

## Entscheidungsbesprechung

### Volksverhetzung und Meinungsfreiheit

**1. Erwiesen oder bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen wie die „Auschwitzlüge“ fallen nicht in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG. Soweit man jedoch die Leugnung des Holocausts auf eigene Schlussfolgerungen und Bewertungen stützt, kann man sich auf Art. 5 Abs. 1 GG berufen.**

**2. Im Rahmen des Erfordernisses der Allgemeinheit des Gesetzes nach Art. 5 Abs. 2 GG ist die Ausnahme vom Sonderrechtsverbot aus dem Wunsiedel-Beschluss (zu § 130 Abs. 4 StGB) auf § 130 Abs. 3 StGB übertragbar.**

**3. Der Begriff des öffentlichen Friedens in § 130 Abs. 3 StGB muss eng ausgelegt werden, nämlich als Gewährleistung von Friedlichkeit. Rein geistig bleibende Wirkungen der Meinungsäußerung, wie etwa eine „Vergiftung des geistigen Klimas“, werden somit nicht als Störung des öffentlichen Friedens erfasst.**

**4. Bei § 130 Abs. 3 StGB indizieren die Tatbestandsmerkmale der Billigung und der Leugnung, anders als das Tatbestandsmerkmal des Verharmlosens, eine tatbestandsmäßige Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens.**

(Leitsätze der *Verf.*)

GG Art. 5 Abs. 1  
StGB § 130 Abs. 3

*BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 2083/15, 1 BvR 673/18*<sup>1</sup>

#### I. Einleitung

Bereits 1994 entschied das BVerfG über die Vereinbarkeit einer Bestrafung der Holocaustleugnung mit der Meinungsfreiheit.<sup>2</sup> Mit der Einführung des neuen § 130 Abs. 3 StGB ergaben sich jedoch neue Fragestellungen diesbezüglich. Am 22.6.2018 folgten zwei Kammerbeschlüsse, die sich mit den unterschiedlichen Tatvarianten des § 130 Abs. 3 StGB und deren Verhältnis zur Meinungsfreiheit beschäftigen.

#### II. Sachverhalt der Entscheidung BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 2083/15 („Netzradio Germania“)

2012 verbreitete S (Beschwerdeführer) auf YouTube eine von einem Dritten aufgenommene Audiodatei, in der u.a. die Zahl der Holocaustopfer als völlig überzogen dargestellt wurde. S wurde vom Amtsgericht 2014 wegen Volksverhetzung gem. § 130 Abs. 3 und 5 StGB verurteilt.<sup>3</sup> Das LG Paderborn verwarf die Berufung des Beschwerdeführers mit der Maßgabe,

<sup>1</sup> Die Entscheidungen sind abrufbar unter [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/06/rk20180622\\_1bvr208315.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/06/rk20180622_1bvr208315.html), [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/06/rk20180622\\_1bvr067318.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/06/rk20180622_1bvr067318.html) (31.1.2019).

<sup>2</sup> BVerfGE 90, 241 ff.

<sup>3</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 2083/15, Rn. 3.

dass er statt zu 70 zu 100 Tagessätzen à 30 € verurteilt wurde; seine dagegen gerichtete Revision verwarf das OLG Hamm 2015 als unbegründet.<sup>4</sup> S erhob Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung von Art. 5 Abs. 1 GG, mit der er vor dem BVerfG Erfolg hatte.

#### III. Sachverhalt der Entscheidung BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 673/18 („Haverbeck“)

Ursula Haverbeck (H), mehrfach einschlägig verurteilte Holocaustleugnerin, verfasste 2014 und 2015 verschiedene Artikel in der „Stimme des Reiches“, in denen sie u.a. die Vergasungen in Auschwitz als Lüge darstellte, da es sich lediglich um ein Arbeitslager gehandelt habe. 2016 verurteilte das AG Verden (Aller) die H wegen Volksverhetzung gem. § 130 Abs. 3 StGB in sieben Fällen und versuchter Volksverhetzung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zweieinhalb Jahren.<sup>5</sup> 2017 senkte das LG Verden die Strafe auf zwei Jahre ohne Bewährung und verwarf die Berufung der H im Übrigen; 2018 verwarf das OLG Celle ihre Revision.<sup>6</sup> H erhob Verfassungsbeschwerde u.a. wegen einer Verletzung von Art. 5 Abs. 1 GG. Die Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen; gleichwohl stellte das BVerfG dar, warum sie aus seiner Sicht unbegründet ist. H musste ihre Freiheitsstrafe antreten.

#### IV. Analyse der Entscheidungen

##### 1. Schutzbereich der Meinungsfreiheit

Fraglich ist zunächst, ob bzw. inwieweit die Leugnung bzw. Verharmlosung des Holocausts in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG fällt. Von Art. 5 Abs. 1 GG werden in erster Linie Meinungen geschützt.<sup>7</sup> Darunter versteht man Werturteile, d.h. „Äußerungen, die durch das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägt sind“<sup>8</sup>. Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese wahr oder unwahr, begründet oder grundlos, emotional oder rational, wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos sind bzw. dafür gehalten werden.<sup>9</sup> Sogar verfassungsfeindliche Äußerungen sind grundsätzlich von der Meinungsfreiheit geschützt.<sup>10</sup>

Auch Tatsachenbehauptungen unterfallen dem Schutz von Art. 5 Abs. 1 GG, soweit sie Voraussetzungen für die Meinungsbildung sind.<sup>11</sup> Hingegen ist die „unrichtige Information

<sup>4</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 2083/15, Rn. 4 f., 7.

<sup>5</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 673/18, Rn. 13.

<sup>6</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 673/18, Rn. 14 f.

<sup>7</sup> BVerfGE 90, 241 (247); *Manssen*, Staatsrecht II. Grundrechte, 15. Aufl. 2018, Rn. 358.

<sup>8</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 673/18, Rn. 19; BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 2083/15 Rn. 13; BVerfGE 7, 198 (210); 61, 1 (8); 90, 241 (247); *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 34. Aufl. 2018, Rn. 650.

<sup>9</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 673/18, Rn. 19; BVerfGE 33, 1 (14 f.); 61, 1 (7); 90, 241 (247); 124, 300 (320).

<sup>10</sup> BVerfGE 124, 300 (329); *Michael*, ZJS 2010, 155 (156).

<sup>11</sup> BVerfGE 61, 1 (8); 90, 241 (247); *Muckel*, JA 2018, 877 (878).

kein schützenswertes Gut“, weshalb erwiesen oder bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen nicht von der Meinungsfreiheit geschützt werden.<sup>12</sup> Man kann Meinungsäußerungen insoweit von Tatsachenbehauptungen abgrenzen, als letztere entweder wahr oder falsch sein können, erstgenannte hingegen aufgrund ihrer Subjektivität weder wahr noch falsch sind.<sup>13</sup> Im Zweifel soll bei Abgrenzungsschwierigkeiten eine Vermutung für die Freiheit der Rede gelten, zumindest wenn es um die Öffentlichkeit wesentlich berührende Themen geht.<sup>14</sup>

Im „Netzradio-Germania-Beschluss“ unterfallen die Äußerungen des Dritten, die dem Beschwerdeführer S zugerechnet werden können, als „mit diffusen Tatsachenbehauptungen vermischte Werturteile“ dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit.<sup>15</sup>

Im Haverbeck-Beschluss wird zunächst klargestellt, dass der Großteil der Äußerungen der H nicht vom Schutzbereich erfasst wird.<sup>16</sup> Die Behauptung, in Auschwitz habe es keine Massenvergasungen gegeben bzw. der Holocaust habe nicht stattgefunden, ist u.a. durch die Geschichtswissenschaft und Feststellungen der Gerichte nach dem Krieg eindeutig widerlegt.<sup>17</sup> Daher handelt es sich – im Gegensatz zur Leugnung einer deutschen Schuld am Zweiten Weltkrieg<sup>18</sup> – um eine im Fall der H bewusst unwahre (so das BVerfG) bzw. zumindest um eine erwiesene unwahre Tatsachenbehauptung, die dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit im Gegensatz zu anderen Tatsachenbehauptungen auch dann nicht unterfällt, wenn daran Meinungsäußerungen geknüpft werden.<sup>19</sup> In früheren Entscheidungen des BVerfG konnten erwiesene unwahre Tatsachenbehauptungen jedoch in den Schutzbereich gelangen, wenn sie mit Werturteilen untrennbar verbunden sind, wenn also eine Trennung der beiden Bestandteile nicht ohne Verfälschung des Sinnes der Äußerung vorgenommen werden kann.<sup>20</sup> Bei der Holocaustleugnung wird wohl „zumeist eine Wertung – etwa über den Umgang Deutschlands mit der historischen Wahrheit – mitschwingen“<sup>21</sup>. Im Haverbeck-Beschluss wird nun gewissermaßen als neue Kategorie eingeführt, dass die Holocaustleugnung nur in den Schutzbereich gelangen kann, soweit man sie „auf eigene Schlussfolgerungen und Bewertungen stützt“<sup>22</sup>. Es handelt sich somit gewis-

sermaßen um eine (dogmatisch fragwürdige) Umkehrung des Grundsatzes, dass Tatsachen Grundlagen der Meinungsbildung sein können: Hier wird die Meinung zur Grundlage der (erwiesenen unwahren) Tatsachenbehauptung. Damit wird die Ausschwitzlüge wohl regelmäßig in den Schutzbereich fallen – für die Grundthese, dass erwiesene unwahre Tatsachenbehauptungen keinen Schutz genießen, verbleibt somit nur ein geringer bis kein Anwendungsbereich.<sup>23</sup>

## 2. Eingriff

Der Eingriff liegt bei beiden Fällen in der strafrechtlichen Verurteilung.<sup>24</sup>

## 3. Rechtfertigung

### a) Verfassungsmäßigkeit von § 130 Abs. 3 StGB

Gem. Art. 5 Abs. 2 GG findet die Meinungsfreiheit ihre Schranke in den allgemeinen Gesetzen. Es handelt sich um einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt.<sup>25</sup> Alle die Meinungsfreiheit beschränkenden Gesetze, also auch solche zum Ehren- oder Jugendschutz, müssen allgemeine Gesetze sein.<sup>26</sup> Als allgemeines Gesetz wird nach der Sonderrechtslehre ein solches bezeichnet, das sich nicht gegen das Haben oder Äußern einer Meinung als solches oder gegen eine bestimmte Meinung richtet.<sup>27</sup> Darin enthalten ist somit ein Verbot der Standpunktdiskriminierung.<sup>28</sup> § 130 Abs. 3 StGB richtet sich gegen die Billigung, Leugnung oder Verharmlosung einer unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangenen Handlung der in § 6 Abs. 1 VStGB bezeichneten Art und damit gegen eine ganz bestimmte, nämlich eine nationalsozialistische Meinung. Damit ist § 130 Abs. 3 StGB *kein* allgemeines Gesetz im Sinne der Sonderrechtslehre, was das BVerfG auch in beiden Beschlüssen feststellt bzw. implizit voraussetzt.<sup>29</sup>

Im historischen, 2009 ergangenen Wunsiedel-Beschluss<sup>30</sup> erkannte das BVerfG jedoch eine Ausnahme vom Sonderrechtsverbot in Bezug auf § 130 Abs. 4 StGB an. Aufgrund des „sich allgemeinen Kategorien entziehenden Unrechts“ und „der als Gegenentwurf hierzu verstandenen Entstehung der Bundesrepublik Deutschland“ sei Art. 5 GG eine Ausnahme vom Sonderrechtsverbot in Bezug auf die Verherrlich-

<sup>12</sup> BVerfGE 7, 198 (212); 54, 208 (219); 61, 1 (7 f.); 85, 1 (15).

<sup>13</sup> *Kingreen/Poscher* (Fn. 8), Rn. 652.

<sup>14</sup> BVerfGE 54, 208 (219).

<sup>15</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 2083/15, Rn. 20.

<sup>16</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 673/18, Rn. 27.

<sup>17</sup> BVerfGE 90, 241 (249).

<sup>18</sup> BVerfGE 90, 241 (248); vgl. BVerfGE 90, 1 (14 f.).

<sup>19</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 673/18, Rn. 28.

<sup>20</sup> BVerfGE 90, 241 (248); BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 461/08, Rn. 22; *Hong*, Verfassungsblog, 5.8.2018, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/holocaust-meinungsfreiheit-und-sonderrechtsverbot-bverfg-erklart-§-130-iii-stgb-fuer-verfassungsgemaess/> (27.1.2019).

<sup>21</sup> *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, 84. Aufl. 2018, Art. 5 Abs. 1 Rn. 69; vgl. *Beisel*, NJW 1995, 997 (1000); *Huster*, NJW 1996, 487 (487).

<sup>22</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 673/18, Rn. 30; vgl. *Huster*, NJW 1996, 487 (487).

<sup>23</sup> Vgl. *Huster*, NJW 1996, 487 (490 f.).

<sup>24</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 2083/15, Rn. 21; BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 673/18, Rn. 30.

<sup>25</sup> *Lepsius*, Jura 2010, 527 (529); vgl. *Kingreen/Poscher* (Fn. 7), Rn. 307.

<sup>26</sup> *Hong*, DVBl. 2010, 1267 (1270); *Kingreen/Poscher* (Fn. 7), Rn. 688; *Manssen* (Fn. 6), Rn. 401; a.A. *Lepsius*, Jura 2010, 527 (529 f.).

<sup>27</sup> *Kingreen/Poscher* (Fn. 7), Rn. 689 ff.

<sup>28</sup> *Hong*, ZaöRV 2010, 73 (115).

<sup>29</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 2083/15, Rn. 21; BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 673/18, Rn. 22 ff.; *Hörnle*, JZ 2010, 310 (311); *Huster*, NJW 1996, 487 (489); a.A. *Ladeur*, K&R 2018, 623 (624).

<sup>30</sup> BVerfGE 124, 300 ff.

chung des Nationalsozialismus „immanent“.<sup>31</sup> Es handelt sich methodisch gesehen wohl um eine Art teleologische Reduktion.<sup>32</sup> Jedoch kennt das GG laut dem BVerfG kein allgemeines antinationalsozialistisches Prinzip.<sup>33</sup>

Auf diesen Beschluss folgte scharfe Kritik seitens der Literatur. Die Ausnahme vom Sonderrechtsverbot wurde u.a. als „methodisch [...] sehr zweifelhaft“<sup>34</sup>, „unverständliche Ausnahme“<sup>35</sup>, „dogmatischer Klimmzug“<sup>36</sup> und „erratischer Block“<sup>37</sup> bezeichnet. Einem Autor schien es gar, „als hätte sich das Gericht durch selbst errichtete Mauern einen Fluchtweg geschlagen, um ein außergewöhnliches Ergebnis möglichst außergewöhnlich zu begründen“<sup>38</sup>.

Die Meinungsfreiheit kann auch durch kollidierendes Verfassungsrecht beschränkt werden.<sup>39</sup> Daher wurde z.T. ein dogmatisch konsistenterer Begründungsweg darin gesehen, die Meinungsfreiheit hier durch die Menschenwürde der Opfer und deren Angehörigen zu beschränken.<sup>40</sup> Diesen Aspekt lässt das BVerfG im Wunsiedel-Beschluss bewusst dahinstehen.<sup>41</sup> Es würde jedoch die objektivrechtlichen Dimensionen der Meinungsfreiheit überdehnen, würde man die Menschenwürde der Opfer hier als Schranke gebrauchen.<sup>42</sup> Es ließe sich ferner die freiheitlich-demokratische Grundordnung im Sinne des Art. 18 GG als Verfassungsgut heranziehen.<sup>43</sup> Jedoch darf auch kollidierendes Verfassungsrecht nur in standpunktneutraler Weise konkretisiert werden.<sup>44</sup> Daher würde dieser Begründungsweg in der Causa Wunsiedel ebenso wenig wie im Falle des § 130 Abs. 3 StGB tragfähig sein. Auch ein ungeschriebener Ausschluss vom Schutzbereich für nationalsozialistische Meinungen wäre wohl wenig überzeugend.<sup>45</sup>

Der Wunsiedel-Beschluss ist zwar vielleicht aus politischer und moralischer Perspektive zu begrüßen. Dogmatisch ist die Ausnahme vom Sonderrechtsverbot mindestens sehr schwer, wenn nicht gänzlich unverständlich. Das BVerfG stand vor einer schwer lösbaren Aufgabe: Es sah sich zerrissen zwischen einerseits der historischen Verantwortung

Deutschlands, nationalsozialistische Meinungen zu bekämpfen, und andererseits dem Bestreben, durch eine möglichst inhaltsneutrale Gewährleistung der Meinungsfreiheit eine wirksame Antwort auf den Totalitarismus zu geben.<sup>46</sup> Es handelt sich hier um ein rechtspolitisches Problem, das dem Gericht und allen anderen die Grenzen der Dogmatik aufzeigte.<sup>47</sup>

Laut den beiden Beschlüssen ist die Ausnahme des Wunsiedel-Beschlusses von § 130 Abs. 4 StGB auf § 130 Abs. 3 StGB übertragbar, da es sich auch hier um eine Vorschrift handele, die auf eine „Verhinderung einer propagandistischen Affirmation“<sup>48</sup> der nationalsozialistischen Schreckensherrschaft abziele.<sup>49</sup> Kritisiert wird diese Übertragung in der Literatur, da das BVerfG im Wunsiedel-Beschluss wiederholt klarstellt, dass es sich aufgrund der „Einzigartigkeit“ der nationalsozialistischen Verbrechen um eine enge Ausnahme ohne Übertragbarkeit auf andere Situationen handelt.<sup>50</sup> Dagegen könnte man vorbringen, dass es sich auch hier um eine die Meinungsfreiheit in Bezug auf nationalsozialistische Äußerungen beschränkende Norm (sogar innerhalb desselben Straftatbestandes) und damit um eine durchaus sehr ähnliche Situation handelt. Allerdings ist es wahr, dass es einen deutlichen Unterschied hinsichtlich der Tathandlungen der beiden Absätze („billigen, verherrlichen oder rechtfertigen“ bei § 130 Abs. 4 StGB bzw. „billigen, leugnen oder verharmlosen“ bei § 130 Abs. 3 StGB) gibt. Verharmlosung beinhaltet, dass man Anknüpfungstatsachen für die Tatsächlichkeit der NS-Gewalttaten herunterspielt, beschönigt oder in ihrem wahren Gewicht verschleiert.<sup>51</sup> Nicht erforderlich ist dabei ein Bestreiten des Völkermordes als historisches Gesamtgeschehen. Ausreichend sind auch ein „Herunterrechnen der Opferzahlen“ und sonstige Formen des Relativierens oder Bagatellisierens seines Unrechtsgehaltes.<sup>52</sup> Ein Verharmlosen muss nicht zwangsläufig zugleich ein Billigen, Verherrlichen oder Rechtfertigen beinhalten; man könnte beispielsweise die historische Singularität des Holocausts im Vergleich zu anderen Genoziden bzw. Massenmorden (z.B. in Ruanda 1994 oder Kambodscha 1975–1979) in Frage stellen und ihn somit verharmlosen, ohne ihn dadurch billigen oder verherrlichen

<sup>31</sup> BVerfGE 124, 300 (327 f.).

<sup>32</sup> Vgl. Hong, DVBl. 2010, 1267 (1271).

<sup>33</sup> BVerfGE 124, 300 (330); BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 673/18, Rn. 24; BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 2083/15 Rn. 17; a.A. OVG Münster, Beschl. v. 23.3.2001 – 5 B 395/01 = NJW 2001, 2111 (2111); ebenfalls a.A. *Leitmeier*, NJW 2016, 2553 (2555).

<sup>34</sup> *Manssen* (Fn. 7), Rn. 405.

<sup>35</sup> *Kingreen/Poscher* (Fn. 8), Rn. 703.

<sup>36</sup> *Beyerbach*, JA 2015, 881 (885).

<sup>37</sup> *Hong*, ZaöRV 2010, 73 (118); *Hong*, DVBl. 2010, 1267 (1271).

<sup>38</sup> *Michael*, ZJS 2010, 155 (164).

<sup>39</sup> BVerfGE 66, 116 (135); 111, 147 (156).

<sup>40</sup> *Manssen* (Fn. 7), Rn. 405.

<sup>41</sup> BVerfGE 124, 300 (334, 343, 346); *Michael*, ZJS 2010, 155 (159).

<sup>42</sup> *Michael*, ZJS 2010, 155 (160).

<sup>43</sup> *Michael*, ZJS 2010, 155 (163).

<sup>44</sup> *Hong*, DVBl. 2010, 1267 (1270).

<sup>45</sup> Vgl. *Hong*, DVBl. 2010, 1267 (1271).

<sup>46</sup> *Michael*, ZJS 2010, 155 (158).

<sup>47</sup> *Lepsius*, Jura 2010, 527 (532).

<sup>48</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 2083/15 Rn. 21.

<sup>49</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 2083/15, Rn. 21; 1 BvR 673/18, Rn. 23 f.

<sup>50</sup> *Hong*, Verfassungsblog, 5.8.2018, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/holocaust-meinungsfreiheit-und-sonderrechtsverbot-bverfg-erklart-§-130-iii-stgb-fuer-verfassungsgemaess/> (27.1.2019); *Hong*, ZaöRV 2010, 73 (118); vgl. BVerfGE 124, 300 (328, 329, 330, 331).

<sup>51</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 2083/15, Rn. 5; BGHSt 46, 36 (40); *Schäfer*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 130 Rn. 82.

<sup>52</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 2083/15, Rn. 5.

zu wollen.<sup>53</sup> Dieser Unterschied könnte u.U. eine andere Behandlung rechtfertigen – er erfordert zumindest eine ausführlichere Begründung der Ausnahme vom Sonderrechtsverbot. In den beiden Beschlüssen wurde lediglich die Ausnahme aufgrund der Wunsiedel-„doctrine“ festgestellt, eine nähere Auseinandersetzung fehlt. Das BVerfG zeigt sich hier, ebenso wie im Wunsiedel-Beschluss, als konfliktscheues, ausweichendes Gericht, als „evasive court“.<sup>54</sup>

Im Schrifttum wird in diesem Zusammenhang auch die Entscheidungskompetenz der Kammer problematisiert.<sup>55</sup> Diese kann gem. § 93c Abs. 1 S. 1 BVerfGG nur dann einer „offensichtlich begründeten“ Verfassungsbeschwerde stattgeben, wenn alle maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen bereits durch das BVerfG hinreichend geklärt sind. Geht man wie die 3. Kammer des *Ersten Senats* des BVerfG von der Übertragbarkeit der Wunsiedel-„doctrine“ aus, so ist diese Klärung gegeben.<sup>56</sup> Es besteht jedoch durchaus Grund, dies anzuzweifeln (siehe oben). Dafür spricht auch, dass die in manchen Entscheidungen des BVerfG vertretene Ansicht, erwiesene unwahre Tatsachenbehauptungen könnten bei untrennbarer Vermischung mit Meinungsäußerungen in den Schutzbereich gelangen (siehe oben), im Haverbeck-Beschluss gar nicht erst erwähnt wurde.

Aus all dem folgt, dass der Wunsiedel-Beschluss und damit auch die Ausführungen zur Verfassungsmäßigkeit des § 130 Abs. 3 StGB in den neuen Beschlüssen dogmatisch nicht zu überzeugen vermögen. Selbst wenn man diese Rechtsprechungslinie halten möchte, ist doch mehr als fraglich, ob man die vom BVerfG entwickelten Grundsätze zu § 130 Abs. 4 StGB ohne Weiteres auf § 130 Abs. 3 StGB übertragen kann. Die Verfassungsmäßigkeit des § 130 Abs. 3 StGB ist damit alles andere als selbstverständlich und hätte wohl besser durch eine Senatsentscheidung diskutiert werden sollen. Auch die Ansicht, das Gericht hätte die verfassungsrechtsdogmatisch wenig überzeugende Begründung aus dem Wunsiedel-Beschluss korrigieren und durch eine Beschränkbarkeit durch die verfassungsimmanente Schranken wie etwa die Menschenwürde der Opfer und deren Angehöriger ersetzen können bzw. müssen,<sup>57</sup> ist aus den oben genannten Gründen abzulehnen.

<sup>53</sup> Hong, ZaöRV 2010, 73 (121); Hong, DVBl 2010, 1267 (1275); vgl. König/Seitz, NSTz 1995, 1 (3); Rackow, ZIS 2010, 366 (369 f.).

<sup>54</sup> Hong, Verfassungsblog, 5.8.2018, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/holocaust-meinungsfreiheit-und-sonderrechtsverbot-bverfg-erklart-§-130-iii-stgb-fuer-verfassungsgemaess/> (27.1.2019).

<sup>55</sup> Hong, Verfassungsblog, 5.8.2018, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/holocaust-meinungsfreiheit-und-sonderrechtsverbot-bverfg-erklart-§-130-iii-stgb-fuer-verfassungsgemaess/> (27.1.2019).

<sup>56</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 673/18, Rn. 18.

<sup>57</sup> Muckel, JA 2018, 877 (878); vgl. Manssen (Fn. 7), Rn. 405.

#### b) Verhältnismäßigkeit

Die Anwendung des beschränkenden Gesetzes im konkreten Fall muss verhältnismäßig sein.<sup>58</sup> Dabei ist insbesondere die Wechselwirkungslehre zu berücksichtigen, nach der auch die beschränkenden Gesetze im Lichte des Grundrechts, hier Art. 5 Abs. 1 GG, ausgelegt werden müssen.<sup>59</sup>

Bereits das Rechtsgut, das den legitimen Zweck bilden soll, muss dementsprechend definiert werden.<sup>60</sup> Hier ist dieses der öffentliche Frieden.<sup>61</sup> Diesem ist wegen des Charakters der Meinungsfreiheit als Geistesfreiheit ein eingegrenztes Verständnis zugrunde zu legen; öffentlicher Frieden ist somit im Sinne einer Gewährleistung von Friedlichkeit zu verstehen.<sup>62</sup> Der Schutz der Gesellschaft vor einer Vergiftung des geistigen Klimas, einer Kränkung ihres Rechtsbewusstseins oder einer offensichtlich falschen Interpretation der Geschichte reichen nach Ansicht des BVerfG nicht aus.<sup>63</sup> Es gibt somit keinen Schutz allein von „Tabus und moralischen Anschauungen“<sup>64</sup>. Damit stellt sich das BVerfG gegen Ausführungen in den Gesetzesmaterialien, das BVerwG, den BGH und einen Teil der Literatur.<sup>65</sup> Diese restriktive Auslegung wurde bereits im Wunsiedel-Beschluss zugrunde gelegt und klingt auch schon in dem im Jahr 2004 ergangenen Beschluss zur Bochumer Synagoge an.<sup>66</sup> Die Meinungsfreiheit darf demnach nur beschränkt werden, wenn es konkrete Effekte in der tatsächlichen Welt, außerhalb der rein geistigen Sphäre gibt. Es geht somit um Außenwirkungen von Meinungsäußerungen, die sich z.B. in Apellen zum Rechtsbruch, aggressiven Emotionalisierungen oder dem unmittelbaren Einschüchtern von Dritten durch Herabsetzen von Hemmschwellen äußern können.<sup>67</sup> Dies lässt eine Parallele zu dem möglichen Verbot von „fighting words“ im US-amerikanischen Recht erkennen, da auch diese aufgrund ihrer potenziellen gefährlichen Wirkungen in der Außenwelt gesetzlich verboten werden können.<sup>68</sup> Ein weiterer oft bemühter Vergleich ist

<sup>58</sup> Manssen (Fn. 7), Rn. 213 f.

<sup>59</sup> BVerfGE 7, 198 (208 f.); 85, 1 (16); Manssen (Fn. 7), Rn. 127.

<sup>60</sup> Hong, ZaöRV 2010, S. 121 f.

<sup>61</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 2083/15, Rn. 23.

<sup>62</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 2083/15, Rn. 25 f.; BVerfGE 124, 300 (334 f.).

<sup>63</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 2083/15, Rn. 26; BVerfGE 124, 300 (333).

<sup>64</sup> Hörnle, JZ 2010, 310 (312).

<sup>65</sup> Hörnle, JZ 2010, 310 (312); vgl. BVerwGE 131, 216 (220); BT-Drs. 12/8588, S. 8; BGHSt 46, 36 (40); 46, 212 (218); 47, 278 (280); Schäfer (Fn. 50), § 130 Rn. 5; Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 130 Rn. 1a; krit. Beisel, NJW 1995, 997 (1000); krit. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetzen, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 130 Rn. 2.

<sup>66</sup> BVerfGE 124, 300 (333); 111, 147 (159); vgl. BVerfGE 25, 44 (58); Hong, DVBl. 2010, 1267 (1272).

<sup>67</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 2083/15, Rn. 27; BVerfGE 124, 300 (333).

<sup>68</sup> Vgl. Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (572).

der zu § 140 StGB.<sup>69</sup> Die im Einzelfall wohl sehr schmale Grenze verläuft somit „zwischen Gesinnung und Gefahr“.<sup>70</sup> Dieser Auslegung ist beizupflichten. Das Strafrecht als ultima ratio muss den Schutz konkreter Rechtsgüter zum Ziel haben; der Schutz von Befindlichkeiten reicht nicht aus.

Fraglich ist, wann eine Störung des öffentlichen Friedens indiziert wird. Dafür ist es wichtig, die verschiedenen Tathandlungen des § 130 Abs. 3 StGB zu unterscheiden. Bei der Billigung ergibt sich die Indizierung der Störung schon aus dem Vergleich mit § 130 Abs. 4 StGB bzw. aus dem Wunsiedel-Beschluss.<sup>71</sup> Das BVerfG sieht in der Leugnung eine Legitimierung und Billigung „durch Bemäntelung“, was eine Gleichbehandlung mit dieser Tatbestandsvariante rechtfertigt.<sup>72</sup> Die Leugnung als versteckte Billigung trage „unmittelbar die Gefahr in sich, die politische Auseinandersetzung ins Feindselige und Unfriedliche umkippen zu lassen“<sup>73</sup>, da sie offen oder unterschwellig zu Antisemitismus anleite.

Im Falle der Verharmlosung muss eine Störung des Friedens eigens festgestellt werden.<sup>74</sup> Die Instanzgerichte brachten im Fall des S keine konkreten Anhaltspunkte für eine Gefährdung des öffentlichen Friedens vor, weshalb die Meinungsfreiheit im konkreten Fall nicht ausreichend beachtet wurde und die Verfassungsbeschwerde des S Erfolg hatte.<sup>75</sup>

## V. Bewertung

Bei der Frage, wie man mit der Äußerung und Manifestierung von verfassungsfeindlichem, insbesondere nationalsozialistischem Gedankengut, umgehen sollte, handelt es sich um einen „hard case“, um eine „nie völlig befriedigend zu beantwortende Grundsatzfrage“<sup>76</sup>. Es ist eine Gratwanderung für die Gerichte zwischen der Gewährleistung der Freiheitsrechte und dem Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Eine Vergiftung des geistigen Klimas, eine Verrohung der Debattenkultur und Geschichtsrevisionismus sind ernst zu nehmende Bedrohungen für die Allgemeinheit; Opferschutz und deutsche Verantwortung sind sehr wichtige Anliegen. Andererseits muss die für den Rechtsstaat „schlechthin konstituierende“<sup>77</sup> Meinungsfreiheit geschützt werden. Die beiden vorliegenden Fälle hätten genutzt werden können, um den Lösungsansatz aus dem Wunsiedel-Beschluss zu reflektieren und sich insbesondere auch mit der heftigen Kritik der Literatur an selbigem auseinanderzusetzen. Auch wenn vielleicht das Ergebnis nicht verändert worden wäre, hätte das BVerfG doch bei dieser schwierigen, geradezu

dilemmatischen Problemstellung ein wenig mehr Selbstreflexion und -kritik üben können. Im Wunsiedel-Beschluss erfolgte durch den offen dargestellten Bruch mit der bisherigen Dogmatik eine ehrliche Auseinandersetzung mit dem Problem, wie mit nationalsozialistischer Propaganda im 21. Jahrhundert in Deutschland rechtlich umgegangen werden soll. Das Gericht versuchte gar nicht erst zu verhehlen, dass es vor einer schier unlösbaren Aufgabe stand, weil es sich um einen dilemmatischen Fall mit einer erheblichen (gesellschafts-)politischen und moralischen Tragweite handelte. Es ist schade, dass ein so direkter und offener Umgang mit diesem Problem hier unterblieben ist.

Schließlich bleibt nur noch zu sagen, dass die Bekämpfung nationalsozialistischen Gedankenguts eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe bleibt, die vor allem politische Bildung erfordert. Nicht nur die Gerichte, auch wir als Bürger/-innen müssen uns fragen, wie mit der Verharmlosung und der Leugnung des Holocausts umgegangen werden soll: „Weder am Brandenburger Tor noch in Wunsiedel erspart das Grundgesetz die politische Auseinandersetzung mit dem Rechtsextremismus“<sup>78</sup>.

*Stud. iur. Clara Labus, Frankfurt am Main*

<sup>69</sup> BVerfGE 124, 300 (335).

<sup>70</sup> *Janisch*, Süddeutsche Zeitung v. 3.8.2018, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/2.220/bundesverfassungsgericht-wann-meinungen-gefaehrlich-werden-1.4081136> (27.1.2019).

<sup>71</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 673/18, Rn. 32; BVerfGE 124, 300 (344).

<sup>72</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 673/18, Rn. 33.

<sup>73</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 673/18, Rn. 33.

<sup>74</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 2083/15 Rn. 23.

<sup>75</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.6.2018 – 1 BvR 2083/15, Rn. 19, 29.

<sup>76</sup> *Degenhart*, JZ 2010, 306 (306).

<sup>77</sup> BVerfGE 7, 198 (208).

<sup>78</sup> *Poscher*, NJW 2005, 1316 (1318).