQ 13/01, Rn. 26.

⁸ OVG Bremen, Urteil vom 16.10.2020 – 1 B 323/20, Rn. 8.

⁹ BVerfG, Beschluss vom 24. 3. 2001 - 1 BvQ 13/01, Rn. 30 f.

¹⁰ BVerfG, Beschluss vom 26. 1. 2001 - 1 BvQ 9/01, Rn. 15.

¹¹ OLG Koblenz, Beschluss vom 14.01.2010 - 2 Ss Bs 68/09 (BeckRS 2010, 6696).

3. Ergebnis

De lege lata ist das Vorzeigen einer Reichskriegsflagge ohne weitere hinzutretende äußere Umstände nach weit verbreiteter Ansicht weder strafrechtlich relevant noch als Gefahr für die öffentliche Ordnung i.S.d. § 118 Abs. 1 OWiG einzustufen.

Damit kann das bloße Vorzeigen der Flagge weder allgemein ordnungsrechtlich noch im Zusammenhang mit einer Versammlung untersagt, zum Gegenstand einer Auflage oder zum Anlass für die Untersagung einer Versammlung genommen werden.

IV. Gestaltungsmöglichkeiten *de lege ferenda*

Die Rechtslage eröffnet zwei Handlungsoptionen:

1. Zum einen ist zu erwägen, auch das Vorzeigen der Reichskriegsflagge strafrechtlich zu sanktionieren, um auf diese Weise eine Möglichkeit zu schaffen, v.a. gegen Versammlungen vorgehen zu können, auf denen diese Flagge gezeigt wird (1.). Für diese – nicht ganz ohne verfassungsrechtliche Risiken denkbare Lösung – wäre Schleswig-Holstein aber auf die Mitwirkung des Bundesgesetzgebers angewiesen, da Strafrecht auf der Grundlage einer Bundesgesetzgebungskompetenz erlassen wird, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.
2. Zum andern wäre eine ordnungswidrigkeiten- und versammlungsrechtliche Lösung denkbar, die auf der o.a. Rechtsprechung und den versammlungsrechtlichen Konsequenzen eines bestimmten Verständnisses von § 118 OWiG aufbaut (2.). Eine Ände rung von Bundesrecht wäre nicht erforderlich, so dass hier allein das Land zuständig wäre.

1. Verbot durch Strafgesetz und Meinungsfreiheit

a) Die Reichskriegsflagge als rechtsextremistisch genutztes Symbol

Jede belastende staatliche Reaktion auf das Vorzeigen der Reichskriegsflagge – sei es durch präventiv-polizeiliches Unterbinden oder durch straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtliches Sanktionieren – steht in einem Spannungsverhältnis zur Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG, die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einen besonders hohen Stellenwert

genießt: Grundsätzlich fallen auch nonverbale Handlungen in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG, da in der Norm die Medien „Wort, Schrift und Bild“ nur beispielhaft aufgezählt werden¹².

Die mit dem Vorzeigen der Flagge verbreitete Meinung dürfte nur in den seltensten Fällen in der Verherrlichung der (kaiserlichen) Monarchie zu sehen sein und damit dem historischen Kontext der Reichskriegsflagge entsprechen. Vielmehr hat das OLG Brandenburg den heutigen Bedeutungsgehalt des Vorzeigens der Reichskriegsflagge damit umschrieben, dass die „Flagge, die zunächst der Marine des Norddeutschen Bundes und anschließend der Reichskriegsmarine als Hoheitszeichen diente, in dieser Funktion jedoch nicht mehr Verwendung findet und in ihrer ursprüngliche Bedeutung auch kaum mehr im öffentlichen Bewusstsein allgemein bekannt ist, nach dem Jahre 1945 und gehäuft in jüngster Zeit vornehmlich von nationalistisch und rassistisch gesinnten, zu Gewalt bereiten Gruppierungen in der Öffentlichkeit als ‚Kampfsymbol‘ militärischen Ursprungs missbraucht wurde. Das Zeigen dieser Flagge wird nach dem objektiven Erklärungsinhalt in der Regel als Identifikation mit den Zielsetzungen dieser Gruppierungen verstanden [...]“¹³.

Das OVG Münster bestätigt dies und hat insoweit ausgeführt, dass „die schwarz-weiß-rote Reichsflagge von den historischen Nationalsozialisten als Symbol des Kaiserreichs angesehen und deshalb abgelehnt“ wurde, sie dennoch „seit Jahren ein ständiges von der Klägerin bei ihren Versammlungen eingesetztes Symbol“ ist; in der öffentlichen Wahrnehmung stehe sie „eindeutig für die rechtsextreme Szene“¹⁴.

b) Rechtsextremistische, verfassungsfeindliche Meinungen im Lichte von Art. 5 Abs. 1 GG

Wenn das Vorzeigen der Reichskriegsflagge also als Bekenntnis zu rechtsextremem Gedankengut gedeutet werden kann, stellt sich die Frage, ob auch ein Unterbinden der Äußerung dieser Meinung grundrechtlich gerechtfertigt werden muss. Das ist nur dann der Fall, wenn eine solche Meinung in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG fällt und damit das dort niedergelegte Rechtfertigungserfordernis auslöst. Im Zusammenhang mit dem Verbot einer Meinungskundgabe stellen sich grundlegende Fragen zu Auslegung und Verständnis der Meinungsfreiheit in

¹² Schemmer, in Epping/Hillgruber, (Hrsg.) BeckOK zum GG (45. Edition Stand: 15.11.2020), Art. 5, Rn. 14.

¹³ OLG Brandenburg, Urteil vom 28. 11. 2001 - 1 Ss 52/01, NJW 2002, 1140 (1442). Allerdings führte in dem vorliegenden Fall nicht das Vorzeigen der Reichskriegsflagge als solches, sondern nur im Zusammenwirken mit anderen äußeren Umständen der Versammlungsgestaltung sowie mit den dort gerufenen Parolen zu der Verwirklichung des Straftatbestands der Volksverhetzung (§ 130 StGB).

¹⁴ Beschluss vom 07.01.2020 – 15 A 4693/18 (BeckRS 2020, 1479), Rn. 11.

der Demokratie des Grundgesetzes, die maßgeblich durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geprägt sind.

Eine Meinung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 GG ist jedes Werturteil, durch das eine eigene Stellungnahme des Kundgebenden zum Ausdruck gebracht wird¹⁵. Der sachliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfasst auch die ausdrückliche Kritik an der bestehenden Verfassungsordnung und das Infragestellen grundlegender Verfassungswerte¹⁶. Damit genießen im Ausgangspunkt und vorbehaltlich einer verfassungsmäßigen Beschränkung auch rechtsextremistische Meinungen den Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG¹⁷.

Umso wichtiger wird der Blick auf die Möglichkeiten der gesetzlichen Beschränkung der Meinungsfreiheit. Die Schranken der Meinungsfreiheit ergeben sich aus dem der Verfassungsnorm zu entnehmenden Zensurverbot (Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG) entsprechend nicht durch eine einschränkende Auslegung des Begriffs der Meinung, sondern vielmehr aufgrund der Einschränkungsoptionen des Art. 5 Abs. 2 GG. Eine mögliche Sanktionierung des Vorzeigens der Reichskriegsflagge – etwa durch die Aufnahme in den Straftatbestand der §§ 86, 86a StGB – ist nur verfassungskonform, wenn sie den Anforderungen genügt, die das Grundgesetz an Eingriffe in die Meinungsfreiheit stellt.

c) Strafrechtliches Verbot der Reichskriegsflagge als „allgemeines Gesetz“

Die Beschränkung der Meinungsfreiheit durch ein Verbot, eine bestimmte Meinung auf einer Versammlung oder andernorts zu äußern, muss – wie jeder Grundrechtseingriff in Art. 5 Abs. 1 GG – grundsätzlich auf ein „allgemeines Gesetz“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG zurückzuführen sein. Dies sind nach ständiger (ihrerseits zitierender) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts alle Gesetze, die „nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, die vielmehr ‚dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen‘, dem Schutze eines Gemeinschaftswerts, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat“¹⁸.

¹⁵ BVerfGE 7, 198 (210).

¹⁶ BVerfG, Beschluss vom 24. 3. 2001 - 1 BvQ 13/01, Rn. 24.

¹⁷ BVerfG, Beschluss vom 4. 2. 2010 - 1 BvR 369/04 u.a., Rn. 27 f.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG Kommentar Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 5, Rn. 62; *Starck/Paulus*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar Band I, 7. Aufl. 2018, Art. 5, Rn. 76.

¹⁸ BVerfGE 7, 198 (209 f.).

Wenn eine inhaltsbezogene Meinungsbeschränkung nicht hinreichend offen gefasst ist und sich von vornherein nur gegen bestimmte Überzeugungen, Haltungen oder Ideologien richtet, liegt insoweit kein „allgemeines Gesetz“ mehr vor¹⁹.

Das die Meinung beschränkende Gesetz darf daher nicht bestimmte politische Anschauungen benachteiligen oder bevorzugen; die „Allgemeinheit“ begründet ein spezifisches und striktes Diskriminierungsverbot gegenüber bestimmten Meinungen²⁰. Hier schließt sich der Kreis zum oben bereits erwähnten Zensurverbot des Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG. Die Grenzen der Meinungsfreiheit werden – wie das Bundesverfassungsgericht gerade im Zusammenhang mit versammlungsrechtlichen Maßnahmen klargestellt hat – wegen der besonderen Bedeutung der Meinungsfreiheit für das Gemeinwesen durch die Strafrechtsordnung – und wie gezeigt eben nur durch diese – gezogen, soweit diese „allgemeine Gesetze“ enthält²¹.

Unter dem Aspekt der Allgemeinheit wäre eine das Vorzeigen der Reichskriegsflagge ohne hinzutretende Umstände sanktionierende Regelung verfassungsrechtlich zweifelhaft. Es knüpft an die sich im Vorzeigen der Flagge manifestierende Meinung an und ist damit kein „allgemeines Gesetz“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG.

d) Ausnahme vom Erfordernis eines „allgemeinen Gesetzes“ in Anlehnung an den „Wunsiedel“-Beschluss des BVerfG

Im Zusammenhang mit der Verbreitung rechtsextremistischer und nationalsozialistischer Meinungsäußerungen hat das Bundesverfassungsgericht allerdings in seinem „Wunsiedel“-Beschluss eine Ausnahme vom Erfordernis eines allgemeinen Gesetzes hergeleitet und festgestellt, dass die strafrechtliche Norm des § 130 Abs. 4 StGB (Volksverhetzung) auch als nicht-allgemeines Gesetz mit Art. 5 Abs. 1 u. Abs. 2 GG vereinbar ist²².

Nach dieser Vorschrift wird bestraft, „wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt.“

Inhaltlicher Anknüpfungspunkt des § 130 Abs. 4 StGB ist mithin die Verherrlichung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft und damit gerade eine bestimmte Meinung

¹⁹ BVerfGE 124, 300 (323).

²⁰ BVerfGE 124, 300 (324).

²¹ BVerfGE 111, 147 (155 f.).

²² BVerfGE 124, 300.

als solche, sodass es sich bei der strafrechtlichen Norm gerade nicht um ein allgemeines Gesetz handelt.

Das Bundesverfassungsgericht erkennt eine Ausnahme vom Erfordernis der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze für Vorschriften an, „die auf die Verhinderung einer propagandistischen Affirmation der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft zwischen den Jahren 1933 und 1945 zielen“²³. Das Grundgesetz ist nach Auffassung des Gerichts in seiner Gesamtheit als „Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes“ zu verstehen²⁴. Art. 5 Abs. 2 GG will auch dieser Sonderkonstellation Rechnung tragen und steht einer gesetzlichen Ausnahme zur Sanktionierung einer Äußerung entsprechender Ansichten daher nicht prinzipiell im Wege²⁵.

Allerdings relativiert das Gericht diese Abweichung von dem Wortlaut der Verfassung, indem es ergänzt, dass die Vorschrift des § 130 Abs. 4 StGB dem Staat nicht den Zugriff auf die Gesinnung als solche erlaube. Vielmehr ermächtige die Vorschrift den Staat „erst dann zum Eingriff, wenn Meinungsäußerungen die rein geistige Sphäre des Für-richtig-Haltens verlassen und in Rechtsgutverletzungen oder erkennbar in Gefährdungslagen umschlagen“²⁶.

e) Verfassungskonformität eines Reichskriegsflaggenverbots durch Ergänzung der Straftatbestände in §§ 86, 86a StGB

Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts, deren Anknüpfungspunkt der Straftatbestand der Volksverhetzung nach § 130 Abs. 4 StGB war, können womöglich auch auf die Normierung eines Verbots der Reichskriegsflagge in §§ 86, 86a StGB erstreckt werden. Durch ein Verwendungsverbot nach § 86a StGB wird gleichermaßen in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit eingegriffen.

Dass §§ 86, 86a StGB ihrerseits in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bislang für weniger Aufsehen gesorgt haben, ist darauf zurückzuführen, dass die Vorschriften bisher allein an das Verwenden von Zeichen verbotener Vereinigungen und Parteien anknüpft, die offensichtlich im Widerspruch zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes stehen und im Vergleich zum Straftatbestand der Volksverhetzung kaum Beurteilungsspielraum erkennen lassen. Das Bundesverfassungsgericht geht zudem davon aus, dass es sich bei

²³ BVerfGE 124, 300 (328).

²⁴ BVerfGE 124, 300 (328).

²⁵ BVerfGE 124, 300 (329).

²⁶ BVerfGE 124, 300 (330).

§ 86a StGB um ein allgemeines Gesetz handelt: „Die Vorschrift richtet sich nicht gegen die Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts, sondern erhebt einen sachlich beschränkten Strafanspruch gegen die organisationsbezogene Fortführung von förmlich verbotenen Vereinigungen und Parteien und erstreckt ihn auf alle hiervon betroffenen Organisationen gleichermaßen“²⁷.

Dies würde sich durch die Aufnahme eines Verbots der Reichskriegsflagge in die Norm allerdings ändern. Ziel der Sanktionsnorm wären dann nicht mehr Vereinigungen, die aufgrund ihrer Gefahr für die freiheitlich-demokratische Grundordnung ausdrücklich durch das Bundesverfassungsgericht verboten wurden. Vielmehr wäre der Anknüpfungspunkt für ein Flaggenverbot die hinter dem Symbol zutage tretende Meinungsäußerung.

Ein mögliches Verbot nach §§ 86, 86a StGB kann aus verfassungsrechtlicher Perspektive daher nur Bestand haben, wenn die Verwendung der Reichskriegsflagge auch ohne weitere hinzutretende Umstände immer als Gutheißung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft und damit als friedensbedrohender Angriff auf die freiheitlich-demokratische Grundordnung interpretiert wird.

Zwar legt bereits der Tatbestand der Vorschrift aus § 86 Abs. 1 StGB und der dort enthaltene Hinweis auf etwaige Ersatzorganisationen nahe, dass „Umgehungsbemühungen“ der Propagandisten keine Straffreiheit zur Folge haben sollen. Im Hinblick auf die Bedeutung und Tragweite der Meinungsfreiheit müssten Zweifel an einer Verwendung der Reichskriegsflagge unterhalb der Grenze eines friedensbedrohenden Angriffs für eine verfassungsrechtliche Standhaftigkeit der Vorschrift aber vollends ausgeräumt werden. Die Strafbarkeit des Vorzeigens der Reichskriegsflagge ohne weiter hinzutretende, v.a. äußere Umstände ist mit der Meinungsfreiheit nur vereinbar, wenn sicher festgestellt werden kann, dass diese in jedem erdenklichen Anwendungsfall als Substitut für nationalextremistische Zeichen verwendet wird, von denen eine prinzipielle die geistige Sphäre des „Für-richtig-Haltens“ überschreitende Gefährdungslage ausgeht.

Auch wenn dies in nahezu allen Fällen zutreffen mag, ist wohl nicht mit letzter Gewissheit – und dies wäre für eine pauschale Sanktionierung des Vorzeigens der Flagge ohne hinzutretende Umstände erforderlich – und in jedem Einzelfall davon auszugehen, dass wirklich *jede* mit dem

²⁷ BVerfGE 124, 300 (323) unter Verweis auf BVerfGE 111, 147 (155).

Vorzeigen der Flagge verbundene Meinungsäußerung Ausdruck einer Billigung, Verherrlichung und Rechtfertigung der Gewalt- und Willkürherrschaft totalitärer Regime ist, deren Befürwortung durch das Verwenden von Zeichen in §§ 86, 86a StGB untersagt ist.

Damit bleibt festzuhalten, dass die strafrechtliche Sanktionierung eines Vorzeigens der Reichskriegsflagge (und damit die Herstellung einer Möglichkeit, auch versammlungsrechtlich gegen deren Vorzeigen einzuschreiten) grundrechtlich nur bei einem ganz extensiven Verständnis und ggfs. sogar einer Fortschreibung der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit der Meinungsfreiheit vereinbar und bei einer notwendigerweise pauschalen Herangehensweise daher verfassungsrechtlich sehr riskant ist.

2. „Versammlungsrechtliche Lösung“ durch rechtssichere Anknüpfung an § 118 OWiG

Scheut man diese Ungewissheit und setzt im Übrigen auch auf eine durch Schleswig-Holstein allein realisierbare Lösung, empfiehlt sich eine Anknüpfung an die o.a. Rechtsprechung, die beim Vorzeigen der Reichskriegsflagge unter bestimmten Voraussetzungen und bei Hinzutreten weiterer Umstände einen Verstoß gegen § 118 OWiG annimmt. Dann läge zugleich eine Gefahr oder gar ein Schaden für die öffentliche Sicherheit vor.

Das Land könnte wie bereits andere Länder für eine landesweit einheitliche Anwendung der entsprechenden polizei- und versammlungsrechtlichen Normen ebenso sorgen wie auch dafür, dass bei dem Vorliegen der den Verstoß gegen § 118 OWiG auslösenden Umstände stets und von allen Versammlungsbehörden eingeschritten wird. Zu diesen Zwecken kann das Innenministerium im Rahmen der Fachaufsicht den örtlichen Ordnungsbehörden und der Polizei durch einen verwaltungsinternen Erlass konkrete Handlungsanweisungen geben (§§ 14 f., 16 Abs. 1 LVwG).

Ein Verstoß gegen die über § 118 OWiG einfachgesetzlichen Schutz erfahrende – meinungsneutral zu verstehende – „öffentliche Ordnung“ ist anzunehmen, wenn zu einem Bekenntnis zum Rechtsextremismus *zusätzlich* besondere provokative oder aggressive, das Zusammenleben der Bürger konkret beeinträchtigende Begleitumstände hinzutreten²⁸.

Der von den Gerichten verwendete unbestimmte Rechtsbegriff der beeinträchtigenden Begleitumstände muss aus Gründen der Effektivität der Gefahrenabwehr und Rechtssicherheit für die

²⁸ BVerfG, Beschluss vom 24. 3. 2001 - 1 BvQ 13/01, Rn. 30 f.

Praxis der Polizei- und Versammlungsbehörden durch eine Verwaltungsvorschrift des Innenministers mit konkreten Merkmalen illustriert werden, bei deren Vorliegen ein Einschreiten der zuständigen Behörden angezeigt ist.

Als – allerdings stark – ergänzungsbedürftiges Vorbild mag insoweit der Erlass zum Umgang mit dem öffentlichen Zeigen von Reichskriegsflaggen des Bremer Senators für Inneres vom 14.09.2020 dienen, in dem das gefahrenabwehrrechtliche Einschreiten und die Einleitung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens für den Fall des Zeigens und Verwendens verschiedener Reichskriegsflaggenvarianten vorgegeben und damit das Einschreit- sowie das Auswahlermes- sen der Versammlungsbehörden und der Polizei gebunden wird.

Allerdings ist unter Beachtung der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in einem solchen Erlass zu würdigen, dass ein Einschreiten der zuständigen Behörden im Hinblick auf die Bedeutung und Tragweite der Meinungsfreiheit nur rechtmäßig sein kann, wenn Begleitumstände zum Zeigen oder Verwenden der Flagge hinzutreten, die es im Folgenden fallgruppenartig zu spezifizieren gilt. Als mögliche provokative oder aggressive, das Zusammenleben der Bürger konkret beeinträchtigende Begleitumstände kommen in Betracht:

- ein paramilitärisches oder anderweit (durch das Skandieren von Parolen) einschüchtern- des Auftreten²⁹
- insbesondere: die Verwendung von Trommeln und Fackeln in Marschformation³⁰
- ein besonders belastetes Datum für Versammlungen und Aufzüge³¹
- eine besonders belastete Region (Nähe zu einer Gedenkstätte o.ä.) für Versammlungen und Aufzüge³²
- ein Gesamtgepräge mit Riten und (nicht verbotenen) Symbolen der nationalsozialisti- schen Gewaltherrschaft³³
- der Eindruck potentieller Gewaltbereitschaft.

²⁹ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. 3. 2001 - 1 BvQ 13/01, Rn. 30.

³⁰ Vgl. OVG Münster, Beschluss vom 23. 3. 2001 - 5 B 395/01.

³¹ Vgl. OVG Münster, Beschluss vom 23. 3. 2001 - 5 B 395/01; BVerfG, Beschluss vom 19. 12. 2007 - 1 BvR 2793/04, Rn. 31.

³² Vgl. OVG Münster, Beschluss vom 23. 3. 2001 - 5 B 395/01.

³³ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. 12. 2007 - 1 BvR 2793/04, Rn. 31.

Zu beachten ist allerdings, dass das Verbot einer Versammlung nur eine *ultima ratio* sein kann. Das Bundesverfassungsgericht hat im Zusammenhang mit rechtsextremistischen Versammlungen, bei denen o.g. Begleitumstände zum Teil zu beobachten waren, Versammlungsverbote im Hinblick auf die Möglichkeit einzelner „Auflagen“ (als mildere Mittel) für unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig gehalten.

Bevor eine Versammlung ganz untersagt wird, muss die Behörde mithin versuchen, die ein Einschreiten rechtfertigenden Begleitumstände durch Beschränkungen zu unterbinden.³⁴ Sollten etwa bei einer wie oben geprägten Versammlung Reichskriegsflaggen gezeigt werden, wäre der erste versammlungsrechtliche Schritt die nachträgliche „Beschränkung“ der Versammlung (etwa durch die Anordnung, die Flaggen nicht mehr zu zeigen; vgl. § 13 Abs. 1 und Abs. 2 VersFG). Auch diese Abstufung ist in einem Erlass zu betonen.

Da ein in diesem Sinne aus den Gesamtumständen drohender oder realisierter Verstoß gegen § 118 OWiG stets eine Gefahr oder ein Schaden für die öffentliche Sicherheit darstellt, könnte ein solcher Erlass ebenfalls die allgemeinen Gefahrenabwehrbehörden darauf verpflichten, gegen das Vorzeigen der Reichskriegsflagge auch außerhalb von Versammlungen einzuschreiten, wenn die o.a. Rahmenbedingungen vorliegen.

V. Fazit

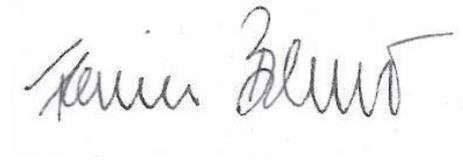
1. Die Aufnahme eines Reichskriegsflaggenverbots in den Straftatbestand der §§ 86, 86a StGB ist im Hinblick auf die Meinungsfreiheit und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verbot rechtsextremistischer Meinungsäußerungen und Versammlungen wagemutig. Es bestehen nicht unerhebliche Zweifel daran, dass eine strafrechtliche Sanktionierung (verfassungs-) gerichtlich beanstandet werden würde.
2. Ein effektives Einschreiten der Ordnungsbehörden und der Polizei in Rahmen und außerhalb von Versammlungen könnte allerdings durch eine Verwaltungsvorschrift sichergestellt werden, die die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts berücksichtigt und in Anknüpfung an die fachgerichtliche Rechtsprechung einen Katalog an Begleitumständen enthält, die das Einschreiten der zuständigen Behörden im Lichte von § 118 OWiG rechtfertigen.

³⁴ BVerfG, Beschluss vom 24. 3. 2001 - 1 BvQ 13/01, Rn. 32 ff.

3. Allerdings ist hier ebenfalls zu betonen, dass das Verbot einer Versammlung im Hinblick auf die Bedeutung der Kommunikationsgrundrechte für die freiheitlich-demokratische Grundordnung immer nur das äußerste und letzte Mittel sein kann.

Für Rückfragen stehe ich Ihnen jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Florian Becker', written in a cursive style.

Professor Dr. Florian Becker