Holocaust, Meinungsfreiheit und Sonderrechtsverbot - BVerfG erklärt § 130 III StGB für verfassungsgemäß

Mathias Hong

05.08.2018 doi: 10.17176/20180805-211002-0

1. In zwei Kammerbeschlüssen, einem zum Leugnen und einem zum Verharmlosen des Holocaust, hat das Bundesverfassungsgericht zu grundsätzlichen Fragen der Meinungsfreiheit Stellung genommen.

In dem einen Fall hat es die strafrechtliche Verurteilung einer 89-jährigen notorischen Holocaust-Leugnerin unbeanstandet gelassen.

Wer das Menschheitsverbrechen des Völkermords an den europäischen Juden öffentlich billigt oder leugnet, den bewahrt die Meinungsfreiheit danach grundsätzlich nicht vor Strafe. Mit den (insoweit vorausschauenden) Worten des Historikers Norbert Frei lässt sich diese Entscheidung – vereinfacht – so zusammenfassen: „Den Holocaust zu leugnen ist“ (als solches) „keine Meinung“: „Es ist ein Unrecht, auf das in Deutschland Strafe steht.“

In dem anderen Fall hat die Kammer hingegen eine Verurteilung wegen Verharmlosens des Holocaust (durch eine auf Youtube eingestellte Audiodatei) als Verletzung der Meinungsfreiheit beurteilt und aufgehoben.

Wer den Holocaust lediglich verharmlost, der kann danach dafür nur bestraft werden, wenn sich aus besonderen Umständen ergibt, dass die Äußerung geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, etwa weil die Verharmlosung sich mit einer Billigung oder Leugnung des Holocaust verbindet: „Die Grenze verläuft, wenn man so will, zwischen Gesinnung und Gefahr.“

2. Diese Kernaussagen der beiden Kammerbeschlüsse sind alles andere als selbstverständlich. Wie gesagt: Die Entscheidungen nehmen zu grundsätzlichen Fragen der Meinungsfreiheit Stellung.

Das gilt allerdings weniger für die Botschaft, dass die Holocaust-Leugnung (wohlgemerkt: als solche) nicht von der Meinungsfreiheit geschützt ist. Das ist keine Neuigkeit, sondern entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu (allen) „erwiesen unwahren“ Tatsachenbehauptungen.

Nach wie vor gilt allerdings auch, dass auch solche Tatsachenbehauptungen durchaus trotzdem in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit gelangen können – nämlich in Verbindung mit Werturteilen. Davon geht auch die Kammer hier aus (vgl. Rn. 21, 30-36). Die Bestrafung der Holocaust-Leugnung unterliegt dann den üblichen grundrechtlichen Anforderungen, verstößt also genau dann gegen die Meinungsfreiheit, wenn der Eingriff in den Schutzbereich nicht gerechtfertigt ist, etwa weil er unverhältnismäßig ist (s. die entsprechende Prüfung Rn. 30-36).

Erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen gelangen (erstens) dann in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit, wenn sie so mit Werturteilen verbunden sind, dass sie sich von diesen nicht ohne Sinnverfälschung trennen lassen (Rn. 21) (sog. gemischte Äußerung) – auch wenn dafür, wie die Kammer betont, nicht schon jede beliebige Verknüpfung genügt (vgl. Rn. 28).

Auf dieser Grundlage hat etwa auch eine Kammerentscheidung von 2011 eine strafrechtliche Verurteilung aufgehoben, weil es gegen die Meinungsfreiheit verstößt, schon im Austausch einer holocaustleugnenden Schrift zwischen zwei Personen ein strafbares ‚Verbreiten‘ (§ 130 II Nr. 1a, III, V StGB) zu sehen (vgl. hier, Rn. 18, 22, 24-26).

Die Kammer geht (zweitens) noch von einer weiteren Möglichkeit der schutzbereichseröffnenden Verbindung zwischen erwiesen unwahren Tatsachenbehauptungen und Werturteilen aus. Sie nimmt an, dass die Beschwerdeführerin sich auch „insoweit auf ihre Meinungsfreiheit […] berufen kann“, als sie die Leugnung „auf eigene Schlussfolgerungen und Bewer-

tungen stützt“ (Rn. 30). Erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen unterfallen danach dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit auch dann, wenn sie sich „auf eigene Schlussfolgerungen und Bewertungen“ stützen – was sehr häufig der Fall sein wird.

Und schließlich kann auch die Holocaust-Leugnung womöglich (drittens) als Voraussetzung für Werturteile dem Schutzbereich unterfallen. Die Kammer wiederholt zwar die bekannte Formel, dass erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen (als solche) „nichts“ zur Meinungsbildung beitragen können (Rn. 20), was dem zuwiderzulaufen scheint. Dieses Spannungsverhältnis findet sich jedoch so auch schon in der Senatsentscheidung zur Holocaust-Leugnung, die – was nicht selten übersehen wird – gleichwohl von der Möglichkeit einer Schutzbereichseröffnung ausging (vgl. BVerfGE 90, 241 [247, 250-254], bes. 250: „Aber auch wenn man die Äußerung […] als Voraussetzung für die Meinungsbildung […] ansieht, halten die angegriffenen Entscheidungen einer verfassungsrechtlichen Nachprüfung stand. Die untersagte Äußerung genießt dann zwar den Schutz des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG. Doch ist ihre Einschränkung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.“).

So oder so: ‚Holocaustleugnen ist keine Meinung‘ gibt die Verfassungsrechtslage jedenfalls nur sehr vereinfacht wieder. Das Leugnen ist zwar als solches keine Meinung, kann aber in Verbindung mit Meinungen trotzdem von der Meinungsfreiheit geschützt sein (was nach den beiden Kammerentscheidungen jedenfalls der Fall ist in gemischten Äußerungen und soweit sich das Leugnen auf eigene Schlussfolgerungen und Bewertungen stützt).

3. Es sind aber wie gesagt weniger diese (jedenfalls in ihren Grundzügen altbekannten) Aussagen zum Schutz erwiesen unwahrer Tatsachenbehauptungen, die den beiden Entscheidungen ihre besondere Bedeutung verleihen.

Grundsätzliche Aussagen treffen sie vielmehr vor allem, weil sie annehmen, dass der 1994 eingeführte Straftatbestand der Holocaust-Leugnung (§ 130 III StGB) überhaupt mit der Meinungsfreiheit zu vereinbaren ist – insbesondere mit dem Gebot der Allgemeinheit aus Art. 5 II GG, dem so genannten Sonderrechtsverbot.

Ist § 130 III StGB nicht verfassungswidriges Sonderrecht „gegen rechts“? Diese Frage war bislang heftig umstritten – und durch die Senatsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls noch nicht ausdrücklich entschieden.

Die Senatsentscheidung zur Holocaust-Leugnung von 1994 (BVerfGE 90, 241 [251]) erging noch vor dem Inkrafttreten dieser Vorschrift und betraf eine versammlungsrechtliche Auflage, die sich auf die Gefahr von Verstößen gegen den Beleidigungsparagrafen und die Vorgängerfassung des § 130 StGB stützte. Diese Vorschriften waren nicht annähernd so verdächtig, Sonderrecht nur gegen bestimmte Meinungen zu sein, wie § 130 III StGB, der sich schon seinem Wortlaut nur auf „unter der Herrschaft des Nationalsozialismus“ begangene Völkermordhandlungen bezieht.

Noch in einem Kammerbeschluss von 2011 war dementsprechend auch offen gelassen worden, ob § 130 III StGB insgesamt „den verfassungsrechtlichen Anforderungen […] genügt“ (vgl. hier, Rn. 24).

Die neuen Kammerentscheidungen gehen dagegen nunmehr davon aus, dass § 130 III StGB verfassungsgemäß sei. Auch das wiederum ist nicht selbstverständlich– sind doch die Kammern (als Dreier-Gremien) nur dann zuständig, wenn ein Senat des Bundesverfassungsgericht (als Achter-Gremium) die maßgeblichen Fragen schon entschieden hat.

Woraus leitet die Kammer hier also ihre Zuständigkeit für die Aussagen zu diesen grundsätzlichen Fragen ab? Sie nimmt an, dass alles Grundsätzliche daran schon vom Senat entschieden worden sei – nämlich im *Wunsiedel*-Beschluss von 2009.

Die Kammer meint, schon aus den Maßstäben dieses Beschlusses ergebe sich, dass § 130 III StGB zwar kein allgemeines Gesetz im Sinne von Art. 5 II GG ist (sondern Sonderrecht) – dass die Vorschrift aber trotzdem verfassungsgemäß sei, weil jene Ausnahme vom Sonderrechtsverbot greife, die der *Wunsiedel*-Beschluss (zu Unrecht) kreiert hat (vgl. BVerfGE 124, 300 [327-331]).

Ausdrücklich gesagt wird das alles nur in dem stattgebenden Beschluss zum Verharmlosen, und zwar

in zwei knappen Sätzen (Rn. 21) – während es im Nichtannahmebeschluss zum Leugnen nur implizit vorausgesetzt wird.

4. Was besagt diese Ausnahme vom Sonderrechtsverbot, die die Kammer auch hier für entscheidend hält – und was ist von ihr zu halten?

Die Meinungsfreiheit darf nach dem Grundgesetz nur durch ‚allgemeine Gesetze' im Sinne des Art. 5 II GG beschränkt werden, was jedenfalls voraussetzt, dass diese Gesetze nicht eine Meinung als solche verbieten, sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten (stRspr seit BVerfGE 7, 198 [209 f.] – *Lüth* [1958]; zur Geltung des Sonderrechtsverbotes für „alle meinungsbeschränkenden Gesetze": BVerfGE 124, 300 [326 f.]).

Der *Wunsiedel*-Beschluss bekräftigt und konkretisiert einerseits in konsistenter Weise dieses Sonderrechtsverbot, das bis auf die Weimarer Verfassungsdebatten zurückgeht. Es untersagt danach insbesondere politische Standpunktdiskriminierungen (näher dazu sowie zum u.s.-amerikanischen Pendant der „*viewpoint discrimination*" hier, S. 74 f., 116 f., oder hier, Rn. 145-148; s. ferner etwa Grabenwarter, Art. 5 [2013], Rn. 121-127; Schemmer, Art. 5 Rn. 99.1-99.4; vgl. auch diese Fallbearbeitung von Grupp/Stelkens, unter B.III)2.).

Im damaligen Fall war § 130 IV StGB angegriffen, der (seit 2005) das Billigen, Verherrlichen oder Rechtfertigen (nur) der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft zur Straftat erklärt. Der Beschluss stufte diese Vorschrift zunächst – konsequent – als standpunktdiskriminierendes Sonderrecht ein.

In einer überraschenden Wendung scheute das Bundesverfassungsgericht dann aber vor der Konsequenz zurück, die Norm als verfassungswidrig zu verwerfen. Stattdessen „entdeckte" es – erstmals – eine ungeschriebene Ausnahme vom Sonderrechtsverbot, die (kaum zufällig) dem Tatbestand des angegriffenen § 130 IV StGB verblüffend ähnlich sah.

Mit den üblichen juristischen Methoden lassen sich dafür freilich keine überzeugenden Gründe auffinden. Das Schrifttum lehnt diese „unverständliche Ausnahme" (Pieroth/Schlink und Poscher/Kingreen, zuletzt hier, Rn. 703) deshalb zu Recht weithin ab. Es nimmt sie nicht mehr als das Ergebnis einer *lege artes* vorgehenden Verfassungsauslegung wahr, sondern als ungerechtfertigte Verfassungsfortbildung, der „nach allem Anschein die Wirkung einer Verfassungsänderung" zukommt (vgl. Schemmer, *ibid.*, Rn. 99.3, auch zur fehlenden Tragfähigkeit der in der Entscheidung ansatzweise unternommenen historischen Begründung). Es betrachtet sie als eine verfassungsdogmatische „Singularität", und zwar sowohl „hinsichtlich des Abgehens von der herkömmlichen Dogmatik des Art. 5 GG" als auch hinsichtlich der fehlenden Übertragbarkeit auf andere Bereiche (s. auch Grabenwarter, Art. 5 Rn. 127).

5. Immerhin definiert der *Wunsiedel*-Beschluss diese verfehlte Ausnahme zumindest eng und betont – ein ums andere Mal –, dass sie nicht auf andere Fallgestaltungen übertragbar sei.

Diese (einzige) Ausnahme von dem Gebot der Allgemeinheit, das nach der Entscheidung ansonsten „strikt" gelten soll, soll danach lediglich solche Gesetze erfassen, die auf die Verhinderung der propagandistischen „Gutheißung" („Affirmation") der konkreten historischen Gewalt- und Willkürherrschaft des Nationalsozialismus zielen (vgl. BVerfGE 124, 300 [321, 327-329, 335 f.]). Nur sie sollen ausnahmsweise auch als Sonderrecht mit der Meinungsfreiheit vereinbar sein können.

Ist angesichts dessen aber die Aussage der neuen Kammerentscheidungen plausibel, dass außer § 130 IV StGB auch § 130 III StGB unter diese Ausnahme falle?

Die Vorschrift des § 130 III StGB erfasst das Billigen, Leugnen oder Verharmlosen des Holocaust. Für das Billigen des Holocaust leuchtet es noch ohne weiteres ein, dass es unter die Wunsiedel-Ausnahme passt: Wer den Holocaust billigt, billigt damit stets zugleich auch diese Gewalt- und Willkürherrschaft.

Schon für das Leugnen erscheint das dagegen zumindest begründungsbedürftig. Die Kammer argumentiert (freilich nur indirekt, nämlich bei der Begründung der Indizwirkung der Leugnung für eine Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören) mit dem besonderen Status der nationalsozialistischen Völkermordhandlungen in der deutschen Geschichte: Diese Menschheitsverbrechen zu leugnen, könne „vor dem

Hintergrund der deutschen Geschichte nur so verstanden werden", dass damit „diese Verbrechen durch Bemäntelung legitimiert und gebilligt werden". Das Leugnen wirke „ähnlich wie eine Billigung von Straftaten" (nach § 140 StGB) und komme zudem „der Verherrlichung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft" (nach § 130 IV StGB) gleich (jeweils Rn. 33).

6. Kaum überzeugend erscheint es jedenfalls, dass auch das Verharmlosen des Holocaust noch unter eine Ausnahme fallen soll, die sich ausdrücklich auf das Gutheißen oder die Affirmation der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft beschränkt.

In einem Verharmlosen muss nicht zugleich ein Gutheißen oder eine Affirmation liegen. Im Schrifttum wurde deshalb die Anwendbarkeit der Wunsiedel-Ausnahme auf solche Vorschriften, die schon auf ein Verharmlosen abstellen, insgesamt abgelehnt (vgl. etwa hier, S. 120 f.). Eine Auseinandersetzung mit dieser Frage und eine (sei es auch nur indirekte) Begründung dafür, warum § 130 III StGB gerade auch mit Blick auf das besonders problematische Merkmal des Verharmlosens unter die Ausnahme fallen soll, sucht man in den beiden Kammerentscheidungen jedoch vergeblich.

Das Bundesverfassungsgericht geht der Auseinandersetzung mit dieser Frage aus dem Weg – ebenso wie der eigentlich gebotenen Verwerfung der Verharmlosungsalternative als verfassungswidriges Sonderrecht (die nur der Senat aussprechen könnte, § 93c I 3 BVerfGG). Das Gericht erweist sich, wie auch schon im Wunsiedel-Beschluss selbst, als ein – hier – nicht aktivistisch vorgehendes, sondern ausweichendes, konfliktvermeidendes Gericht – als „*Evasive Court*".

Die Kammer geht einen anderen Weg, der keine Senatsentscheidung und keine Normverwerfung erfordert: Sie knüpft nicht an das Gebot der Allgemeinheit aus Art. 5 II GG an (das jetzt als ein ‚formelles' Erfordernis bezeichnet wird, Rn. 15 f.), sondern an die ‚materiellen' Auswirkungen, die der Sonderrechtsgedanke (dass nicht schon die Meinung als solche unterdrückt werden darf) auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung und auf die daraus folgende Eingriffsschwelle für Eingriffe in die Meinungsfreiheit hat.

Der *Wunsiedel*-Beschluss hatte § 130 IV StGB auch deshalb als verhältnismäßig eingestuft, weil dort gerade „nicht schon eine Verharmlosung des Nationalsozialismus als Ideologie oder eine anstößige Geschichtsinterpretation dieser Zeit unter Strafe" gestellt wurde (vgl. BVerfGE 124, 300 [336]). Unter anderem auf diese Aussagen (die ihrerseits an den Kriegsschuldlüge-Beschluss anknüpfen; vgl. BVerfGE 90, 1 [20 f.], s. auch hier, S. 95 f.) stützt sich die Kammer (Rn. 26), um klarzustellen, dass die Verharmlosung des Holocaust als solche nicht ausreichen kann, um eine Bestrafung zu rechtfertigen.

Die Kammer legt dafür die Eingriffsschwelle der Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens, parallel zur *Wunsiedel*-Entscheidung, grundrechtskonform einengend aus. Dabei hält sie unter anderem fest, das Strafgericht habe dem Beschwerdeführer nicht vorgeworfen, dass durch seine verharmlosenden Äußerungen „Aggressivität geschürt und die Gewaltherrschaft oder Verbrechen des Nationalsozialismus gegen die Menschlichkeit gebilligt oder geleugnet würden" (hier, Rn. 24-30, Zitat: Rn. 29).

Diese Konkretisierung der Eingriffsschwelle deckt sich mit der Rechtfertigung, die die Kammer für die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift gibt: Wenn die *Wunsiedel*-Ausnahme greifen soll, dann darf von der Vorschrift nur ein solches Verharmlosen erfasst sein, das zugleich ein Gutheißen, eine Affirmation der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft beinhaltet.

§ 130 III StGB ist danach einengend so verfassungskonform auszulegen, dass er unter die *Wunsiedel*-Ausnahme vom Sonderrechtsverbot passt.

7. Die Grundrechtsordnungen schützen radikale Meinungsäußerungen unterschiedlich stark. In den Vereinigten Staaten von Amerika hätte es die Meinungsfreiheit ermöglicht, dass Neonazis sogar in Skokie marschieren – einem von vielen Überlebenden des Holocaust bewohnten Ort. Das *First Amendment* gewährleistet „Freiheit auch für Gedanken, die wir hassen" (*freedom for the thought that we hate*).

Die Meinungsfreiheit aus Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention kommt dagegen jedenfalls in der Auslegung des Straßburger Gerichtshofs

(EGMR), nicht zuletzt auch wegen der Existenz des Art. 17, dem Grundsatz: „Keine Freiheit für die Feinde der Freiheit“ näher (vgl. etwa diese Entscheidung von 2010 zu gegen Muslime gerichteten Äußerungen von Jean-Marie Le Pen).

Das Grundgesetz steht zwischen diesen Polen: Zwar sieht es Instrumente der streitbaren Demokratie vor, wie die Grundrechtsverwirkung (Art. 18), das Parteienverbot (Art. 21 II, IV) oder neuerdings auch den Ausschluss von der Parteienfinanzierung (Art. 21 III, IV). Aber diese Regelungen sind richtigerweise als abschließend zu verstehen, so dass die Meinungsfreiheit ansonsten auch für extremistische Standpunkte gilt.

Die beiden Kammerentscheidungen reproduzieren zwar den Irrtum des *Wunsiedel*-Beschlusses, der davon eine weitere, singuläre Ausnahme für die Reichweite des Art. 5 II GG anerkannt hat, und sehen von dieser Ausnahme in teils fragwürdiger Weise auch § 130 III StGB miterfasst.

Immerhin vergrößern sie den Schaden für die Meinungsfreiheit jedoch nicht noch darüber hinaus, indem sie ansonsten – insbesondere durch eine verfassungskonforme Auslegung der Verharmlosungsalternative der Vorschrift – jenen Grundsatz bekräftigen, den der *Wunsiedel*-Beschluss zu Recht festgehalten hat: „Das Grundgesetz gewährt Meinungsfreiheit im Vertrauen auf die Kraft der freien öffentlichen Auseinandersetzung [...] grundsätzlich auch den Feinden der Freiheit“ (BVerfGE 124, 300 [330]).

AUTOR*IN

Mathias Hong
Prof. Dr. Mathias Hong ist Professor für Öffentliches Recht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung Kehl.

EMPFOHLENE ZITATION

Hong, Mathias: Holocaust, Meinungsfreiheit und Sonderrechtsverbot – BVerfG erklärt § 130 III StGB für verfassungsgemäß, Verfassungsblog, 05.08.2018, doi: 10.17176/20180805-211002-0.

Lizensiert unter CC BY-SA 4.0.

Langzeitarchiviert bei IntRechtDok unter: doi.org/10.17176/20180805-211002-0.