

Mehr Zynismus wagen!

Aspekte der *causa Böhmermann*

Dr. Alexander Heinze, Göttingen*

Jan Böhmermann ist aus der Sommerpause zurück und wird gefeiert. Erst kürzlich formulierte das Wochenmagazin *Die Zeit*: „Er ist wieder da, der beste Satiriker, den Deutschland momentan zu bieten hat.“¹ Seine Sendung „Neo Magazin Royale“ hat ihre Einschaltquoten im Vergleich zu den ersten Sendungen mehr als verdoppelt² - und das, obwohl das Damoklesschwert eines Ermittlungsverfahrens und sogar einer möglichen Eröffnung des Hauptverfahrens wegen der Beleidigung des türkischen Präsidenten über ihm schwebt.

Dieser Beitrag beleuchtet die zwei Hauptaspekte der *causa Böhmermann*: die Rechtssache *Böhmermann* sowie die Aufhebung von § 103 StGB. Beide Aspekte sollen im Folgenden neu sortiert und von den Mythen und Falschbehauptungen, die die öffentliche Debatte hervorbrachte, getrennt werden.

I. Die *causa Böhmermann*: Eine Chronologie

Der Fall *Böhmermann* startete genau genommen gar nicht mit ihm selbst, sondern mit der ARD-Satiresendung „Extra 3“, die im März 2016 auf *Nenas* „Irgendwie, irgendwo, irgendwann“ den Text „Erdowi, Erdowo, Erdogan“ dichtete und damit den Umgang des türkischen Präsidenten *Erdogan* mit der Meinungsfreiheit und mit missliebigen Journalisten kritisierte. Schon zu diesem Zeitpunkt zeichnete sich ab, dass der türkische Präsident derartige Kritik – wenn auch künstlerisch durchaus kreativ verpackt – nicht schlichtweg ignorieren werde, denn er bestellte daraufhin mehrfach den deutschen Botschafter in der Türkei ein, was wiederum das Auswärtige Amt mit der Bemerkung

kommentierte, dass solche Kritik in Deutschland von der Meinungsfreiheit gedeckt sei und die Politik hierzulande keinen Einfluss auf Satiresendungen nehmen könne und wolle.

Der Zusammenhang mit dem Extra 3-Song und den Reaktionen des Auswärtigen Amtes soll noch sehr wichtig werden, denn *Böhmermann* nahm den aus seiner Sicht harmlosen satirischen Song zum Anlass für sein als „Schmähekritik“ bezeichnetes Gedicht, das er im „Neo Magazin Royale“ vortrug und durch das er den Unterschied zwischen erlaubter und verbotener Satire aufzeigen wollte.³ Dementsprechend leitete *Böhmermann* das Gedicht auch mit dem Bezug auf „Extra 3“ explizit und recht ironisch ein: „Was die Kollegen in Hamburg bei ‚Extra 3‘ da gemacht haben, diese dicken Bretter, die können wir hier, sind wir nicht imstande zu bohren.“⁴ Erst dann erklärt *Böhmermann* in ironischer und überspitzter Weise den Unterschied zwischen zulässiger, von Art. 5 GG geschützter Satire und Schmähekritik,⁵ und stellt sein Gedicht „Schmähekritik“ vor, eingeleitet durch die inzwischen berühmt gewordenen Worte „Darf man NICHT machen“.⁶ Im Anschluss daran entsteht ein Dialog zwischen *Böhmermann* und seinem sidekick *Ralf Kabelka*, der eine implizite und recht genaue Vorhersage derjenigen Geschehnisse schildert, die nach Ausstrahlung des Gedichts folgen sollten. Auf die Frage *Böhmermanns*, was „da jetzt

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Assistent am Institut für Kriminalwissenschaften, Abteilung für ausländisches und internationales Strafrecht der Georg-August-Universität Göttingen. Ich danke Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Jun.-Prof. in Dr. Elisa Hoven, Uta Nolte und Rosalie Wilde für die kritischen und hilfreichen Anmerkungen.

¹ Bucher, „Ach du Scheiße, es geht wieder los“ – Jan Böhmermann ist wieder da und so gut wie kein anderer, *Die Zeit* v. 1.9. 2016, S. 35.

² Neuer Bestwert für „Neo Magazin Royale“, <http://www.horizont.net/medien/tvquoten/TV-Quoten-Neuer-Bestwert-fuer-Neo-Magazin-Royale--GNTM-Finale-legt-zu-140283>, Abruf v. 04.09.2016; Zwei Monate Schmähekritik: Eine Chronik der Böhmermann-Affäre, W&V Online, http://www.wuv.de/medien/zwei_monate_schmaehgedicht_eine_chronik_der_boehmermann_affeere, Abruf v. 03.09.2016; Böhmermanns „Neo Magazin Royale“ weiter im Quoten-Hoch, <http://www.salzburg.com/nachrichten/medien/sn/artikel/boehmermanns-neo-magazin-royale-weiter-im-quoten-hoch-198198/>, Abruf v. 04.09.2016.

³ Dies betont auch *Brauneck*, ZUM 2016, 710 (713).

⁴ *Causa Böhmermann – Die Schmähekritik im Ganzen*, Deutschlandfunk, http://www.deutschlandfunk.de/causa-boehmermann-die-schmaehkritik-im-ganzen.1818.de.html?dram:article_id=351122, Abruf v. 03.09.2016.

⁵ „Artikel 5 unseres Grundgesetzes, unserer tollen Verfassung: Das darf man hier. Da können Sie nicht einfach sagen, die Bundesregierung soll die Satire zurückziehen oder das muss irgendwie gelöscht werden aus dem Internet. [...] Herr Erdogan, es gibt Fälle, wo man auch in Deutschland, in Mitteleuropa Sachen macht, die nicht erlaubt sind. Also: Es gibt Kunstfreiheit – das eine ist Satire und Kunst und Spaß – das ist erlaubt. Und es gibt das andere, wie heißt es?“ Daraufhin entsteht ein Wechselspiel mit *Böhmermanns* sidekick *Ralf Kabelka* und ihm über die Bedeutung und Reichweite von Schmähekritik. Siehe *Causa Böhmermann – Die Schmähekritik im Ganzen*, Deutschlandfunk, http://www.deutschlandfunk.de/causa-boehmermann-die-schmaehkritik-im-ganzen.1818.de.html?dram:article_id=351122, Abruf v. 03.09.2016.

⁶ *Causa Böhmermann – Die Schmähekritik im Ganzen*, Deutschlandfunk, http://www.deutschlandfunk.de/causa-boehmermann-die-schmaehkritik-im-ganzen.1818.de.html?dram:article_id=351122, Abruf v. 03.09.2016.

passieren“ könnte, antwortet *Kabelka*: „Unter Umständen nimmt man uns aus der Mediathek! Das kann jetzt rausgeschnitten werden.“⁷ Und in der Tat: Einen Tag später nahm das ZDF den Beitrag aus seiner Mediathek.⁸ *Böhmermann* replizierte „Also, wenn die Türkei oder ihr Präsident da was dagegen hätte, müsste er sich erst mal 'nen Anwalt suchen.“⁹ und empfahl *Erdogan* einen Anwalt mit den Worten: „Nehmen Sie sich 'nen Anwalt, sagen Sie erst mal, Sie haben da was im Fernsehen gesehen, was Ihnen nicht gefällt – Schmähkritik – und dann geht man erst mal vor ein Amtsgericht. Einstweilige Verfügung, Unterlassungserklärung.“¹⁰ Im Nachhinein muten diese Sätze wie eine Gebrauchsanweisung für *Erdogans* Vorgehen an: Am 10. April verlangte die Türkei in einer Verbalnote an das Auswärtige Amt die Vornahme rechtlicher Schritte gegen *Böhmermann*.¹¹ Etwas mehr als einen Monat später, am 17. Mai 2016, erließ das *LG Hamburg* auf Antrag *Erdogans* eine einstweilige Verfügung gegen *Böhmermann* und verbot dem Moderator das Wiederholen großer Teile seines Gedichtes.¹² Was *Böhmermann* vermutlich nicht voraussah, waren die politischen Auswirkungen seines Gedichtes. Am 3. April kritisierte Kanzlerin *Merkel* das Gedicht „Schmähkritik“ in einem Telefonat mit dem damaligen türkischen Ministerpräsidenten *Davutoglu* als „bewusst verletzend“, was sie am 22. April als Fehler bezeichnete.¹³ Am 15. April erfolgte die inzwischen berühmt gewordene Erklärung der Kanzlerin, dass die Bundesregierung – begleitet von wütenden Protesten in der Bevölkerung – die Ermächtigung zur Strafverfolgung *Böhmermanns* erteile. Zwischenzeitlich kritisierte der Redakteursausschuss des ZDF die Löschung des Gedichtes „Schmähkritik“ aus der

ZDF-Mediathek,¹⁴ zudem folgten etliche Solidaritätsbekundungen für *Böhmermann*, im In- und Ausland.¹⁵

Die *causa Böhmermann* dreht sich jedoch nicht nur um eine mögliche Strafbarkeit *Böhmermanns* – sie scheint letztlich auch das Schicksal des § 103 StGB zu besiegeln. Quasi über Nacht wurde dieser Straftatbestand weit über die Grenzen Deutschlands bekannt und berüchtigt: Angeblich stamme die Vorschrift aus einer vordemokratischen Zeit und gehöre der Familie der Majestätsbeleidigungen an¹⁶ – einer Familie, die man längst verbannt zu haben glaubte. Das Urteil wurde binnen Tagen gefällt: § 103 StGB habe keinen Platz in der heutigen Gesellschaft und gehöre abgeschafft – lieber früher als zu spät. Die Erteilung zur Ermächtigung der Strafverfolgung *Böhmermanns* nach § 104a StGB¹⁷ verband die Bundesregierung mit der Mitteilung, dass sie § 103 StGB „als Strafnorm zum Schutz der persönlichen Ehre“ für entbehrlich halte, sowie der Ankündigung, noch in der laufenden Wahlperiode einen entsprechenden Gesetzentwurf zu verabschieden, der 2018 in Kraft treten solle.¹⁸ Bereits tags zuvor reichten Abgeordnete der Grünen den „Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches zur Streichung des Majestätsbeleidigungsparagrafen (§ 103 StGB)“ im Deutschen Bundestag ein, in dem § 103 StGB als „Relikt aus der Zeit, als es noch eine Monarchie in Deutschland gab“ bezeichnet und die ersatzlose Streichung empfohlen wird.¹⁹ Wenig später erfolgte im Bundesrat ein Gesetzesantrag der Länder Hamburg, Bremen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein und Thüringen zur Aufhebung von § 103 StGB, mit dem Verweis, dass dessen Strafdrohung „auf einem überholten kooperatistischen Staatsver-

⁷ Causa Böhmermann – Die Schmähkritik im Ganzen, Deutschlandfunk, http://www.deutschlandfunk.de/causa-boehmermann-die-schmaehkritik-im-ganzen.1818.de.html?dram:article_id=351122, Abruf v. 03.09.2016.

⁸ ZDF löscht Böhmermann-Sendung aus Mediathek, Zeit Online, <http://www.zeit.de/kultur/film/2016-04/jan-boehmermann-zdf-loescht-recep-tayyip-erdogan-satire-video>, Abruf v. 03.09.2016; siehe auch Zwei Monate Schmähgedicht: Eine Chronik der Böhmermann-Affäre, W&V Online, http://www.wuv.de/medien/zwei_monate_schmaehgedicht_eine_chronik_der_boehmermann_affaere, Abruf v. 03.09.2016.

⁹ Causa Böhmermann – Die Schmähkritik im Ganzen, Deutschlandfunk, http://www.deutschlandfunk.de/causa-boehmermann-die-schmaehkritik-im-ganzen.1818.de.html?dram:article_id=351122, Abruf v. 03.09.2016.

¹⁰ Causa Böhmermann – Die Schmähkritik im Ganzen, Deutschlandfunk, http://www.deutschlandfunk.de/causa-boehmermann-die-schmaehkritik-im-ganzen.1818.de.html?dram:article_id=351122, Abruf v. 03.09.2016.

¹¹ Zwei Monate Schmähgedicht: Eine Chronik der Böhmermann-Affäre, W&V Online, http://www.wuv.de/medien/zwei_monate_schmaehgedicht_eine_chronik_der_boehmermann_affaere, Abruf v. 03.09.2016.

¹² *LG Hamburg*, Beschl. v. 17.5.2016, 324 O 255/16, <http://justiz.hamburg.de/oberlandesgericht/6103290/pressemeldung-2016-05-17-olg-01/>, Abruf v. 03.09.2016.

¹³ Zwei Monate Schmähgedicht: Eine Chronik der Böhmermann-Affäre, W&V Online, http://www.wuv.de/medien/zwei_monate_schmaehgedicht_eine_chronik_der_boehmermann_affaere, Abruf v. 03.09.2016.

¹⁴ *Hilsen*, Protest gegen eigenen Sender: ZDF-Mitarbeiter wollen *Böhmermanns* Erdogan-Gedicht wieder in Mediathek stellen, Spiegel Online, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/jan-boehmermann-zdf-mitarbeiter-protestieren-gegen-loeschung-des-erdogan-gedichts-a-1087113.html>, Abruf v. 03.09.2016; *Herrmann*, ZDF-Redakteure wollen *Böhmermanns* „Schmähgedicht“ zurück, http://www.wuv.de/medien/zdf_redakteure_wollen_boehmermanns_schmaehgedicht_zurueck, Abruf v. 03.09.2016.

¹⁵ Siehe z.B. *John Oliver* verteidigt *Jan Böhmermann*, SZ.de, <http://www.sueddeutsche.de/medien/us-comedian-john-oliver-verteidigt-jan-boehmermann-1.2956245>, Abruf v. 03.09.2016; Satire-Beistand von *John Oliver*, W&V Online, http://www.wuv.de/medien/satire_beistand_von_john_oliver, Abruf v. 03.09.2016.

¹⁶ *Prantl*, Weg mit dem Schah-Paragrafen, Süddeutsche Zeitung, <http://www.sueddeutsche.de/politik/tuerkei-weg-mit-dem-schah-paragrafen-1.2945202>, Abruf v. 08.08.2016.

¹⁷ Dazu näher *Fahl*, NStZ 2016, 313 (314).

¹⁸ *Bundesregierung*, Erklärung von Bundeskanzlerin *Merkel* zum Vorgehen der Bundesregierung nach der türkischen Verbalnote an das Auswärtige Amt am 15. April 2016 in Berlin, <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2016/04/2016-04-15-erklaerung-bkin.html>, Abruf v. 03.09.2016.

¹⁹ *Deutscher Bundestag*, Drucksache 18/8123, Gesetzentwurf der Abgeordneten *Hans-Christian Ströbele*, *Renate Künast*, Dr. *Konstantin von Notz*, *Tabea Rößner*, *Luise Amtsberg*, *Volker Beck* (Köln), *Britta Haßelmann*, *Katja Keul*, *Monika Lazar*, *Irene Mihalic*, *Özcan Mutlu* und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, 14. April 2016, S. 1, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/081/1808123.pdf>, Abruf v. 04.09.2016.

ständnis“ beruhe, „welches die einzelnen Bürgerinnen und Bürger auch im Hinblick auf die Erfüllung staatlicher Aufgaben mit in die Pflicht“ nehme.²⁰

II. Die Rechtssache Böhmermann

1. Ermittlungsverfahren

Infolge der Ermächtigung durch die Bundesregierung begann die Staatsanwaltschaft Mainz am 7. April 2016 mit ihren Ermittlungen. Nach § 143 Abs. 1 S. 1 GVG bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft nach der örtlichen Zuständigkeit des Gerichts, bei dem die Staatsanwaltschaft besteht. Örtlich zuständig ist ein Amts- oder Landgericht in Mainz. Die Begründung, dies läge daran, dass das ZDF das Gedicht ausstrahlte und der Sitz des ZDF in Mainz ist, ist missverständlich, denn sie suggeriert, dass im Fall *Böhmermann* der Sitz des ZDF für die örtliche Zuständigkeit ausschlaggebend ist. Nach § 8 Abs. 1 StPO ist es aber der Wohnsitz des Angeschuldigten, der über die örtliche Zuständigkeit entscheiden könnte, und dieser ist nicht Mainz, sondern Köln. Dass dennoch Mainz in Betracht kommt, liegt schlicht daran, dass der Tatort auf dem ZDF-Gelände in Mainz ist, und damit § 7 Abs. 1 StPO einschlägig ist („Der Gerichtsstand ist bei dem Gericht begründet, in dessen Bezirk die Straftat begangen ist.“).

Sachlich zuständig können sowohl das Amts- als auch das Landgericht sein. Das mag zunächst etwas merkwürdig anmuten. § 103 Abs. 1 StGB sieht eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe vor, bei einer verleumderischen Beleidigung wären es drei Monate bis zu fünf Jahre. Es ist kaum zu erwarten, dass *Böhmermann* mehr als eine symbolische Strafe erhält, z.B. eine geringe Geldstrafe. Damit ist die Straferwartung also nicht höher als zwei Jahre, weshalb gem. § 25 Nr. 2 GVG das Amtsgericht zuständig wäre. Bei der Beleidigung gem. § 185 StGB wäre sogar § 25 Nr. 1 GVG einschlägig, da die Tat ein Privatklagedelikt gem. § 374 Abs. 1 Nr. 2 StPO darstellt. Nach § 380 Abs. 1 S. 1 StPO führt die Privatklage bei der Beleidigung zu einer zusätzlichen Zulässigkeitsvoraussetzung, namentlich einem erfolglos gebliebenen Sühneversuch, dessen Durchführung in den landesrechtlichen Vorschriften geregelt ist. Es bleibt zu bezweifeln, ob sich *Erdogan* einem solchen Sühneverfahren aussetzen würde. Zudem wurde das Strafverfahren aufgrund von § 103 StGB eingeleitet, ein Delikt, das im Officialverfahren von der Staatsanwaltschaft zu verfolgen ist.²¹ Da beide

Delikte durch dieselbe Tat verwirklicht wurden, können beide Tatbestände auch nur Gegenstand ein und desselben Verfahrens sein.²²

Gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG kann die Staatsanwaltschaft wegen der „besonderen Bedeutung des Falles“ auch Anklage beim Landgericht erheben. Dafür plädiert *Vormbaum* „nicht nur wegen der öffentlichen Aufmerksamkeit der Angelegenheit, sondern auch wegen der zu klärenden rechtlichen Grundsatzfragen („Schmähhkritik“, „Grenzen der Satire“ und hinterfragt, ob es tatsächlich ratsam sei, einen solchen Fall dem Einzelrichter zu übertragen.“²³

Abgesehen von der Erhebung der Anklage (zum Strafrichter als Einzelrichter oder aber zum Landgericht) bieten sich der Staatsanwaltschaft folgende weitere Möglichkeiten: Sollte das Verfahren nur wegen § 185 StGB geführt werden, kommt ein Strafbefehl gem. § 407 StPO in Betracht (den die Staatsanwaltschaft stets in Erwägung zu ziehen hat, Nr. 175 Abs. 3 RiStBV). Unter den Voraussetzungen von § 407 Abs. 2 StPO würde die Staatsanwaltschaft dann wahrscheinlich eine Geldstrafe festsetzen. Eher unwahrscheinlich ist, dass sie eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr festsetzt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird, wengleich dies zulässig wäre. Sofern *Böhmermann* gegen den Strafbefehl keinen Einspruch einlegt, wird keine Hauptverhandlung durchgeführt. Dennoch wird wohl ein Einspruch *Böhmermanns* zu erwarten sein, was jedoch nicht dazu führen darf, dass die Staatsanwaltschaft von einem Strafbefehl absieht. Der Strafbefehl wird sodann durch das Gericht erlassen, es sei denn, der Richter oder die Richterin lehnt ihn ab, weil kein hinreichender Tatverdacht gegen *Böhmermann* ersichtlich ist (§ 408 Abs. 2 S. 1 StPO), oder weil die Richterin Bedenken hat, ohne Hauptverhandlung zu entscheiden (§ 408 Abs. 3 StPO).

Bzgl. § 103 StGB könnte die Staatsanwaltschaft das Verfahren nach § 170 Abs. 2 StPO natürlich einstellen und *Erdogan* als Steller des Strafantrags hinsichtlich § 185 StGB auf den Privatklageweg verweisen.²⁴ Auch kommt eine Einstellung wegen geringer Schuld *Böhmermanns* nach § 153 StPO in Frage, was nach Ansicht *Müllers* „im Hinblick auf die erhebliche öffentliche Diskussion und die Ermächtigung der Bundesregierung“ aber wohl ausscheidet.²⁵ Darüberhinaus könnte die Staatsanwaltschaft Mainz

²⁰ *Bundesrat*, Drucksache 214/16, Gesetzesantrag der Länder Hamburg, Bremen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein, Thüringen, Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung des § 103 des Strafgesetzbuches, 28. April 2016, S. 2.

²¹ Vgl. *Mitsch*, § 103 StGB – ist das noch Recht oder kann das weg? Rechtswissenschaftliche und rechtspolitische Bemerkungen aus Anlass des „Falles Böhmermann“, Universität Potsdam, 27.05.2016, S. 9, <http://www.uni-potsdam.de/fileadmin01/projects/ls-mitsch/Vortr%C3%A4ge/B%C3%B6hmermann.pdf>, Abruf v. 04.09.2016.

²² *Mitsch*, § 103 StGB – ist das noch Recht oder kann das weg? Rechtswissenschaftliche und rechtspolitische Bemerkungen aus Anlass des „Falles Böhmermann“, Universität Potsdam, 27.05.2016, S. 9, <http://www.uni-potsdam.de/fileadmin01/projects/ls-mitsch/Vortr%C3%A4ge/B%C3%B6hmermann.pdf>, Abruf v. 04.09.2016.

²³ *Vormbaum*, *Journal der Juristischen Zeitgeschichte* 10 (2016), 47 (53).

²⁴ So auch *Mitsch*, § 103 StGB – ist das noch Recht oder kann das weg? Rechtswissenschaftliche und rechtspolitische Bemerkungen aus Anlass des „Falles Böhmermann“, Universität Potsdam, 27.05.2016, S. 10, <http://www.uni-potsdam.de/fileadmin01/projects/ls-mitsch/Vortr%C3%A4ge/B%C3%B6hmermann.pdf>, Abruf v. 04.09.2016.

²⁵ *Müller*, Nach Ermächtigung zur Strafverfolgung: Wie geht es weiter im Fall Böhmermann?, *Legal Tribune Online*, http://www.lto.de/persistent/a_id/19110/, Abruf v. 04.09.2016.

nach § 153a Abs. 1 StPO vorläufig von der Erhebung der Klage absehen „und zugleich dem Beschuldigten Auflagen und Weisungen erteilen, wenn diese geeignet sind, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen, und die Schwere der Schuld nicht entgegensteht“. Dem müsste aber nicht nur das zuständige Gericht, sondern auch Böhmermann selbst zustimmen, was wohl eher nicht zu erwarten ist.²⁶

2. Besonderheiten bei der örtlichen Zuständigkeit im Verfahren vor den Zivilgerichten

Wenngleich dieser Beitrag ausschließlich die strafrechtliche Seite der *causa Böhmermann* beleuchtet, lohnt es sich, die Ausführungen zur örtlichen Zuständigkeit des Amts- oder Landgerichts Mainz ausnahmsweise auf die örtliche Zuständigkeit der Zivilgerichte für die durch *Erdogan* angestregte zivilrechtliche Unterlassungsklage nach §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 (analog) BGB in Verbindung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG auszudehnen.

Wie schon geschildert, erließ das *LG Hamburg* am 17. Mai 2016 eine einstweilige Verfügung gegen *Böhmermann* und verbot dem Moderator das Wiederholen großer Teile seines Gedichtes.²⁷ Der Beschluss ist nicht rechtskräftig und über einen etwaigen Widerspruch des Moderators wäre mündlich zu verhandeln.²⁸ *Erdogan* könnte gegen die teilweise Zurückweisung seines Antrags sofortige Beschwerde einlegen, worüber dann das *OLG Hamburg* zu entscheiden hätte.²⁹ Die Frage, ob das Gedicht tatsächlich isoliert betrachtet werden konnte – ohne Bezug auf den oben dargestellten Dialog-Kontext – soll an dieser Stelle offen bleiben. Stattdessen ist vielmehr eine ganz andere Frage interessant: Warum war das *LG Hamburg* für den Antrag *Erdogans* überhaupt zuständig?

Zuständig für den Erlass einer einstweiligen Verfügung ist gem. § 937 Abs. 1, 943 Abs. 1 ZPO grundsätzlich das Gericht der Hauptsache i. S. d. §§ 3 ff., 12 ff. ZPO. Da der Streitwert auf 100.000 Euro festgesetzt wurde³⁰ und damit über 5000 Euro lag, war das Landgericht sachlich zuständig. Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit kommt zunächst der allgemeine Gerichtsstand in Betracht, der sich gem. § 13 ZPO nach dem Wohnsitz bestimmt. Wie schon geschildert, ist *Böhmermanns* Wohnsitz Köln, während *Erdogan*

in Ankara und Istanbul wohnt.³¹ *Erdogans* Botschaft ist in Berlin. Warum also Hamburg? Für unerlaubte Handlungen gilt nicht etwa der allgemeine Gerichtsstand, sondern ein besonderer Gerichtsstand. Gem. § 32 ZPO ist danach das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Handlung begangen worden ist – wie oben geschildert wäre das Mainz. Im Verfahren gegen *Böhmermann* ergibt sich aber die Besonderheit, dass die unerlaubte Handlung via Fernsehen und Internet verwirklicht wurde. Dadurch beschränken sich die Auswirkungen der unerlaubten Handlung nicht etwa auf nur einen Ort, was zu einem „ubiquitären“ oder auch „fliegenden“ Gerichtsstand führt.³² Damit hat der Kläger die Wahl: Er kann überall dort klagen, wo sich die unerlaubte Handlung auswirkte (§ 35 ZPO). Im Fall *Böhmermann* bedeutet das: Überall! Das führt – so die Kritik – unweigerlich dazu, dass Kläger taktisch denken und bei denjenigen Gerichten ihre Verfügungsanträge einreichen, bei denen sie die größten Erfolgsaussichten sehen.³³ Mit Hilfe statischer Erhebungen hat *Jürgens* 2014 festgestellt, dass von den zwischen 2010 und 2012 ergangenen OLG-Urteilen in Pressesachen fast zwei Drittel aus Berlin (29%), Hamburg (22%) und Köln (12%) stammten.³⁴ Besonders *LG* und *OLG Hamburg* genießen bei Klägern – aus aller Welt – einen guten Ruf.³⁵ Es überrascht daher nicht, dass *Erdogan* Hamburg als Gerichtsstand wählte. *Van Lijnden* schreibt dazu: „[W]eil die Landgerichte in Hamburg, Berlin und Köln (und einigen anderen Städten) presserechtliche Konflikte stets denselben Richtern zur Entscheidung zuteilen, ist es für spezialisierte Anwälte ein Leichtes, sich mit deren jeweiligen Gepflogenheiten und Einstellungen vertraut zu machen.“³⁶ Im selben Beitrag kommt *Kompa*, Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht, zu Wort, der die Wahl *Erdogans* zugunsten des Gerichtsstands Hamburg so erklärt: „Wenn es darum geht, den Kontext einer Aussage zu ignorieren oder von mehreren Interpretationsmöglichkeiten die für den Beklagten ungünstigste zu wählen, ist man in Hamburg von jeher ganz vorne dabei. Das hat sich in den letzten Jahren zwar ein bisschen relativiert, kann aber gerade in knappen Fällen immer noch den Ausschlag geben.“³⁷

²⁶ Müller, Nach Ermächtigung zur Strafverfolgung: Wie geht es weiter im Fall Böhmermann?, Legal Tribune Online, http://www.lto.de/persistent/a_id/19110/, Abruf v. 04.09.2016.

²⁷ S.o. Fn. 12.

²⁸ Raab, MMR-Aktuell 2016, 379069.

²⁹ Raab, MMR-Aktuell 2016, 379069.

³⁰ *LG Hamburg*, Beschl. v. 17.05.2016, 324 O 255/16, <https://www.telemedicus.info/urteile/Allgemeines-Persoenlichkeitsrecht/1695-LG-Hamburg-Az-324-O-25516-Einstweilige-Verfuegung-gegen-Jan-Boehmermann-wegen-teilweise-persoenlichkeitsrechtsverletzender-Passagen-des-Schmaehgedichts.html>, Abruf v. 04.09.2016.

³¹ Warum der Erdogan den Böhmermann in Hamburg verklagt und warum der Maas da mit dran schuld ist, Bitterlemmer, <http://www.bitterlemmer.net/wp/2016/05/20/warum-der-erdogan-den-boehmermann-in-hamburg-verklagt-und-warum-der-maas-da-mit-dran-schuld-ist/>, Abruf v. 04.09.2016.

³² Dölling, NJW 2015, 124 (125).

³³ Dölling, NJW 2015, 124 (126).

³⁴ Dölling, NJW 2015, 124 (126).

³⁵ Warum der Erdogan den Böhmermann in Hamburg verklagt und warum der Maas da mit dran schuld ist, Bitterlemmer, <http://www.bitterlemmer.net/wp/2016/05/20/warum-der-erdogan-den-boehmermann-in-hamburg-verklagt-und-warum-der-maas-da-mit-dran-schuld-ist/>, Abruf v. 04.09.2016.

³⁶ *Van Lijnden*, Fliegende Richter, Zeit Online, <http://www.zeit.de/2016/28/presserecht-justiz-verfahren-gerichtsstand>, Abruf v. 04.09.2016.

³⁷ *Van Lijnden*, Fliegende Richter, Zeit Online, <http://www.zeit.de/2016/28/presserecht-justiz-verfahren-gerichtsstand>, Abruf v. 04.09.2016.

3. Die Strafbarkeit wegen § 103 StGB

Nach diesen prozessualen Punkten soll nun der Blick auf diejenige Diskussion geworfen werden, die vor allem den Beginn der Debatte in der *causa Böhmermann* prägte, nämlich die Strafbarkeit nach § 103 StGB.

Gemäß § 103 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, 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 Vertretung beleidigt.

a) Objektiver Tatbestand

Je nach Schutzobjekt verlangt die Vorschrift, dass sich die beleidigten Personen in amtlicher Eigenschaft im Inland aufhalten und im Hinblick auf ihre amtliche Stellung beleidigt worden sind: Bei Mitgliedern einer ausländischen Regierung gelten beide Voraussetzungen, Leiter einer ausländischen diplomatischen Vertretung müssen in Beziehung auf ihre amtliche Stellung beleidigt werden (sich aber nicht im Inland aufhalten), und ausländische Staatsoberhäupter sind ganz ohne Einschränkung geschützt.³⁸ *Erdogan* musste sich also weder in Deutschland aufhalten, noch musste sich das Gedicht „Schmähhkritik“ auf seine Stellung als Präsident bezogen haben.

Die Tathandlung des § 103 StGB erfasst nicht nur eine Beleidigung gem. § 185 StGB, sondern auch solche Aussagen, die durch §§ 186 f. StGB sanktioniert werden.³⁹ Nur hinsichtlich des Strafrahmens wird differenziert.⁴⁰ Die Aussage des Wochenmagazins *Der Spiegel*, § 103 StGB decke § 186 StGB nicht ab, weshalb dieser Tatbestand separat geprüft werden müsse,⁴¹ ist also nicht richtig. Unter § 103 StGB fallen nicht nur öffentlich geäußerte Beleidigungen, sondern auch private Beleidigungen.⁴² Damit unterscheidet sich die Vorschrift von den §§ 90 (Verunglimpfung des

Bundespräsidenten) und 90b StGB (Verfassungsfeindliche Verunglimpfung von Verfassungsorganen), die nur öffentliche Äußerungen umfassen.⁴³ § 103 StGB am nächsten kommt § 188 StGB (Üble Nachrede und Verleumdung gegen Personen des politischen Lebens), der sowohl einfache Beleidigungen erfasst als auch solche, die im privaten Umfeld erfolgen.

Böhmermanns Gedicht „Schmähhkritik“ stellt für sich genommen eine Beleidigung dar, da es dem türkischen Präsidenten *Erdogan* „den elementaren Menschenwert oder seinen ethischen oder sozialen Wert ganz oder teilweise abspricht und dadurch seinen grundsätzlich [...] uneingeschränkten Achtungsanspruch verletzt“, mithin eine Missachtung bzw. Nichtachtung ist.⁴⁴ Dass *Böhmermann* den Inhalt des Gedichts möglicherweise anders meinte, ist irrelevant, da auf den Empfängerhorizont abgestellt wird⁴⁵ – es kommt also darauf an, wie *Erdogan* das Gedicht verstand. Auch der kreative Kniff, das beleidigende Gedicht in einen Kontext zu verpacken, der es als – ausdrücklich als verboten beschriebene – Schmähhkritik der erlaubten Kritik zum Beispiel des Extra-3-Songs gegenüberstellt, ändert an der Einteilung als Beleidigung nichts. Auch *Fahl* betont, mit Verweis auf die Unwirksamkeit von Umgehungsgeschäften, „dass man sich der Strafbarkeit nicht einfach dadurch entziehen kann, dass man ausdrücklich sagt, was man alles nicht sagt, weil die Beleidigung nichtsdestotrotz in der Welt ist“.⁴⁶

Natürlich wurde damit bereits der Grundstein gelegt für die Frage, die seit dem Verlesen des Gedichts „Schmähhkritik“ Zeitungen, Fachzeitschriften und Blogs füllt: Ist das Verlesen des Gedichtes von der Meinungsfreiheit gedeckt? In der Tat wäre es vertretbar, diese Frage bereits auf Tatbestandsebene anzusprechen, statt im Rahmen von § 193 StGB, d.h. der „Wahrnehmung berechtigter Interessen“, oder sie im Kontext eines eigenen Rechtfertigungsgrundes zu behandeln.⁴⁷ Meiner Ansicht nach bleibt es jedoch bei dem beleidigenden Charakter einer Äußerung, auch wenn diese möglicherweise durch die Meinungsfreiheit gedeckt ist.⁴⁸ Dies ließe sich zwar auch mit dogmatischen Argumenten begründen, vorwiegend sprechen jedoch moral-philosophische Aspekte dafür: Schon *Welzel* bemerkte, dass „die zentrale Aufgabe“ des Strafrechts nicht im Rechtsgüterschutz liege, sondern darin, die „Geltung der positiven sozioethischen Aktwerte, wie der Achtung vor fremdem Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum usf.“ zu

³⁸ *Kreß*, in: MünchKommStGB, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 102 Rn. 4.

³⁹ *Kreß*, in: MünchKommStGB, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 102, Rn. 5.

⁴⁰ *Wohlens/Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 103 Rn. 2: „Handelt es sich um eine Beleidigung iSd § 185 oder um eine üble Nachrede iSd § 186 ist die Tat mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht; handelt es sich um eine Verleumdung iSd § 187 ist der Strafrahmen Freiheitsstrafe von drei Monaten bis fünf Jahren.“

⁴¹ Schmähhgedicht über *Erdogan*: Wie es juristisch für *Böhmermann* weitergeht, *Spiegel Online*, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/jan-boehmermann-vs-erdogan-so-geht-es-juristisch-weiter-a-1087537.html>, Abruf v. 04.09.2016: „Gegen *Böhmermann* wäre auf jeden Fall weiter ermittelt worden; letztlich verdrängt aber der schwerer wiegende Paragraph 103 StGB den anderen – das bisherige Verfahren wird also einfach weitergeführt. Es dürften dabei aber auch noch weitere Strafvorschriften geprüft werden, die § 103 so nicht abdeckt, etwa die üble Nachrede gemäß § 186 StGB – schließlich hat *Böhmermann* auch viele sogenannte ehrenrührige Tatsachenbehauptungen aufgestellt.“

⁴² *Kreß*, in: MünchKommStGB, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 102 Rn. 6.

⁴³ *Krit. Kreß*, in: MünchKommStGB, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 102 Rn. 6.

⁴⁴ Vgl. *Kühl*, in: Lackner/Kühl (Hrsg.), StGB, 28. Aufl. 2014, § 103 Rn. 4.

⁴⁵ *Hilgendorf*, in: LK-StGB, Bd. 6, 12. Aufl. 2010, § 185 Rn. 19; siehe auch *Fahl*, NSTZ 2016, 313 (315).

⁴⁶ *Fahl*, NSTZ 2016, 313 (315).

⁴⁷ Siehe insgesamt *Fahl*, NSTZ 2016, 313 (315).

⁴⁸ So auch *Fahl*, NSTZ 2016, 313 (315).

sichern.⁴⁹ In der Anglo-Amerikanischen Rechtslehre ist es vor allem *Duff*, der die Verwerflichkeit („wrongfulness“) als Kriterium für Kriminalisierungsfragen hervorhebt. Für ihn spielt die Verwerflichkeit dabei keine Neben-, sondern eine Hauptrolle.⁵⁰ Die Frage, die sich hier stellt, ist also, ob *Böhmermann* mit dem Verlesen seines Gedichtes etwas unternommen hat, was aus rechtlicher und sozialetischer Sicht verwerflich ist.⁵¹ Das wäre dann der Fall, wenn er „das sozialetisch fundierte Minimum des Zusammenlebens in einer Gemeinschaft sich wechselseitig anerkennender und zu gewissen gemeinsamen Grundwerten und Gemeinschaftsgütern bekennender Individuen“ missachtet hat.⁵² Es wäre ein Zirkelschluss anzunehmen, dass *Böhmermanns* Verhalten nicht sozialschädlich sei, weil es möglicherweise von der Meinungsfreiheit gedeckt ist. Anders gesagt: *Böhmermanns* Verhalten kann verwerflich und *trotzdem* von der Meinungsfreiheit gedeckt sein. Das *BVerfG* benutzt auch das Schlagwort der „sozialen Unertüchtigkeit“,⁵³ die sich in Form der „Missachtung, Nichtanerkennung oder Geringschätzung fremder Rechte, Güter oder Interessen“ zeigt.⁵⁴ Ein zweiter Zirkelschluss zeigt sich in der Tendenz, ein Verhalten als verwerflich anzusehen, das augenscheinlich unter Strafe steht (das aber nur dann bestraft werden soll, wenn es verwerflich ist). *V. Liszt* formulierte dazu: „[Der] materielle (antisoziale) Gehalt des Unrechts ist unabhängig von seiner richtigen Würdigung durch den Gesetzgeber (er ist ‚metajuristisch‘). Die Rechtsnorm findet ihn vor, sie schafft ihn nicht.“⁵⁵

Aus diesem Gedankenkarussell heraus hilft der Rückgriff auf Fallkonstellationen, denen der Bezug zum positiven Recht gänzlich fehlt, wie zum Beispiel den Strafen im All-

tag, insbesondere bei der Kindererziehung.⁵⁶ Angelehnt an das *Broken Window* Beispiel bei *Alexander* und *Ferzan*⁵⁷ soll eine Reise auf den Kinderspielplatz die Unabhängigkeit der Frage der Verwerflichkeit von Aspekten wie Erfolgsherbeiführung oder eben Verfassungsmäßigkeit illustrieren: Würde dort ein Kind zum anderen Kind inhaltlich etwa das sagen, was *Böhmermann* mit seinem Gedicht ausdrückt, würden die Eltern ihm mit erhobenem Zeigefinger zu verstehen geben, dass so etwas nicht richtig ist und dass es sich entschuldigen soll. Sie würden es jedenfalls kaum dazu ermuntern, weiterzumachen, mit Verweis auf seine Meinungsfreiheit.

Daher spielt die Frage, ob und inwieweit *Böhmermanns* Gedicht „Schmähdikritik“ von Art. 5 GG gedeckt ist, eher im Rahmen der Rechtswidrigkeit eine Rolle.

b) Subjektiver Tatbestand

Im Rahmen des subjektiven Tatbestandes muss *Böhmermann* vorsätzlich gehandelt haben – nicht nur im Hinblick auf die Tathandlung der Beleidigung, sondern auch bzgl. des Tatobjekts. Bei letzterem ist es ausreichend, dass *Böhmermann* es zumindest ernsthaft für möglich hielt,⁵⁸ dass *Erdogan* der Präsident der Türkei ist, was wohl niemand bestreitet. Im Rahmen des Vorsatzes in Bezug auf die Tathandlung muss darüber hinaus bei Satire sehr genau geprüft werden, ob *Böhmermann* sein Gedicht nicht im Sinne einer Beleidigung, sondern eher eines Scherzes meinte und auch wollte, dass *Erdogan* dieses als Scherz auffasst.⁵⁹ So sehr die aus dem Gedicht sprudelnde aggressive Über-

⁴⁹ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 2; dazu auch *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, S. 92. Zum sozialetischen Verbrechensbegriff siehe *Kaiser*, Kriminologie, 3. Aufl. 1996, § 36 Rn. 8.

⁵⁰ “[W]rongfulness is not just a necessary condition of criminalisation, but its proper focus: we should criminalise wrongful conduct because it is wrongful”, *Duff*, Answering for Crime, 2007, S. 80; siehe auch *Hörnle*, in: *Dubber/Hörnle* (Hrsg.), The Oxford Handbook of Criminal Law, 2014, S. 679, 692 f.; *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 2000, S. 266-268.

⁵¹ Siehe allg. zur Verwerflichkeit *Frisch* NStZ 2016, 16 (20).

⁵² Vgl. *Frisch*, NStZ 2016, 16 (20).

⁵³ *BVerfG* NJW 2007, 1137 (1138): „Das Strafrecht wird als ‚ultima ratio‘ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist. Wegen des in der Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe zum Ausdruck kommenden sozialetischen Unwerturteils kommt dem Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung zu“. Siehe auch *Heinke*, ZRP 2016, 121; *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 22. Zum mit der Kriminalstrafe verbundenen sozialetischen Vorwurf s. auch *Schünemann*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 133, 144.

⁵⁴ *Frisch*, NStZ 2016, 16 (20).

⁵⁵ *v. Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl. 1919, S. 133; siehe auch *Koriath*, GA 1999, 561 (577-578).

⁵⁶ So schreibt auch *Hassemer*: „Strafen gehören zu unserem Alltag, zu unserer Erinnerung bis in die Kindheit zurück [...]. Wir erziehen unsere Kinder nicht nur mit guten Worten, sondern auch mit Strafen.“, *Hassemer*, Warum Strafe sein muss, 2. Aufl. 2009, S. 15.

⁵⁷ Um aufzuzeigen, dass Verwerflichkeit nicht von einer wie auch immer gearteten Herbeiführung des Erfolges abhängig ist, entwarfen *Alexander* und *Ferzan* das Beispiel, dass zwei Kindern verboten wurde, beim Baseballspiel im Garten den Ball auf das Nachbargrundstück zu werfen, da dabei möglicherweise das Fenster des Nachbarhauses zu Bruch gehen könnte. In Abwesenheit der Eltern ignorierten die Kinder dieses Verbot und warfen – zu verschiedenen Zeiten und unabhängig voneinander – den Ball auf des Nachbarn Grundstück. Am Abend, nach der Rückkehr der Eltern, erschien ein verärgertes Nachbar an der Haustür, in seiner Hand zwei Bälle und zerbrochenes Glas – einer der Bälle blieb auf dem Grundstück liegen, der andere zerstörte die Fensterscheibe. Beide Kinder geben zu, den Ball auf das Nachbargrundstück geschossen zu haben, wissen jedoch nicht, welcher der Bälle die Scheibe zerstörte. *Alexander* und *Ferzan* argumentieren, dass für die Eltern völlig irrelevant sei, welches Kind seinen Ball in die Scheibe warf – sie würden beide Kinder gleich bestrafen, siehe *Alexander/Ferzan*, Crime and Culpability, 2009, S. 171, 176 (Übersetzung durch den Autor).

⁵⁸ *Kreß*, in: *MünchKommStGB*, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 102 Rn. 8.

⁵⁹ *BayObLG* NJW 1957, 1607 (1608): „Daß eine in der Kundgebung enthaltene objektiv herabsetzende Äußerung – wie etwa hier die vom LG ermittelte Behauptung, der BVerkMin. sei über tödliche Unfälle von Fernlastfahrern an Bahnübergängen befriedigt – nicht in diesem Sinne gemeint ist und nicht so verstanden werden soll, kann für die innere Tatseite von Bedeutung sein.“

treibung – ein künstlerisches Mittel *Böhmermanns*, mit der er „auch noch die humorlosen Empörungsreflexe“ der Kritiker (in diesem Fall der Kritiker *Erdogans* Politik der Journalisteneinschüchterung) parodiert⁶⁰ – eine gewisse „Unernstlichkeit“⁶¹ andeutet, der Dialog im Vorfeld und im Nachgang des Gedichtes zwischen *Böhmermann* und *sidedkick Kabelka* lässt darauf schließen, dass *Böhmermann* sehr wohl davon ausging, dass *Erdogan* dieses Gedicht ernst nehmen und rechtliche Schritte einleiten würde.⁶²

c) Rechtswidrigkeit

Ausgehend vom Vorliegen des Tatbestandes muss also nun auf der Ebene der Rechtswidrigkeit untersucht werden, ob Rechtfertigungsgründe einschlägig sind. Um gleich *in medias res* zu gehen: Art. 5 GG kann hier in zwei Gewändern auftreten. Zum einen im Rahmen der Wahrnehmung berechtigter Interessen gem. § 193 StGB und zum anderen als eigener strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund. Welche der beiden Varianten vorzugswürdig ist, ist wie so oft umstritten. Das beste Argument gegen die Konkretisierung von § 193 StGB durch Art. 5 GG ist – wie es der Zufall will – genau der Anwendungsfall, den die *causa Böhmermann* schuf, namentlich die Prüfung einer möglichen Strafbarkeit gem. § 103 StGB: Die völkerrechtliche Pflicht zur Bestrafung von Ehrverletzungen sowie die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur alten Majestätsbeleidigung (zu beidem siehe unten stehende Ausführungen) sprechen nämlich eigentlich gegen die Anwendung des § 193 StGB im Rahmen des § 103 StGB.⁶³ Das würde in der Konsequenz bedeuten, dass bei einer Konkretisierung von § 193 StGB durch Art. 5 GG letzterem mittelbar die Anwendbarkeit verwehrt würde, was durch die Qualifikation als eigenständiger Rechtfertigungsgrund verhindert werden könnte. Meines Erachtens spricht dennoch mehr für die Prüfung von Art. 5 GG innerhalb des § 193 StGB. Zum einen halten die überwiegende Ansicht⁶⁴ sowie das *Bundesverwaltungsgericht*⁶⁵ § 193 StGB trotz der völkerrechtlichen Dimension von § 103 StGB für anwendbar, denn die Vorschrift dient den Gerichten als nützliches Instrumentarium, zwischen der (ebenfalls völkerrechtlich verankerten) Meinungsfreiheit und dem Ehrschutz des ausländischen Repräsentanten abzuwägen. Zum anderen

zeigt schon die Rechtsprechung des *BVerfG* in Kriminalisierungsfragen, dass die verfassungsrechtliche Überprüfung bei der Strafgesetzgebung begrenzt ist,⁶⁶ was auch als Indiz dafür angesehen werden kann, dass Art. 5 GG kein eigenständiger Rechtfertigungsgrund im Rahmen des § 103 StGB ist. Da die Rechtsfragen in beiden Konstellationen die gleichen sind, muss der Streit hier nicht weiter ausgeführt werden.

Innerhalb von § 193 StGB ist also zu klären, ob *Böhmermann* nicht möglicherweise wegen Art. 5 GG gerechtfertigt ist. Diese Frage betrifft nichts Geringeres als die Reichweite von Schmähkritik und die Kontextabhängigkeit des Gedichtes „Schmähkritik“. Zu beiden Themen wurde in den letzten Monaten viel publiziert,⁶⁷ und es würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, auf diese (verfassungsrechtlichen) Fragen einzugehen – Fragen, denen es ebenso wenig gerecht werden würde, sie in einem Abschnitt abzuhandeln.⁶⁸ Dennoch sollen zwei Themenkomplexe angesprochen werden:

Erstens ist es nicht das erste Mal – wie in der öffentlichen Debatte zumeist suggeriert wird –, dass sich im Rahmen einer Beleidigung eines Staatsoberhauptes bzw. Repräsentanten eines ausländischen Staates die Frage der Grenze der Meinungs- und Kunstfreiheit stellt.

1967 erhielt § 103 StGB seinen bis heute gebräuchlichen Beinamen „Schah-Paragraph“, als sich der Schah von Persien anlässlich seines Besuches in Deutschland durch Spruchbänder beleidigt fühlte, die die Botschaft „Schah Mörder“ oder „Ausplünderung des persischen Volkes“

⁶⁰ *Bucher*, „Ach du Scheiße, es geht wieder los“ – Jan Böhmermann ist wieder da und so gut wie kein anderer, *Die Zeit* v. 1.9.2016, S. 35, die dieses Mittel den „doppelten Twist“ Böhmermanns nennt.

⁶¹ *Fahl*, *NStZ* 2016, 313 (317).

⁶² S.o. Fn. 9. So auch *Fahl*, *NStZ* 2016, 313 (317) („Doch war spätestens seit der ‚Extra 3‘-Affäre hinlänglich bekannt, dass der türkische Präsident in dieser Hinsicht ‚keinen Spaß versteht‘. Das wusste auch Böhmermann und ist nicht etwa davon ausgegangen, Erdogan werde das ‚Schmähgedicht‘ als Scherz ansehen.“).

⁶³ Siehe *Kreß*, in: *MünchKommStGB*, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 102 Rn. 9 m.w.N.

⁶⁴ *Fischer*, *StGB*, 63. Aufl. 2016, § 188 Rn. 1; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl* (Hrsg.), *StGB*, 28. Aufl. 2014, § 193 Rn. 12. Zur umstrittenen Anwendung von § 193 StGB siehe *Fahl* *NStZ* 2016, 313 (314).

⁶⁵ *BVerwG* *NJW* 1982, 1008 (1009).

⁶⁶ *BVerfGE* 51, 142 (162); 120, 224 (240); *Swoboda*, *ZStW* 122 (2010), 24, 45; *Sternberg-Lieben*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 65, 66 f.

⁶⁷ Siehe, stellvertretend, *Braunack*, *ZUM* 2016, 710 ff.; *Fahl*, *NStZ* 2016, 313 ff.; *Thiele*, Erlaubte Schmähkritik? Die verfassungsrechtliche Dimension der *causa* Jan Böhmermann, *Verfassungsblog*, <http://verfassungsblog.de/erlaubte-schmaehkritik-die-verfassungsrechtliche-dimension-der-causa-jan-boehmermann/>, Abruf v. 04.09.2016; *Fischer*, Kunst ist strafbar. Warum auch nicht?, *Zeit Online*, http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-05/jan-boehmermann-kunst-strafe-fischer-im-recht?utm_content=zeitde_redpost+link_sf&utm_campaign=ref&utm_source=twitter_zonaudev_int&utm_medium=sm&wt_zmc=sm.int.zonaudev.twitter.ref.zeitde_redpost.link_sf, Abruf v. 04.09.2016; *Christoph*, *JuS* 2016, 599 ff.; *Heinke*, *ZRP* (2016), 121 ff.; *Vornbaum*, *Journal der Juristischen Zeitgeschichte* 10 (2016), 47 ff.

⁶⁸ Mit dem selben Problem konfrontiert sah sich *Mitsch*, der die Büchse der Pandora ehrlich wie charmant schlichtweg verschlossen ließ und nicht weiter anrührte: „Ob die unjuristische Klassifikation des Textes als ‚Satire‘ in irgendeiner Weise Einfluss auf die strafrechtliche Beurteilung hat oder lediglich eine rechtsneutrale Zuordnung zu einem bestimmten Genre publizistischer Betätigung ist und ob die im Art. 5 Abs. 3 GG als Grundrecht geadelte Kunstfreiheit der Strafbarkeit aus § 185 StGB entgegensteht, sei hier dahingestellt. Beide Fragen erscheinen mir schlicht als zu schwierig, um sie in dem zur Verfügung stehenden Rahmen einer befriedigenden Erörterung zu unterziehen.“, *Mitsch*, § 103 StGB – ist das noch Recht oder kann das weg? Rechtswissenschaftliche und rechtspolitische Bemerkungen aus Anlass des „Falles Böhmermann“, Universität Potsdam, 27.05.2016, S. 6, <http://www.uni-potsdam.de/fileadmin/01/projects/lm-mitsch/Vortrag%3%A4ge/B%3B6hmermann.pdf>, Abruf v. 04.09.2016.

enthielten. Wie auch in der *causa Böhmermann* drückte damals eine Verbalnote – überreicht durch Botschafter General *Mozaffar Malek* – das Strafverlangen aus.⁶⁹ Ein sich anschließendes Ermittlungsverfahren wurde jedoch eingestellt.⁷⁰

Acht Jahre später folgte eine Entscheidung des *Bundesverwaltungsgerichts* in einem Fall, in dem im Sommer 1975 die Polizei im Rahmen einer Demonstration ein Spruchband sicherstellte, durch das sich der chilenische Botschafter beleidigt fühlte.⁷¹ Auf dem etwa 100 x 75 cm großen Spruchband war zu lesen: „Italien, Schweden, England, Niederlande – Kein Geld für eine Mörderbande. Warum zahlt die BRD?“⁷² Auf die Fortsetzungsfeststellungsklage des Veranstalters gegen die Sicherstellung prüfte das *BVerwG* inzident die Strafbarkeit nach § 103 StGB, bejahete diese und verneinte, dass das Zeigen des Spruchbandes durch die Meinungsfreiheit gedeckt war.⁷³

Am 12. August 2006 wurde im Rahmen des Christopher Street Days in München schließlich der Papst in Abbildungen und Spruchbändern so abgebildet und beschrieben, dass die Polizei wegen des Anfangsverdachts der Begehung einer Straftat i.S.d. § 103 StGB die entsprechenden Personen aufforderte, die Abbildungen des Papstes sowie eine Papstpuppe zu entfernen, anderenfalls dürfe der Wagen an der Parade nicht teilnehmen.⁷⁴ Der Papst war mit einer Aidsschleife und Kondomen abgebildet worden. Die Betreffenden wandten sich (auch hier) mit der Fortsetzungsfeststellungsklage gegen die Maßnahme. Der *VGH München* sah schon keine Beleidigung, weshalb er auch das Vorliegen des § 103 StGB ablehnte.⁷⁵

Diese Fälle zeigen zweierlei: Zum einen, dass § 103 StGB schon einige Male zuvor zu staatsanwaltlichen Ermittlungen führte, ohne dass es zu einem ähnlichen Aufschrei gekommen war wie in diesen Wochen und Monaten in der *causa Böhmermann*. Das Ausbleiben dieses Aufschreis mag daher – zum anderen und damit zweitens – dem im Fall *Böhmermann* hinzutretenden Aspekt der Kunstfreiheit gem. Art. 5 Abs. 3 GG geschuldet sein, der den Fall so einzigartig (und zugleich kompliziert) macht. Die Abwägung zwischen dieser und dem Ehrschutz *Erdogans* im Wege der praktischen Konkordanz scheint in den bislang erschienenen Kommentaren – die allesamt auf den Kontext des Gedichtes abstellen – zugunsten der erstgenann-

ten auszugehen.⁷⁶ Wie oben geschildert, sah dies das *LG Hamburg* in seinem Beschluss vom 17. Mai 2016 anders und untersagte das Wiederholen einiger Passagen des Gedichts, weil diese die Grenze von Kritik, die in Form von Satire geäußert wurde, und reinen Schmähungen oder Formalbeleidigungen überschritten haben. Für *Brauneck* hat das LG damit das Gedicht doch wieder aus seinem Kontext herausgelöst und die jeweiligen Strophen „nahezu ‚wörtlich‘“ genommen.⁷⁷

Unterzieht man den bislang erschienen Kommentaren zur *causa Böhmermann* im Allgemeinen und zu den Grenzen von Satire im Besonderen einer möglichst neutralen Analyse, fällt auf, dass wohl in beide Richtungen argumentiert werden kann; dass sich die Befürworter einer Einordnung des Gedichts als Schmähkritik aber auch oftmals des Argumentes bedienen, dass der Schutz der Kunstfreiheit in einem Fall wie dem vorliegenden unweigerlich dazu führen würde, dass Beleidigungen schlicht in den Mantel der Kunst gehüllt werden, um sie möglichst straffrei zu kommunizieren.⁷⁸ Eine derartige Folgenberücksichtigung ist legitim und unter Umständen auch wünschenswert,⁷⁹ wird jedoch nicht unkritisch gesehen.⁸⁰ *Luhmann* zum Beispiel lehnt die Folgenberücksichtigung ab, weil die Gefahr bestehe, „dass ein Rechtssystem, dem eine gesellschaftspolitische Folgerorientierung zugemutet wird, seine dogmatische Selbststeuerung preisgibt und sich überhaupt nicht mehr an Kriterien orientiert, die das Entscheidungsprogramm transzendenten, sondern nur noch an den Folgen selbst.“⁸¹ Nach Ansicht *Dworkins* sollen sich Gerichte bei der Entscheidung schwieriger Fälle (sog. „hard cases“) grundsätzlich auf Prinzipienargumente beschränken, während politische Zielargumente dem Gesetzgeber vorbehalten seien.⁸²

Darüberhinaus sei angemerkt, dass das sichere und trennscharfe Festlegen des Zusammenhangs, in den *Böhmer-*

⁶⁹ Schah-Reise – Gegen Unbekannt, Der Spiegel, <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-46211803.html>, Abruf v. 04.09.2016.

⁷⁰ *Munzinger*, Als 1967 der Schah-Paragraf unterlaufen wurde, SZ.de, <http://www.sueddeutsche.de/politik/paragraf-wie-der-schah-paragraf-unterlaufen-wurde-1.2951845>, Abruf v. 04.09.2016.

⁷¹ *BVerwG* NJW 1982, 1008.

⁷² *BVerwG* NJW 1982, 1008.

⁷³ *BVerwG* NJW 1982, 1008, 1010 ff.

⁷⁴ *VGH München* NJW 2011, 793.

⁷⁵ *VGH München* NJW 2011, 793 (795).

⁷⁶ *Thiele*, Erlaubte Schmähkritik? Die verfassungsrechtliche Dimension der *causa Jan Böhmermann*, Verfassungsblog, <http://verfassungsblog.de/erlaubte-schmaehkritik-die-verfassungsrechtliche-dimension-der-cause-jan-boehmermann/>, Abruf v. 04.09.2016; Fischer, Kunst ist strafbar. Warum auch nicht?, Zeit Online, http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-05/jan-boehmermann-kunst-straft-fischer-im-recht?utm_content=zeitde_redpost+_link_sf&utm_campaign=ref&utm_source=twitter_zonaudev_int&utm_medium=sm&wt_zmc=sm.int.zonaudev.twitter.ref.zeitde.redpost, link.sf, Abruf v. 04.09.2016; *Christoph*, JuS 2016, 599 ff.; *Brauneck*, ZUM 2016, 710 ff.; *Vormbaum*, Journal der Juristischen Zeitgeschichte 10 (2016), 47 ff. A.A. *Fahl*, NStZ 2016, 313 (315 ff.).

⁷⁷ *Brauneck*, ZUM 2016, 710 (715).

⁷⁸ So auch *Fahl*, NStZ 2016, 313 (317).

⁷⁹ *Heinze*, ZStW 126 (2014), 866 (897).

⁸⁰ *Koch/Rißmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 233 ff.; *Heinze*, ZStW 126 (2014), 866 (897).

⁸¹ Siehe *Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, S. 48; *Heinze*, ZStW 126 (2014), 866 (897).

⁸² Siehe *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1977, 8th impression 1996, S. 81 ff.

mann sein Gedicht einbettete, jedem regelmäßigen „Neo Magazin Royale“-Zuschauer oder jeder Zuschauerin Respekt abnötigen muss: Die Stärke *Böhmermanns* ist es gerade, dass sich der Zusammenhang seiner Aussagen nicht sofort erschließt, die TV-Zuschauerin also nicht auf den ersten Blick erkennt, ob es sich um eine ironische oder ernstgemeinte Bemerkung handelt, da auch die ernstgemeinte Bemerkung Teil der Parodie sein kann. Natürlich echauffiert sich *Böhmermann* im Nachhinein, dass jeder, der das Gedicht „Schmähdikritik“ losgelöst von seinem Kontext sieht, „nicht alle Latten am Zaun“ habe.⁸³ Möglicherweise war der von vielen als satirische Exemplifizierung von Schmähdikritik eingeordnete Dialog zwischen dem Moderator und seinem Sidekick aber auch die Parodie eben jener Beobachter, die diese Einordnung auf exakt diese Weise vornehmen würden, und das Gedicht ganz bewusst darauf angelegt, zu beleidigen und strafrechtliche Ermittlungen hervorzurufen. Wie in der ersten Ausgabe des „Neo Magazin Royale“ nach der Schaffenspause *Böhmermanns* am 17. Mai 2016 deutlich sichtbar wurde, liebt *Böhmermann* den Enthüllungsjournalismus von der Art eines *Günter Walraff* – in der angesprochenen Ausgabe gab er bekannt, dass er in das RTL-Reality-Format „Schwiegertochter gesucht“ zwei Schauspieler einschleuste (die sich als ein Kandidat und dessen Vater ausgaben), und deckte die zum Teil unlauteren journalistischen Praktiken der Redaktion auf.⁸⁴ So sehr fernliegend ist es nicht, dass sich *Böhmermann* ganz bewusst einem Ermittlungsverfahren aussetzte, um aufzudecken, dass die Meinungs- und Kunstfreiheit eben auch dem politischen Gutdünken unterworfen sind⁸⁵ – wie noch aufzuzeigen sein wird, ist die in § 104a StGB verlangte Ermächtigung der Bundesregierung zur Strafverfolgung *Böhmermanns* nichts anderes. Zugegeben, gerade aufgrund der Prozessvoraussetzung des § 104a StGB eignet sich § 103 StGB für eine derartige Demonstration besser als kaum eine andere Vorschrift im StGB – mit vergleichsweise geringen Folgen für *Böhmermann*. Die leidenschaftlich vertretene Lesart des quasi-edukatorischen Zusammenhangs klingt plausibel – vielleicht ist aber auch alles nur ein großes, lange geplantes Schauspiel,⁸⁶ bei dem *Böhmermann* nun selbst den Enthüllungsjournalisten spielt. Man mag sich fragen,

wer so viel Aufwand betreiben würde, um seine Botschaft zu vermitteln. Das ignoriert jedoch das Sendungsbewusstsein *Böhmermanns*, der von sich behauptet, ihn treibe eine Mischung aus Größenwahn und Idealismus.⁸⁷ Als *Böhmermann* vor elf Jahren in seiner Radiorubrik „Lukas’ Tagebuch“ dem ehemaligen Nationalspieler des DFB-Teams *Podolski* den Satz unterschob „Fußball ist wie Schach, nur ohne Würfel“, verklagte *Podolski* den WDR und verweigerte der ARD während der WM 2006 Interviews.⁸⁸ In einem Interview mit dem *Zeit-Magazin* 2015 sagte *Böhmermann* darüber im Nachhinein: „Das war das erste Mal, dass ich ahnte, was ich anrichten kann.“⁸⁹

4. § 104a StGB

§ 104a StGB enthält vier Voraussetzungen: das Unterhalten diplomatischer Beziehungen zum anderen Staat; die Verbürgung der Gegenseitigkeit; das Strafverlangen der ausländischen Regierung; sowie die Ermächtigung der Bundesregierung zur Strafverfolgung. Trotz des Wortlauts „Straftaten nach diesem Abschnitt werden nur verfolgt“, ist umstritten, ob alle vier Voraussetzungen bloße Prozessvoraussetzungen⁹⁰ oder ob einzelne Voraussetzungen objektive Bedingungen der Strafbarkeit,⁹¹ also Umstände darstellen, „die zur verantwortlichen Unrechtshandlung hinzu kommen müssen“.⁹² Die Frage nach der korrekten dogmatischen Einteilung der Voraussetzungen des § 104a StGB mag im Gewand eines letztlich folgenlosen Theorienstreits daher kommen, betrifft jedoch nichts Geringeres als die

⁸³ *Kalle/von Uslar*, „Ich bin gespannt, wer zuletzt lacht“, Zeit Online, <http://www.zeit.de/2016/20/jan-boehmermann-interview-schmaechkritik>, Abruf v. 04.09.2016.

⁸⁴ *Dörr*, *Böhmermann* ist zurück und zerlegt „Schwiegertochter gesucht“, SZ.de, <http://www.sueddeutsche.de/medien/verafake-boehmermann-ist-zurueck-und-zerlegt-schwiegertochter-gesucht-1.2990909>, Abruf v. 04.09.2016.

⁸⁵ So auch *Fish*, *There is No Such Thing as Free Speech*, 1994, der kritisiert, dass das Recht auf freie Meinungsäußerung als Mittel benutzt wird, um bestimmte politische Zielvorgaben zu rechtfertigen: „[C]oncepts like free speech do not have any ‘natural’ content but are filled with whatever content and direction one can manage to put into them. [...] Free speech, in short, is not an independent value but a political prize, and if that prize has been captured by a politics opposed to yours, it can no longer be invoked in ways that further your purposes, for it is now an obstacle to those purposes.“ (S. 102).

⁸⁶ *Böhmermann* wollte tatsächlich ursprünglich Schauspieler werden, siehe *Kalle*, *Der Alleinunterhalter*, Zeit Magazin, 08.01.2015, S. 16.

⁸⁷ *Kalle*, *Der Alleinunterhalter*, Zeit Magazin, 08.01.2015, S. 20.

⁸⁸ *Kalle*, *Der Alleinunterhalter*, Zeit Magazin, 08.01.2015, S. 16.

⁸⁹ *Kalle*, *Der Alleinunterhalter*, Zeit Magazin, 08.01.2015, S. 16.

⁹⁰ So *Kreß*, in: MünchKommStGB, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 104a Rn. 6.

⁹¹ Die überwiegende Ansicht ordnet das „Unterhalten diplomatischer Beziehungen“ und die „Verbürgung der Gegenseitigkeit“ als objektive Bedingung der Strafbarkeit ein, siehe *Fischer*, StGB, 63. Aufl. 2016, Rn 1 ff.; *Kühl*, in: Lackner/Kühl (Hrsg.), StGB, 28. Aufl. 2014, § 104a Rn. 1; *Bauer/Gmel*, in: LK-StGB, Bd. 4, 12. Aufl. 2007, § 104a Rn. 2-3; *Eser*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), StGB, 29. Aufl. 2014, § 104a Rn. 1-2; *Wolter/Rudolphi*, in: SK-StGB, Bd. 2, 143. Lfg. (Juni 2014), § 104a Rn. 1; die Verbürgung der Gegenseitigkeit ebenso als objektive Bedingung der Strafbarkeit einordnend *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 23 Rn. 52; *Keßböhrer/Schmitz*, wistra 1995, 1, 4; krit. dazu *Lackner*, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 5, 1958, S. 92, 96 („Im 3. Strafrechtsänderungsgesetz hat der Gesetzgeber, wie sich aus dem Wortlaut des § 104a StGB zweifelsfrei ergibt, eine Strafverfolgungsvoraussetzung [aus dem Merkmal der Gegenseitigkeit] gemacht. Die meisten Kommentare behaupten allerdings ohne ein Wort der Begründung, daß das Merkmal auch weiterhin objektive Bedingung der Strafbarkeit geblieben sei.“). *Jakobs* verortet die Voraussetzung des Unterhaltens diplomatischer Beziehungen bei den objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, siehe *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1991, 10. Abschn. Rn. 3 („denn nur, wenn durch die Attacke [...] ein Staat betroffen wird, der seinerseits entsprechendes Verhalten gleichfalls ahndet, ist die Unverträglichkeit des Verhaltens mit geordneten Beziehungen der betreffenden Staaten deutlich“). Zwischen Tatzeit und Zeit der Verfolgung der Tat differenzierend *Schmidhäuser*, Strafrecht BT, 2. Aufl. 1983, 20/4-5.

⁹² *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 23 Rn. 2.

Abgrenzung von formellem und materiellem Recht,⁹³ denn die Kategorien der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit und der Prozessvoraussetzungen sind eng verwandt.⁹⁴ Seit jeher hat es Versuche gegeben, eine Trennlinie zwischen formellem und materiellem Recht zu ziehen, so zum Beispiel, indem ersteres als ‘imperative law’ und zweiteres als ‘punitive law’ bezeichnet wurde,⁹⁵ als ‘secondary rules’ *vis-à-vis* ‘primary rules’⁹⁶ oder als ‘decision rules’ gegenüber ‘conduct rules’⁹⁷ *Bemmann* definierte einst solche Umstände als zum materiellen Strafrecht gehörend, die ‘die Strafe gewissermaßen herausfordern’ bzw. ‘eine Bestrafung des Täters verdient erscheinen lassen’.⁹⁸ Nach *Bemmann* stehe der Gedanke, der zum Beispiel dem Merkmal ‘Verbürgung der Gegenseitigkeit’ zugrunde liegt, ‘offensichtlich in gar keinem Zusammenhang mit der Frage, ob Strafe gerechtfertigt ist oder nicht’.⁹⁹ Danach verdiene der Täter einer durch die §§ 102-104 StGB sanktionierten Handlungen ‘allein Strafe’.¹⁰⁰ Insgesamt spricht daher einiges dafür, die Voraussetzungen in § 104a StGB als Prozessvoraussetzungen einzuordnen mit der Folge, dass bei Fehlen einer Voraussetzung lediglich eine Einstellung des Verfahrens und nicht – wie beim Fehlen einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit – ein Freispruch in Betracht kommt.¹⁰¹

Neben dem gegebenen Unterhalten der diplomatischen Beziehungen zur Türkei, muss darüber hinaus die Gegenseitigkeit verbürgt sein, d.h. im türkischen Recht muss ein § 103 StGB vergleichbarer Sonder- bzw. Qualifikationsbestand existieren.¹⁰² In der Türkei sind dies die Artt. 337 und 340 des türkischen Strafgesetzbuchs vom 26.

September 2004.¹⁰³ Wie schon geschildert, kam das Strafverlangen der türkischen Regierung mit Schreiben vom 7. April 2016 durch eine Verbalnote zum Ausdruck, das dem Auswärtigen Amt am 8. April zuzuging. Das Strafverlangen, das weder einer Form bedarf noch einer Frist unterliegt, durfte nicht etwa an die Staatsanwaltschaft Mainz als Strafverfolgungsbehörde gerichtet werden, sondern musste einem außenvertretungsbefugten Organ Deutschlands zugehen.¹⁰⁴ Gemäß § 77e i.V.m. § 77d Abs. 1 StGB kann die Türkei dieses Verlangen weiterhin zurück nehmen. Das Strafverlangen der ausländischen Regierung ist also in der Sache nichts anderes als der Strafantrag des Trägers des verletzten Rechtsguts.¹⁰⁵

Wie schon geschildert wurde auch die viel kritisierte Ermächtigung zur Strafverfolgung erteilt. Interessant ist, wer genau diese Ermächtigung erteilt hat: Grundsätzlich ist die Ermächtigung durch den ‘für Außenbeziehungen zuständigen Bundesminister zu erteilen’.¹⁰⁶ Im Fall *Böhmermann* erfolgte die Erklärung am 15. April 2016 jedoch durch Bundeskanzlerin *Merkel* und war überschrieben mit ‘Erklärung von Bundeskanzlerin Merkel zum Vorgehen der Bundesregierung nach der türkischen Verbalnote an das Auswärtige Amt am 15. April 2016 in Berlin’.¹⁰⁷ Die Kanzlerin allein darf die Ermächtigung nicht erteilen. Bei genauerem Hinsehen fällt jedoch auf, dass die Erklärung ‘zum Vorgehen der Bundesregierung’ erfolgte. Der Bundesregierung hingegen ist es gestattet, die ihr nach § 104a StGB zustehende Kompetenz an sich zu ziehen.¹⁰⁸ Angesichts der politischen Brisanz und der zu erwartenden Kritik ist das Vorgehen der Bundesregierung als Ganzes nur allzu verständlich; es sollte Einigkeit und Geschlossen-

⁹³ So auch *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 23 Rn. 42

⁹⁴ *Lackner*, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 5, 1958, S. 92, 96, der erfrischend ehrlich die Schwierigkeit der Abgrenzung zugibt: ‘Ich habe mir die Mühe gegeben, [...] ein einheitliches Anwendungsprinzip herauszuarbeiten. Ich muss gestehen, daß ich daran gescheitert bin. Es sind Merkmale zur objektiven Bedingung der Strafbarkeit gemacht worden, die dem Prozeß sehr viel näher liegen als andere Merkmale, die überraschend in der Form von Prozeßvoraussetzungen auftauchen.’

⁹⁵ *Bentham*, Principles of Morals and Legislation, 1781/2000, S. 241.

⁹⁶ *Hart*, Concept of Law, 2. Aufl. 1994, S. 79-99.

⁹⁷ *Dan-Cohen*, HarvLR, 97 (1984), 625-677.

⁹⁸ *Bemmann*, Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, 1957, S. 27; *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 23 Rn. 46.

⁹⁹ Dieser Gedanke sei: ‘Indem der deutsche Staat sich erbieht, feindliche Handlungen gegen ausländische Staaten zu bestrafen, falls die Gegenseitigkeit verbürgt ist, wird, so meint der Gesetzgeber, für die ausländischen Staaten ein Anreiz geschaffen, dem deutschen Staate einen entsprechenden Strafschutz zu gewähren.’, siehe *Bemmann*, Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, 1957, S. 31 m.w.N.

¹⁰⁰ *Bemmann*, Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, 1957, S. 31; *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 23 Rn. 46.

¹⁰¹ *Geisler*, Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip, 1998, S. 536.

¹⁰² *Kreß*, in: MünchKommStGB, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 104a Rn. 19.

¹⁰³ Art. 337 Offenses against the President of a foreign country:

(1) Punishment to be imposed on a person committing an offense against President of a foreign country is increased by one eighth. In case the offense requires punishment of life imprisonment, the offender is sentenced to heavy life imprisonment.

(2) If the felony creates the consequences of an offense of which investigation or prosecution is bound to complaint, the complaint of the foreign country is sought for commencement of investigation and prosecution.

Art. 340 Reciprocity condition:

Application of the provisions stated in this section is based on reciprocity condition.

¹⁰⁴ *Kreß*, in: MünchKommStGB, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 104a, Rn. 23.

¹⁰⁵ *Kreß*, in: MünchKommStGB, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, Vor §§ 102 ff. Rn. 10. Siehe auch *Geisler*, Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip, 1998, S. 559.

¹⁰⁶ *Eser*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), StGB, 29. Aufl. 2014, § 104a Rn. 3; *Fischer*, StGB, 63. Aufl. 2016, § 97 Rn. 5.

¹⁰⁷ *Bundesregierung*, Erklärung von Bundeskanzlerin Merkel zum Vorgehen der Bundesregierung nach der türkischen Verbalnote an das Auswärtige Amt am 15. April 2016 in Berlin, <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2016/04/2016-04-15-erklaerung-bkin.html>, Abruf v. 03.09.2016.

¹⁰⁸ *Eser*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), StGB, 29. Aufl. 2014, § 104a Rn. 3.

senheit demonstrieren.¹⁰⁹ Auch in weiterer Hinsicht ist die Erklärung der Kanzlerin irreführend: In einem Abschnitt darüber, dass in einem Rechtsstaat die Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht auf der einen Seite und der Presse- und Kunstfreiheit auf der anderen Seite den Staatsanwaltschaften und Gerichten überlassen ist, folgt die Aussage, dass die Erteilung der Ermächtigung zur Strafverfolgung lediglich bedeute, „dass die rechtliche Prüfung der unabhängigen Justiz überantwortet wird und nicht die Regierung, sondern Staatsanwaltschaften und Gerichte das letzte Wort haben werden“.¹¹⁰ Das verkennt jedoch die Natur der Ermächtigung in § 104a StGB, bei der es nun einmal „ausschließlich um (politische) Opportunitätserwägungen“ geht.¹¹¹ Der Gesetzgeber etablierte ganz bewusst einen *politischen* Mechanismus als Prozessvoraussetzung – diesen Mechanismus löste die Bundesregierung formell aus, während die Kanzlerin ihn ausdrücklich leugnete.¹¹² In der kritischen Beurteilung dieses Vorgehens bedient sich *Vormbaum* deshalb des verwaltungsrechtlichen Begriffs der „Ermessensunterschreitung“.¹¹³

III. Die Abschaffung von § 103 StGB

Das Schicksal von § 103 StGB scheint inzwischen besiegelt zu sein. Wäre es kein Anthropomorphismus, könnte man getrost davon ausgehen, dass § 103 StGB bis zum Frühjahr dieses Jahres an einem Aufmerksamkeitsdefizitsyndrom litt. Dann kam *Jan Böhmermann* und quasi über Nacht wurde die Vorschrift weit über die Grenzen Deutschlands bekannt.¹¹⁴ Nicht nur das, sie zeigte auch – wie eingangs geschildert – eine ungeahnte Machtfülle: Sie löste ein Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Mainz, eine Fernsehpause *Böhmermanns*, eine innenpolitische Krise,

ein Fehlereingeständnis der Bundeskanzlerin, und einen Aufschrei in der Bevölkerung aus.¹¹⁵ Mit der medialen Aufmerksamkeit stieg jedoch auch die Anzahl an Enthüllungsberichten über eine vermeintlich dunkle Vergangenheit des § 103 StGB und nun wurde das Urteil bereits gefällt, ohne dass es eines Richters bedurft hätte (dieser – in Form des Parlaments – soll natürlich noch einbezogen werden, aber es würde überraschen, wenn dies mehr als eine Formsache ist). Die ganze Entwicklung erinnert ein wenig an die Hexenszene aus Monty Pythons „Ritter der Kokosnuss“: „We have found a witch! (A witch! a witch!) Burn her burn her! –How do you know she is a witch? – She looks like one!“ Die angebliche Hexe wehrt sich vergeblich gegen die Verurteilung mit dem Verweis darauf, dass sie a) keine Hexe sei und b) ihr eine falsche Nase angeklebt wurde. Die aufgebrauchte Menge hatte ihr Urteil längst gefällt: „Burn her anyway! (burn her burn her burn!)“

Im Folgenden soll untersucht werden, ob § 103 StGB tatsächlich dieses Schicksal verdient und – falls ja – wie sich dies auf das laufende Verfahren gegen *Böhmermann* auswirkt.

1. § 103 StGB und sein Rechtsgut

§ 103 StGB abzuschaffen wäre dann gerechtfertigt, wenn die Norm ein Verhalten unter Strafe stellt, das heute nicht mehr strafwürdig ist. Die Voraussetzungen dieser Strafwürdigkeit sind wie immer umstritten: Während sich in der Kriminologie ein kriminologisch-materieller Verbrechensbegriff herausbildete, beschäftigt sich die Strafrechtsdogmatik neben dem sozialetischen Verbrechensbegriff¹¹⁶ vor allem mit dem auf die Aufklärung zurückgehenden Rechtsgüterschutzkonzept, dessen Definitionsversuche vielfältig sind.¹¹⁷ Dieses Rechtsgüterschutzkonzept dominiert zwar jede Strafrechtsvorlesung, wird vom *BVerfG* aber angezweifelt:¹¹⁸ Mit Verweis auf die uneinheitliche Definition spricht es dem Rechtsgüterschutz ab, überhaupt inhaltliche Maßstäbe für Strafnormen bereitzustellen.¹¹⁹

¹⁰⁹ In dieses Bild passt der Abschnitt: „Die Bundesregierung hat dieses Ersuchen entsprechend der Staatspraxis geprüft. An dieser Prüfung waren das Auswärtige Amt, das Bundesjustizministerium, das Bundesinnenministerium und das Bundeskanzleramt beteiligt. Es gab unterschiedliche Auffassungen zwischen den Koalitionspartnern Union und SPD.“ Der letzte Satz erklärt dann wohl auch, warum die Bundesregierung die Ermächtigung erteilte, die Bundeskanzlerin jedoch die Erklärung, die in der Ich-Form formuliert ist, allein abgab, siehe *Bundesregierung*, Erklärung von Bundeskanzlerin Merkel zum Vorgehen der Bundesregierung nach der türkischen Verbalnote an das Auswärtige Amt am 15. April 2016 in Berlin, <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2016/04/2016-04-15-erklaerung-bkin.html>, Abruf v. 03.09.2016.

¹¹⁰ *Bundesregierung*, Erklärung von Bundeskanzlerin Merkel zum Vorgehen der Bundesregierung nach der türkischen Verbalnote an das Auswärtige Amt am 15. April 2016 in Berlin, <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2016/04/2016-04-15-erklaerung-bkin.html>, Abruf v. 03.09.2016.

¹¹¹ *Fahl*, NSZ 2016, 313 (314).

¹¹² So auch *Vormbaum*, *Journal der Juristischen Zeitgeschichte* 10 (2016), 47 (49).

¹¹³ *Vormbaum*, *Journal der Juristischen Zeitgeschichte* 10 (2016), 47 (49).

¹¹⁴ Siehe z.B. einen Bericht im englischen *Guardian*, *Oltermann*, *Obscure German law gives Angela Merkel a diplomatic headache*, *The Guardian*, <https://www.theguardian.com/world/2016/apr/14/obscure-german-law-angela-merkel-recep-tayyip-erdogan>, Abruf v. 04.09.2016.

¹¹⁵ Für eine Chronologie der *causa Böhmermann* siehe *Der Fall Böhmermann – eine Chronologie*, NDR.de, <http://www.ndr.de/kultur/Jan-Boehmermanns-Schmaehgedicht-eine-Chronologie,boehmermann212.html>, Abruf v. 04.09.2016.

¹¹⁶ *Amelung*, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, S. 350 ff.; *Hilgendorf*, in: *Arzt et al. (Hrsg.)*, *Strafrecht Besonderer Teil*, 2. Aufl. 2009, § 1 Rn. 8; ders., in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.)*, *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 155, 182.; *Swoboda*, *ZStW* 122 (2010), 24 (35, 41 f.).

¹¹⁷ *Kaiser*, *Kriminologie*, 3. Aufl. 1996, § 36 Rn. 8; *Amelung*, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, S. 15 ff.; *Swoboda*, *ZStW* 122 (2010), 24, (25, 32 ff.); *Koriath*, *GA* 1999, 561 (562 ff.); *Rönnau*, *JuS* 2009, 209.

¹¹⁸ Siehe näher *Roxin*, *Strafrecht AT*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 86 ff. Krit. *Schünemann*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.)*, *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 133, 142 ff.

¹¹⁹ *BVerfG* NJW 2008, 1137, 1138. Zur Vagheit des Rechtsgutsbegriffs auch *Frisch*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.)*, *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, S. 215 (216).

a) Das Rechtsgut des § 103 StGB

In der Berichterstattung hat sich die Lesart etabliert, dass § 103 StGB die Ehre eines Staatsoberhauptes besonders schütze und dieser besondere Schutz heutzutage nicht mehr tragfähig sei – eine Lesart, die zwar wunderbar in eine 140 Zeichen umfassende Twitternachricht passt, die jedoch die Diversität der Rechtsgutdiskussion beinahe zur Unkenntlichkeit verstümmelt.

Ein Blick auf die Abschnittsüberschrift von § 103 StGB verrät, dass hier ausdrücklich von „Straftaten gegen ausländische Staaten“ die Rede ist. Diese Überschrift ersetzte mit dem 3. Strafrechtsänderungsgesetz aus dem Jahre 1953 die Vorgängerüberschriften „Feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten“ bzw. „Störung der Beziehungen zum Ausland“. Im 23. Ausschuss des Bundestages wurde die Abschnittsüberschrift „bewusst und unter ausdrücklichem Hinweis auf den Zusammenhang von Überschrift und Rechtsgut hinzugefügt“. ¹²⁰ Wenn also bei der Beurteilung des Rechtsgutes die Frage im Vordergrund steht, „ob in der Neufassung des Gesetzes selbst der Wille, ausländische Rechtsgüter zu schützen, Gestalt angenommen hat“, so liefert das 3. Strafrechtsänderungsgesetz darauf eine eindeutige Antwort. Damit ist klar, dass § 103 StGB nicht etwa (nur) den zwischenstaatlichen Frieden oder die Wahrung eines Mindestbestandes funktionierender diplomatischer Beziehungen zu dem betreffenden ausländischen Staat ¹²¹ – im konkreten Fall also zur Türkei – schützt, sondern die „Integrität und Würde der in den §§ 102 ff. StGB als Handlungsobjekte bezeichneten ausländischen Organe“ ¹²² oder sogar die Ehre des ausländischen Staates selbst ¹²³ und damit ein ausländisches Rechtsgut.

Das hat völkerrechtliche Gründe: Zum einen galt nach dem auf *Grotius* zurückgehenden Ideal der Solidarge-

meinschaft der Staaten ¹²⁴ der Grundsatz „*aut dedere aut punire*“, ¹²⁵ der besagt, dass jeder Staat Vergehen, „durch die ein anderer Staat oder besonders dessen Herrscher verletzt“ worden ist, entweder selbst zu verfolgen hatte oder den Täter an denjenigen Staat ausliefern musste, gegen den sich die Straftat gerichtet hat. ¹²⁶ Zum anderen griff der deutsche Gesetzgeber mit der Kriminalisierung von Ehrangriffen auf ausländische Staatsoberhäupter letztlich der Entwicklung im Völkervertragsrecht vor. Aufgrund des Wiener Übereinkommens über Diplomatische Beziehungen vom 18. April 1961 soll die Person des Diplomaten „unverletzlich“ sein (Art. 29). ¹²⁷ Nach dieser Vorschrift soll der Empfangsstaat „alle geeigneten Maßnahmen“ treffen, um nicht nur jeden Angriff auf die Person oder Freiheit des diplomatischen Vertreters, sondern auch auf dessen (oder deren) *Würde* zu verhindern. Die Vorschrift ist analog auch auf Staatsoberhäupter anzuwenden, die sich in einem fremden Land befinden. ¹²⁸ Ähnliches regelt Art. 2 des Übereinkommens über die Verhütung, Verfolgung und Bestrafung von Straftaten gegen völkerrechtlich geschützte Personen einschließlich Diplomaten (Diplomatenschutzkonvention). ¹²⁹

¹²⁰ *Kreß*, in: MünchKommStGB, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, Vor §§ 102 ff. Rn. 7 m.w.N.

¹²¹ *Wohlers*, in: NK StGB, 1995, 9. Lfg. (28.2.2001), Vor §§ 102-104a Rn. 2; *Schmidhäuser*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 1983, Kap. 20 Rn. 1; *Heinke*, ZRP 2016, 121; *Schroeder*, Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht, 1970, S. 385 ff. Zum Ganzen auch *Kreß*, in: MünchKommStGB, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, Vor §§ 102 ff. Rn. 7 m.w.N.

¹²² *Dreher*, JZ 1953, 421, 427; *Stree*, JuS 1965, 465 (469); *Pabsch*, Der strafrechtliche Schutz der überstaatlichen Hoheitsgewalt, 1965, S. 116 („Damit ist klargestellt, dass das Schutzobjekt [...] nicht die guten Auslandsbeziehungen des eigenen Staates, sondern unmittelbar die Organe und Institutionen der ausländischen Staaten selbst sind.“); *Wegner*, in: Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band – Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, S. 357 (362). Siehe auch *Kreß*, in: MünchKommStGB, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, Vor §§ 102 ff. Rn. 7 m.w.N.

¹²³ *Schroeder*, Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht, 1970, S. 388; *Kreß*, in: MünchKommStGB, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, Vor §§ 102 ff. Rn. 7.

¹²⁴ Näher *Bull*, in: Butterfield/Wright (Hrsg.), Diplomatic Investigations – Essays in the Theory of International Politics, 1966, S. 51, (52 ff.); *Ralph*, Review of International Studies 31 (2005), 27 (32-33); Skeptisch *Wohlers*, in: NK StGB, 1995, 9. Lfg. (28.2.2001), Vor §§ 102-104a, Rn. 3.

¹²⁵ *Grotius*, De jure belli ac pacis, Zweites Buch Kap. 21, dt. Übers. *Schützel*, 1950, S. 368 f.

¹²⁶ Siehe auch *Przetacznik*, Protection of officials of Foreign States according to International Law, 1983, S. 66 ff.

¹²⁷ „Die Person des diplomatischen Vertreters ist unverletzlich. Er unterliegt keiner Festnahme oder Haft irgendwelcher Art. Der Empfangsstaat behandelt ihn mit gebührender Achtung und trifft *alle geeigneten Maßnahmen, um jeden Angriff auf seine Person, seine Freiheit oder seine Würde zu verhindern.*“ (Kursivschrift durch den Autor). Dazu auch *Klein*, Neue Umgangsformen, FAZ (28. April 2016), S. 6.

¹²⁸ Vgl. *Berber*, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1975, S. 274.

¹²⁹ “(1) Die vorsätzliche Begehung a) einer Tötung, einer Entführung oder eines sonstigen Angriffs auf die Person oder Freiheit einer völkerrechtlich geschützten Person; b) eines gewaltsamen Angriffs auf die Diensträume, die Privatwohnung oder [...]; c) einer Bedrohung mit einem solchen Angriff; d) eines Versuchs eines solchen Angriffs; e) einer Teilnahmehandlung an einem solchen Angriff wird von jedem Vertragsstaat nach innerstaatlichem Recht mit Strafe bedroht. (2) Jeder Vertragsstaat bedroht diese Straftaten mit *angemessenen Strafen*, welche die *Schwere der Tat* berücksichtigen. (3) Die Absätze 1 und 2 berühren nicht die Verpflichtungen der Vertragsstaaten, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um sonstige Angriffe auf die Person, Freiheit oder *Würde* einer völkerrechtlich geschützten Person zu verhindern.“ (Kursivschrift durch den Autor).

Die Entscheidung des Gesetzgebers gründete sich also nicht etwa auf einer Vorliebe für die Beibehaltung der Bestrafung von Majestätsbeleidigung,¹³⁰ sondern auf klassischem Völkergewohnheitsrecht.¹³¹ Die öffentliche Debatte scheint in ihrem trabantenartigen Kreisen um die Behauptung, § 103 StGB normiere den überkommenen Tatbestand der Majestätsbeleidigung, völlig ohne Beschreibung und Definition der Majestätsbeleidigung auszukommen. Wer sich die Mühe macht, alte Kommentare zur Majestätsbeleidigung aufzuschlagen, wird schnell feststellen, dass § 103 StGB nicht die für die Majestätsbeleidigung charakteristische Verschmelzung von *Ehrverletzung* und *Ehrfurchtsverletzung* innewohnt.¹³²

b) Gibt es eine Staatenehre?

Soll das Bestreben, § 103 StGB zu Fall zu bringen, tatsächlich zum Erfolg führen, ist es daher angebracht zu fragen, inwiefern das Schutzgut der ausländischen Staatenehre trotz seiner völkergewohnheitsrechtlichen und völkervertragsrechtlichen Normierung noch zeitgemäß ist.

Dazu eine kleine Anekdote: Am 29. April 1827 gab der Dey von Algier, der Türke *Hussein Pascha*, einen Empfang aus Anlass des Ramadan, zu dem auch der französische Konsul *Deval* erschien. Mit diesem hatte *Hussein* eine monetäre Angelegenheit von äußerster Dringlichkeit

zu besprechen.¹³³ Der französische König schwieg sich jedoch aus und wollte nichts von dieser Angelegenheit wissen.¹³⁴ Als der Dey von Algier den Konsul daraufhin fragte, was der Grund für das beharrliche Schweigen des Königs sei, antwortete *Deval*: „Mein Herr correspondirt [sic] nur mit Seinesgleichen“.¹³⁵ Ein ungeheuerlicher Affront für den osmanischen Statthalter, der dem Konsul daraufhin die berühmten drei Schläge mit einem Fliegenwedel versetzte und ihn aus seiner Residenz verwies. *Deval* sah in dem Vorfall einen Ehrverlust seines Landes und berichtete gekränkt dem französischen Außenminister: „Wenn Eure Exzellenz nicht wünscht, dass diese Affäre die ernste Aufmerksamkeit erfährt, die sie verdient, so sollte mir wenigstens gestattet sein, mit Verlaub in den Ruhestand zu treten.“¹³⁶ In der Folge hatte Paris *Hussein* zunächst aufgefordert, eine Salutsalve zu Ehren der französischen Flagge abzufeuern. Die Weigerung des Deys führte zur Blockade des Hafens von Algier. Schließlich, im Juni 1830, ordnete die Regierung von König *Karl X.* einen finalen Militärschlag an. Es war nicht nur Startschuss für die Besetzung Algiers und weiter Teile Nordafrikas, die 132 Jahre andauern sollte, sondern auch der Beginn des französischen Kolonialismus in Arabien.¹³⁷

Natürlich kann man diese Anekdote in verstaubte Geschichtsbücher und eine vordemokratische Zeit verweisen. Sie veranschaulicht jedoch, was auch heute noch gilt: Staaten haben eine Reputation und diese Reputation ist von außenpolitischem Gewicht.¹³⁸ In den Politik- und Sozialwissenschaften gibt es längst empirische Belege dafür, dass die Reputation eines Staates beim Eingehen eines völkerrechtlichen Vertrages eine entscheidende Rolle spielt.¹³⁹ Einen großen Anteil daran hat die Demokratisierung vieler Länder, die dazu führt, dass Staaten sehr wohl darauf Acht geben, welchen Ruf ein anderer Staat in der Bevölkerung

¹³⁰ So auch *Klein*, Neue Umgangsformen, FAZ (28. April 2016), S. 6 („Wer diese Texte [die §§ 103 und 104a StGB sowie deren Abschnittsüberschrift, Anm. d. Autors] ohne Voreingenommenheit liest, erkennt ohne weiteres, dass ‚Majestätsbeleidigung‘ ganz und gar nicht ihr Thema ist“) und – etwas vorsichtiger – *Vormbaum*, Journal der Juristischen Zeitgeschichte 10 (2016), 47, 48, der in der erhöhten Strafdrohung des § 103 StGB gegenüber § 185 StGB, soweit das ausländische Staatsoberhaupt betroffen ist, ein „Rudiment der Majestätsbeleidigung“ sieht.

¹³¹ *Kreß*, in: MünchKommStGB, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, Vor §§ 102 ff. Rn. 2; *Wegner*, in: Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band – Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, S. 357, 362 („Der Wortlaut des Strafgesetzbuches [...] gibt für den Vierten Abschnitt die Überschrift ‚Handlungen gegen ausländische Staaten‘. Das liegt in der Linie betonter Bejahung des Völkerrechts“).

¹³² Zum Unterschied schreibt *Bleek*: „Ist die Ehre das die Achtung ausdrückende Verhalten, so ist die Ehrfurcht nichts anderes als ein hoher Grad von Achtung, eine aus hoher Achtung entspringende Scheu vor einem ehrverletzenden Verhalten. [...] Die Ehrfurchtsverletzung kann entweder darin bestehen, daß ein anderer dieses Gefühl verletzt, daß ein anderer durch sein Verhalten dieses Gefühl nicht achtet, daß sein Verhalten diesem Gefühl widerspricht oder es kann heißen, daß der Ehrfürchtige selbst sich anders verhält, als seiner Ehrfurcht entsprechen würde.“, *Bleek*, Die Majestätsbeleidigung im geltenden deutschen Strafgesetz, 1914, S. 31-32.

¹³³ Zur Finanzierung seines Italienfeldzugs hatte sich *Napoléon* 1796 eine Summe von einer Million Francs über das in Paris ansässige Handelsunternehmen *Bacri und Busnach* besorgt. Die Unternehmer waren gebürtige algerische Juden und hatten weitere profitable Geschäfte mit den Franzosen während des Ägyptenfeldzuges (1798–1801) getätigt. Der Dey von Algier sollte nun für die Rückzahlung des Geldes sorgen. Siehe *Steinvorth*, „Der Muslim ist nicht fortschrittlich“, Der Spiegel, <http://www.spiegel.de/spiegel/spiegelgeschichte/d-78589043.html>, Abruf v. 04.09.2016.

¹³⁴ *Steinvorth*, „Der Muslim ist nicht fortschrittlich“, Der Spiegel, <http://www.spiegel.de/spiegel/spiegelgeschichte/d-78589043.html>, Abruf v. 04.09.2016.

¹³⁵ *Schwarz*, Algerien 1881/2016, S. 51.

¹³⁶ *Steinvorth*, „Der Muslim ist nicht fortschrittlich“, Der Spiegel, <http://www.spiegel.de/spiegel/spiegelgeschichte/d-78589043.html>, Abruf v. 04.09.2016.

¹³⁷ *Steinvorth*, „Der Muslim ist nicht fortschrittlich“, Der Spiegel, <http://www.spiegel.de/spiegel/spiegelgeschichte/d-78589043.html>, Abruf v. 04.09.2016.

¹³⁸ *Giffard/Rivenburgh*, Journalism & Mass Communication Quarterly 77 (2000), 8.

¹³⁹ *Peled*, Brooklyn Journal of International Law 35 (2010), 107 (123).

genießt.¹⁴⁰ So ist es inzwischen erwiesen, dass gerade mögliche Menschenrechtsverletzungen anderer Staaten den Willen eines Staates, mit diesen Staaten Verträge zu schließen, maßgeblich beeinflusst.¹⁴¹ Der Schutz dieser Ehre kann nur durch nationale Strafvorschriften vorgenommen werden – multilaterale Vereinbarungen oder bestehende Instrumente zur Konfliktbewältigung wie der *Internationale Gerichtshof (IGH)* oder regionale Menschenrechtsgerichtshöfe erwiesen sich als kaum geeignet.¹⁴² Folgerichtig haben etliche Nationen weltweit in ihren Strafgesetzbüchern Ehrverletzungen internationaler Akteure unter Strafe gestellt.¹⁴³ Der Schutz ausländischer Rechtsgüter ist für die deutsche Rechtsordnung auch gar nicht so ungewöhnlich:¹⁴⁴ Die §§ 85 Abs. 1 Nr. 2, 86 Abs. 2 und 86a StGB sind geprägt vom Gedanken der Völkerverständigung,¹⁴⁵ die §§ 89a, 89b und 91 sowie 129a Abs. 2 StGB schützen den Bestand und die Sicherheit bzw. die verfassungsrechtlichen Grundlagen eines Staates und damit aller Staaten sowie einer internationalen Organisation.¹⁴⁶

2. Die Aufhebung von § 103 StGB und das Verfahren gegen Böhmermann

Es gibt also gute Argumente gegen eine Aufhebung des § 103 StGB, die jedoch im Chor der Aufhebungsbefürworter eher untergehen. Die Hoffnung ist, dass das Verfahren der Aufhebung eines Gesetzes immerhin zu einer parlamentarischen Debatte führen wird, denn die Aufhebung wird der Änderung gleichgesetzt.¹⁴⁷ Strafgesetze treten also außer Kraft „durch die Schaffung von neuem Recht, das das frühere Recht entweder ausdrücklich aufhebt oder die gleiche

Materie anders regelt“.¹⁴⁸ Den unwahrscheinlichen Fall, dass § 103 StGB noch vor Beendigung des Verfahrens gegen *Böhmermann* – sollte es denn zu einer Hauptverhandlung kommen – ersatzlos gestrichen wird, regelt auf den ersten Blick § 2 Abs. 3 StGB: „Wird das Gesetz, das bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert, so ist das mildeste Gesetz anzuwenden“. Die einhellige Lesart in der Debatte um *Böhmermann* ist, dass das „mildeste Gesetz“ nach der Aufhebung von § 103 StGB also das nicht mehr vorhandene Gesetz ist.¹⁴⁹ *Böhmermann* könnte wegen § 103 StGB also nicht mehr bestraft werden.¹⁵⁰

Im Ergebnis mag diese Interpretation unmittelbar einleuchten. Liest man jedoch § 2 Abs. 3 StGB einmal nicht durch die hermeneutische Brille eines Juristen, wird sehr schnell deutlich, dass dort keine Rede von der Konstellation ist, dass Gesetze gänzlich aufgehoben werden.¹⁵¹ Kein Nicht-Jurist würde auf die Idee kommen, in „so ist das mildeste Gesetz anzuwenden“ hinein zu lesen: „so ist das aufgehobene Gesetz als aufgehoben anzuwenden“. Das aufhebende Gesetz hebt nun einmal den Tatbestand ersatzlos auf und es ist schlechterdings nicht möglich, dass ein Freispruch dasjenige Gesetz *anwendet*, das ein früheres Gesetz aufhebt.¹⁵² Dennoch wird oft vertreten, dass die Aufhebung von Gesetzen mittels Erst-Recht-Schluss oder Analogie § 2 Abs. 3 StGB zuzuordnen sei.¹⁵³ Vorzugswürdig ist eher die Lesart *Schroeders*, der bemerkt, dass § 2 Abs. 3 StGB nicht von einem mildesten Gesetz, sondern von *dem* mildesten Gesetz spricht, womit die „Gesamtheit der bestehenden Vorschriften“ gemeint ist.¹⁵⁴ Folgerichtig wird also mit der Aufhebung eines Tatbestandes „das Gesetz“, sprich die *Gesamtheit* der bestehenden Vorschriften, milder.¹⁵⁵

¹⁴⁰ *Gilboa*, The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science 616 (2008), 55 (56); über die Rolle der Medien *Taylor*, Global Communications, International Affairs and the Media since 1945, 1997, S. 58.

¹⁴¹ Siehe *Nye Jr.*, Soft Power, 2004, S. 36-37, 129-130.

¹⁴² *Peled*, Brooklyn Journal of International Law 35 (2010), 107 (146, 148-149). Siehe Artikel 34(1) IGH-Statut („Nur Staaten sind berechtigt, als Parteien vor dem Gerichtshof aufzutreten“, (<https://www.unric.org/de/voelkerrecht/86?start=2>, Abruf v. 04.09.2016). In die Zuständigkeit der regionalen Menschenrechtsgerichtshöfe fallen hingegen Menschenrechtsverletzungen, siehe Artikel 32 EMRK (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_DEU.pdf, Abruf v. 04.09.2016); Artikel 2 des *Inter-Amerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte*; Artikel 3 Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of the African Court on Human and Peoples' Rights.

¹⁴³ Für einen Überblick über die Normierungen in den Ländern der EU siehe *International Press Institute*, Out of Balance – Defamation Law in the European Union: A Comparative Overview for Journalists, Civil Society and Policymakers, Januar 2015, Annex, Chart E.

¹⁴⁴ Krit. *Wohlens*, in: NK StGB, 1995, 9. Lfg. (28.2.2001), Vor §§ 102-104a Rn 3; *Weber*, in: Festgabe für v. Frank, 1930, S. 269 (276).

¹⁴⁵ *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT, Teilbd. 2, 10. Aufl. 2012, § 82 Rn. 16.

¹⁴⁶ *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT, Teilbd. 2, 10. Aufl. 2012, § 82 Rn. 16.

¹⁴⁷ *Schroeder*, Beiträge zur Gesetzgebungslehre und zur Strafrechtsdogmatik, 2001, S. 56.

¹⁴⁸ *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, S. 138.

¹⁴⁹ *Vormbaum*, Journal der Juristischen Zeitgeschichte 10 (2016), 47 (51). Allgemein so auch von *Heintschel-Heinegg*, in: ders. (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar StGB, 31. Edition, 01.06.2016, § 2 Rn. 7: „Das mildere Gesetz kann auch darin bestehen, dass das alte Gesetz aufgehoben worden ist.“

¹⁵⁰ *Schelzke*, HRRS 17 (2006), 248 (252).

¹⁵¹ So auch *Schroeder*, Beiträge zur Gesetzgebungslehre und zur Strafrechtsdogmatik, 2001, S. 52.

¹⁵² *Schroeder*, Beiträge zur Gesetzgebungslehre und zur Strafrechtsdogmatik, 2001, S. 52.

¹⁵³ *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, S. 140 („Der Grundsatz der Rückwirkung des milderen Gesetzes gilt erst Recht, wenn die Strafbarkeit der Tat später wegfällt (Freispruch!)“; siehe auch *Dannecker*, in: LK-StGB, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 2 Rn. 62: „Die völlige Aufhebung der Strafbarkeit bedeutet stets eine ‚Milderung‘“; *Tiedemann*, in: FS Peters, 1974, S. 193, 207 („Als Aufhebung eines Strafgesetzes ist auch die Ersetzung durch einen neuen Straftatbestand anzusehen.“).

¹⁵⁴ *Schroeder*, Beiträge zur Gesetzgebungslehre und zur Strafrechtsdogmatik, 2001, S. 52, Kursivschrift hinzugefügt.

¹⁵⁵ *Schroeder*, Beiträge zur Gesetzgebungslehre und zur Strafrechtsdogmatik, 2001, S. 52.

IV. Schlussbetrachtungen

Der US-amerikanische Schriftsteller *Ambrose Bierce* sagte einmal: „Der Zyniker ist ein Schuft, der die Dinge sieht, wie sie sind, und nicht so, wie sie sein sollten.“ Demnach fehlt es der Debatte um die *causa Böhmermann* an Zynikern, solchen Kommentatoren also, die sich weder von den möglichen Folgen einer Bestrafung oder Straffreiheit *Böhmermanns* für zukünftige, ähnlich gelagerte Fälle, noch von der Existenz eines Grundrechtes der Meinungsäußerungs- und Kunstfreiheit verleiten lassen, mit dem mainstream *Böhmermann* als Märtyrer oder pubertären Komiker abzustempeln und die Abschaffung von § 103 StGB zu fordern. Es war schon immer so, dass die Staatsschutzdelikte als politische Delikte wahrgenommen werden und die Motive und Persönlichkeit derjenigen, die diese Delikte begehen, „moralisch, idealistisch und altruistisch“ gedeutet werden, „als Kämpfer für eine bessere gerechtere Welt“.¹⁵⁶ Demgegenüber stünden die als „eigensüchtig, ehrlos und korrupt“ handelnden „kriminellen Mächtigen“.¹⁵⁷ Anders gesagt: Der eigensüchtige Despot *Erdogan* versus den altruistischen Mahner *Böhmermann*. Der Fall *Böhmermann* hat inzwischen eine Eigendynamik entwickelt und sich längst losgelöst von der eigentlichen Problematik. Es scheint fast so, als projizierten Viele ihre eigenen Vorstellungen von Kunstfreiheit und Humor auf diesen Fall, und lesen in ihn etwas hinein, was sich nie dort befand. Vielleicht war es das, was *Böhmermann* mit seinem Gedicht wirklich bezwecken wollte: Vielleicht wollte er die Virtualität und Realität verschmelzen und uns selbst parodieren, um uns zu zeigen, dass er als Zyniker der letzte seiner Gattung ist.

¹⁵⁶ *Kaiser*, Kriminologie, 3. Aufl. 1996, § 36 Rn. 54.

¹⁵⁷ *Kaiser*, Kriminologie, 3. Aufl. 1996, § 36 Rn. 54.