

# Die wehrhafte Demokratie als verfassungsimmanente Schranke der Meinungsfreiheit

Von Prof. Dr. Lothar Michael, Düsseldorf\*

„§ 130 Abs. 4 StGB ist auch als nichtallgemeines Gesetz mit Art. 5 Abs. 1 und 2 GG vereinbar.“<sup>1</sup> Mit diesem Paukenschlag beginnt der erste Leitsatz der Wunsiedel-Entscheidung des BVerfG vom 4.11.2009. Auf den ersten Blick scheint der Beschluss des 1. Senats damit alle vermeintlich gesicherten Erkenntnisse zu Art. 5 Abs. 2 GG hinter sich zu lassen. Der folgende Aufsatz setzt die Entscheidung ins Verhältnis zum bisherigen Streitstand der Schrankendogmatik der Meinungsfreiheit. Dabei werden sowohl die unmittelbaren Konsequenzen der Entscheidung für die Auslegung des § 130 Abs. 4 StGB als auch die mittelbaren Konsequenzen für die zukünftige Schrankendogmatik der Meinungsfreiheit gezogen. Auch die Probleme, die die Entscheidung mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 GG und Art. 103 Abs. 2 GG aufwirft, werden behandelt.

## I. Einleitung

Die Frage, ob die Meinungsfreiheit verfassungsimmanenten Schranken unterliegt, mag ungewöhnlich erscheinen, drängt sich aber spätestens mit der Wunsiedel-Entscheidung des BVerfG auf. Zur Frage der Schranken der Meinungsfreiheit hat sich bereits viel Dogmatik „aufgetürmt“. Diese wird zunächst noch einmal auf sechs Grundfragen zurückgeführt (II.), die sich auch im vorliegenden Zusammenhang des Wunsiedel-Beschlusses stellen. In der folgenden Besprechung (III.) wird es vor allem darum gehen, die Entscheidung ins Verhältnis zum bisherigen Meinungsstand zu setzen. Sodann werden die Konsequenzen gezogen – und zwar über die unmittelbare Problematik des § 130 Abs. 4 StGB hinaus (IV).

---

\* Der Autor ist Professor für Öffentliches Recht an der Heinrich-Heine-Universität in Düsseldorf. Sein Aufsatz ist zugleich die Besprechung von BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08.

<sup>1</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08. Die beiden Leitsätze der Entscheidung heißen vollständig: „Leitsatz 1: § 130 Abs. 4 StGB ist auch als nichtallgemeines Gesetz mit Art. 5 Abs. 1 und 2 GG vereinbar. Angesichts des sich allgemeinen Kategorien entziehenden Unrechts und des Schreckens, den die nationalsozialistische Herrschaft über Europa und weite Teile der Welt gebracht hat, und der als Gegenentwurf hierzu verstandenen Entstehung der Bundesrepublik Deutschland ist Art. 5 Abs. 1 und 2 GG für Bestimmungen, die der propagandistischen Gutheißung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft Grenzen setzen, eine Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts für meinungsbezogene Gesetze immanent. Leitsatz 2: Die Offenheit des Art. 5 Abs. 1 und 2 GG für derartige Sonderbestimmungen nimmt den materiellen Gehalt der Meinungsfreiheit nicht zurück. Das Grundgesetz rechtfertigt kein allgemeines Verbot der Verbreitung rechtsradikalen oder auch nationalsozialistischen Gedankenguts schon in Bezug auf die geistige Wirkung seines Inhalts.“

## II. Sechs Grundfragen der Meinungsfreiheit und ihrer Schranken

### 1. Gibt es funktionelle Begrenzungen des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit?

Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit ist weit zu verstehen. Es ist gerade der Sinn der Meinungsfreiheit, dass ihr Schutz nicht unter einem inhaltlichen Vorbehalt steht. Die Meinungsfreiheit gilt für Meinungsinhalte aller Art und Güte gleichermaßen. Dies darf insbesondere nicht durch die viel beschworene auch objektivrechtliche Bedeutung<sup>2</sup> des Meinungsaustausches für unsere politische Kultur unterlaufen werden. Letztere bestärkt das Gewicht des Schutzes des Art. 5 Abs. 1 GG gegebenenfalls, führt aber nicht zu Beschränkungen des Schutzbereichs. Das bedeutet: Weil die Meinungsfreiheit für die Demokratie „schlechthin konstituierend“<sup>3</sup> ist, sind Meinungen im politischen Bereich in besonderem Maße schutzbedürftig. Das heißt aber nicht, dass der Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG davon abhängt, inwieweit Meinungen einen mehr oder weniger positiven Nutzen für die Demokratie haben. Es geht also nicht um inhaltliche Differenzierung,<sup>4</sup> sondern um eine bereichsspezifische Verstärkung des Schutzes der Meinungsfreiheit, nämlich für den Bereich der öffentlichen Meinungsbildung und des politischen Meinungskampfes als solchen.<sup>5</sup>

Art. 5 Abs. 1 GG erfasst grundsätzlich auch Meinungen, die sich gegen Dritte richten. Namentlich der Ehrschutz ist nach Art. 5 Abs. 2 GG eine Frage der Schranken und nicht des Schutzbereichs. Allerdings existiert von diesem Grundsatz insofern eine Ausnahme, als dass nach der Rechtsprechung die so genannte „Schmähhkritik“ bereits aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit ausscheidet.<sup>6</sup> Das lässt sich so begründen, dass solche Äußerungen von vornherein nicht der geistigen Auseinandersetzung dienen, sondern im Gegenteil durch persönliche Schmähung Dritte mundtot machen sollen. Der dogmatische Hintergrund dieser Schutzbereichsbegrenzung, die jede Abwägung auf der Rechtferti-

---

<sup>2</sup> Grundlegend BVerfGE 7, 198 (205) – Lüth.

<sup>3</sup> BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth; ähnlich EGMR, Urt. v. 7.12.1976 = EuGRZ 1977, 38 (42), Z. 49 – Handyside; EuGH, Urt. v. 12.06.2003 – Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Rn. 79 – Schmidberger/Österreich.

<sup>4</sup> Auch gänzlich unpolitische, rein private Meinungen sind geschützt.

<sup>5</sup> In dieses Verständnis fügt sich auch nahtlos die besondere Erwähnung der Pressefreiheit in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG als medialer Komponente ein, die wiederum für alle Medien (von der Klatsch- bis zur Fachpresse) gleichermaßen gewährleistet ist.

<sup>6</sup> Das gilt sogar, wenn bei einer Satire der Schutzbereich der Kunstfreiheit eröffnet ist: BVerfGE 75, 369 (380) – Strauß-Karikatur; allgemein: BVerfGE 93, 266 (293) – „Soldaten sind Mörder“; Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2008, zu Art. 5 Rn. 179; krit. Gounalakis, NJW 1995, 809 (815).

gungsebene ausschließt, liegt im absoluten Schutz der Menschenwürde der hier geschützten Dritten.

Grundsätzlich sind auch verfassungsfeindliche Äußerungen von Art. 5 Abs. 1 GG geschützt. Beim Kampf gegen Verfassungsfeinde stellt Art. 18 GG eine Grenze auf der Schrankebene dar, die freilich bislang keine praktische Bedeutung erlangt hat.<sup>7</sup> Danach können Verfassungsfeinde die Meinungsfreiheit verwirken, wenn sie nachhaltig und aggressiv kämpferisch unsere freiheitlich demokratische Ordnung gefährden. Die Feststellung der Verwirkung ist im Einzelfall dem BVerfG vorbehalten. Vereinzelt ist auch ein allgemeiner Vorbehalt unserer Verfassung gegen nationalsozialistische Äußerungen behauptet worden, namentlich vom OVG Münster<sup>8</sup>, aber auch in der Literatur.<sup>9</sup> Dieser Ansatz ist aber zu Recht vom BVerfG<sup>10</sup> immer wieder abgelehnt worden. Abgesehen von den Grundfragen der Reichweite des Gedankens der wehrhaften Demokratie (dazu auch 6.) spricht gegen solche Ansätze bereits, dass jedenfalls zuvor die direkte Anwendung des Art. 18 GG auszuloten wäre. Vorzugswürdig ist es, die Verwirkung gegenüber Art. 5 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 GG als abschließend geregeltes Instrument der wehrhaften Demokratie zu betrachten.

Neben den inhaltlichen Grenzen werden auch sachlich modale Grenzen des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit diskutiert. Danach ist der Schutz der Meinungsfreiheit auf den rein geistigen Meinungskampf beschränkt. Zwar begrenzt nur Art. 8 Abs. 1 GG ausdrücklich den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit durch das Merkmal der Friedlichkeit. Dieser Gedanke lässt sich als funktionale Schutzbereichsbegrenzung auf alle Kommunikationsgrundrechte und also auch auf die Meinungsfreiheit übertragen. Auch der Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst nur die Kommunikation als rein geistigen Vorgang und unterliegt einer – insofern ungeschriebenen – immanenten Grenze der Friedlichkeit. So hat das BVerfG<sup>11</sup> zwar einen Boykottaufruf, nicht aber dessen Durchsetzung mit wirtschaftlichem Druck als Meinungsäußerung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 GG anerkannt. Dahinter verbirgt sich die teleologische Sichtweise, dass die Kommunikationsgrundrechte den geistigen Meinungskampf als solchen schützen, nicht aber die Durchsetzung von Meinungen mit anderen Mitteln.

## 2. Das Verhältnis der Meinungs- zur Versammlungsfreiheit

Bei Versammlungsverboten aus inhaltlichen Gründen ist die Abgrenzung zu Art. 8 GG schwierig. Einigkeit besteht darüber, dass Meinungsäußerungen auch im Rahmen von Ver-

sammlungen von Art. 5 Abs. 1 GG geschützt werden und dass sich die Schranken inhaltlicher Restriktionen aus Art. 5 Abs. 2 GG ergeben. Art. 8 GG betrifft hingegen den spezifisch räumlichen Konflikt, der sich daraus ergibt, dass Versammlungen Raum für sich beanspruchen und potentiell Dritte behindern. Die Rechtsprechung, die Art. 8 Abs. 1 GG sogar auf seine politisch-kommunikative Funktion begrenzt,<sup>12</sup> nimmt bei Versammlungsverboten aus inhaltlichen Gründen einen Eingriff sowohl in Art. 5 Abs. 1 als auch in Art. 8 Abs. 1 GG an. Allerdings wird im Rahmen der Schranken alleine auf Art. 5 Abs. 2 GG abgestellt. Letzteres leuchtet ein, soweit Art. 5 Abs. 2 GG speziellere und strengere Schranken regelt, als der Gesetzesvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 GG dies für Versammlungen unter freiem Himmel tut. Interessant, möglicherweise sogar relevant, würde die Abgrenzung allenfalls in Fällen von Versammlungen in geschlossenen Räumen, weil diese vorbehaltlos gewährleistet werden, aber darauf ist hier nicht einzugehen.

## 3. Das Verhältnis der Meinungsfreiheit zum Verbot der Diskriminierung politischer Auffassungen nach Art. 3 Abs. 3 GG

Die Meinungsfreiheit wird – ähnlich der Religionsfreiheit oder der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit, aber auch der Vereinigungsfreiheit – neutral hinsichtlich der Inhalte der geschützten Freiheitsausübung gewährleistet. Deshalb haben diese Freiheiten als Wertungs- und Unterscheidungsverbote auch starke gleichheitsrechtliche Implikationen. Anders gesagt: Es geht hier in besonderem Maße um die Gewährleistung gleicher Freiheit. Umgekehrt werden die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG vor allem auch bei der Ausübung von Freiheitsrechten relevant, man denke hier nur an das Verbot der Benachteiligung wegen „seiner religiösen oder politischen Anschauungen“. Insofern überschneiden sich spezielle freiheits- und gleichheitsrechtliche Garantien. Vieles spricht insofern für eine Idealkonkurrenz. Der Aspekt der Neutralität ist innerhalb des freiheitsrechtlichen Übermaßverbotes eine Vorfrage der Legitimität der verfolgten Zwecke.<sup>13</sup> Mittel, die also die Neutralität der Freiheitsgewährleistung in Frage stellen, sind per se verfassungswidrig und deshalb nicht weiter auf ihre Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Bei diesem Aspekt kann hinsichtlich der politischen Neutralität auf Art. 3 Abs. 3 GG rekuriert werden, der im Rahmen der Legitimität der Zwecke eines Eingriffs in die Meinungsfreiheit „hereinzuprüfen“ ist. Inwieweit Eingriffe in Art. 3

<sup>7</sup> BVerfGE 38, 23 (24 f.) – Herausgeber der deutschen National-Zeitung m.w.N. aus der Rechtsprechung.

<sup>8</sup> OVG Münster NJW 2001, 2114 (2115), das bei Demonstrationsverboten auf den rechtsradikalen Inhalt der vertretenen Auffassungen abstellt; aufgehoben durch BVerfG-K NJW 2001, 2076 (2077 f.).

<sup>9</sup> Battis/Grigoleit, NVwZ 2001, 121 (124 f.).

<sup>10</sup> BVerfG-K NJW 2000, 3051 (3053).

<sup>11</sup> BVerfGE 25, 256 (265) – Blinkfüer, unter Verweis auf die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung; krit. Kahl, Der Staat 43 (2004), 167 (173).

<sup>12</sup> BVerfGE 104, 92 (104) – Sitzblockaden III; BVerfG-K NJW 2001, 2459; anders zu Recht die wohl h.L.: Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, zu Art. 8 Rn. 17; Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2008, zu Art. 8 Rn. 26 f.; Höfling, in: Sachs, 5. Aufl. 2009, zu Art. 8 Rn. 13a; Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, zu Art. 8 Rn. 17 ff.; Poscher, NJW 1998, 105, (107); Ladeur, in: Rider/Breitbach/Rühl/Steinmeier, Kommentar zum Versammlungsrecht, 1. Aufl. 1992, Art. 8 Rn. 17; Tschentscher, NVwZ 2001, 1243 (1246); Möllers, NJW 2005, 1973.; Pieroth/Schlink, Grundrechte, 25. Aufl. 2009, Rn. 753 f.

<sup>13</sup> Huster, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 655 f.

Abs. 3 GG – mit verfassungsimmanenten Schranken – gerechtfertigt werden können, ist höchst umstritten (dazu auch noch unter III. 5.).<sup>14</sup>

#### 4. Was ist ein allgemeines Gesetz i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG?

Der Begriff des „allgemeinen Gesetzes“ als Schranke der Meinungsfreiheit ist seit der Weimarer Zeit umstritten.

Nach der Vorfeld- oder Strafbarkeitstheorie<sup>15</sup> ist der Schluss von der Strafbarkeit eines Handelns auf die Verbotenheit entsprechenden Denkens und Redens zulässig. Dieser Ansatz überzeugt nicht. Die Meinungsfreiheit reicht viel weiter als die allgemeine Handlungsfreiheit. Wenn der Staat ein Handeln legitimerweise unter Strafe stellt, will er tatsächliche Rechtsgutsverletzungen unterbinden. Viele Gründe sprechen dafür, dass nicht schon jedes Sinnen über das Böse verboten ist, solange der Bereich rein geistiger Kommunikation nicht überschritten wird.

Zu den klassischen Lehren gehört *Häntzschels*<sup>16</sup> Sonderrechtslehre. Danach darf sich ein allgemeines Gesetz nicht gegen bestimmte Meinungen richten, also kein Sondergesetz sein. Diese Lehre wird auch in der Rechtsprechung immer wieder aufgegriffen und dabei freilich mit anderen Theorien kombiniert. Mit Verboten der Verbreitung nationalsozialistischer Symbole oder der Leugnung der Verbrechen des Nationalsozialismus („Auschwitzlüge“) ist der Gesetzgeber schon häufiger mindestens an die Grenze eines Sonderrechts gegangen. Von Befürwortern derartiger Maßnahmen gegen Verfassungsfeinde ist immer wieder die Aufgabe der Sonderrechtstheorie gefordert und auch ein bereits erfolgtes Abrücken der Rechtsprechung konstatiert worden. Umso mehr durfte deshalb die Entscheidung zu § 130 Abs. 4 StGB mit Spannung erwartet werden.

Als Gegenentwurf zur Sonderrechtstheorie gilt die Abwägungslehre *Smends*<sup>17</sup>. Nach ihr ist letztlich bzw. allein danach zu fragen, ob der Meinungsfreiheit im Einzelfall der Vorrang vor dem entgegenstehenden Rechtsgut gebührt. Diese Lehre spiegelt sich – wenn auch wiederum in Kombination mit anderen Ansätzen – ebenfalls in der Rechtsprechung des BVerfG, namentlich in der so genannten Wechselwirkungstheorie. Danach können die allgemeinen Gesetze der Meinungsfreiheit zwar „Schranken setzen, (müssen) ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst

wieder eingeschränkt werden.“<sup>18</sup> Bislang hat die Rechtsprechung Sonderrechtstheorie und Wechselwirkungslehre kombiniert, ist dabei aber im Sinne einer Addition beider Ansätze nie von dem Verbot des Sondergesetzes abgewichen.

Vorzugswürdig erscheint es, die von der Rechtsprechung seit langem verfolgte Kombination von Sonderrechts- und Abwägungslehre als zwei verschiedene Aspekte der Verhältnismäßigkeit zu rekonstruieren und im Sinne eines starken Schutzes der Meinungsfreiheit entsprechend zu verschärfen.<sup>19</sup> Danach ist das Verbot des Sondergesetzes eine Frage der Neutralität. Sie ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeit als Vorfrage zu prüfen: Die Neutralität einer staatlichen Maßnahme betrifft die Legitimität der verfolgten Zwecke und im Falle der politischen Neutralität zugleich Art. 3 Abs. 3 GG (dazu oben II. 3.). Die Abwägung bzw. Wechselwirkung ist hingegen die Kernfrage der Verhältnismäßigkeit i.e.S. Jedenfalls in den Bereichen, in denen die Meinungsfreiheit von konstituierender Bedeutung für die Demokratie ist, sollten ihr nur solche Belange entgegenzusetzen sein, die ihrerseits Verfassungsgüter darstellen. Damit läuft die Wechselwirkungslehre – ähnlich der Dreistufentheorie zu Art. 12 GG hinsichtlich der Berufswahlregelungen – auf eine Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht hinaus. Es handelt sich also um eine Spielart der Lehre von den verfassungsimmanenten Schranken. Dieser Ansatz beansprucht weniger eine abweichende, als vielmehr eine den Ausgangspunkt der Rechtsprechung aufgreifende Theorie zu sein. Wenn das BVerfG<sup>20</sup> seit jeher fordert, dass „schutzwürdige Interessen eines anderen von höherem (sic!) Rang“ betroffen sein müssen, um in einer „Güterabwägung“ mit der Meinungsfreiheit „Vorrang“ zu verdienen, dann müssen diese kollidierenden Güter auf Augenhöhe mit der Meinungsfreiheit stehen. Und wenn letztere als „Grundlage jeder Freiheit überhaupt“<sup>21</sup> sogar verfassungsrechtlich herausgehobenen Schutz verdienen soll, dann liegt die Voraussetzung des Verfassungsrangs entgegenstehender Güter geradezu auf der Hand. Zu welchen Ergebnissen das führt, hängt wesentlich davon ab, was man als entgegenstehende Verfassungsgüter anerkennt und welchen Grad der Gefährdung solcher Verfassungsgüter man fordert, um einen Eingriff in die Meinungsfreiheit zu rechtfertigen.<sup>22</sup> Das gilt insbesondere für den Schutz rein objektiver Verfassungsgüter. Darauf wird zurückzukommen sein.

#### 5. Gibt es Schranken der Meinungsfreiheit jenseits allgemeiner Gesetze i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG?

Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 GG legt nahe oder lässt zumindest die Interpretation zu, dass es sich bei den „allgemeinen Gesetzen“, den Gesetzen zum Schutze der „Jugend“ und zum Schutze der „Ehre“ um drei nebeneinander stehende Schrankenvarianten handelt. Danach können also Sonderge-

<sup>14</sup> Dazu *Michael/Morlok*, Grundrechte, 2. Aufl. 2010, Rn. 817 ff.

<sup>15</sup> *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, zu Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 202; kritisch *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2008, zu Art. 5 Rn. 139.

<sup>16</sup> *Häntzschel*, Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: Anschütz/Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, § 105, S. 651 (661).

<sup>17</sup> *Smend*, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4 (1928), 44 (52); auch in *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl., 1994, S. 89 (98); *Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG, 3. Aufl., 1983, S. 32.

<sup>18</sup> BVerfGE 7, 198 (209) – Lüth; st. Rspr: BVerfGE 61, 1 (11) – Wahlkampf „CSU: NPD Europas“.

<sup>19</sup> *Michael/Morlok*, Grundrechte, 2. Aufl. 2010, Rn. 654.

<sup>20</sup> BVerfGE 7, 198 (210) – Lüth.

<sup>21</sup> BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth.

<sup>22</sup> Zu einer restriktiven Handhabung *Michael/Morlok*, Grundrechte, 2. Aufl. 2010, Rn. 710-742.

setze – vorbehaltlich eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 3 GG – gerechtfertigt werden, wenn sie dem Schutz der Jugend bzw. Ehre dienen. Vorzugswürdig ist eine solche Interpretation – allerdings wiederum unter der Maßgabe einer strengen, an der Lehre von den verfassungsimmanenten Schranken angelehnten Prüfung der Verhältnismäßigkeit. Die Rechtsprechung des BVerfG hat die Frage bislang nicht klar beantwortet, dafür allerdings eine Prüfung verfassungsimmanenter Schranken jenseits des Art. 5 Abs. 2 GG nicht ausgeschlossen.<sup>23</sup> Letzteres ist nach hier vertretener Auffassung entbehrlich und abzulehnen, wenn nämlich Art. 5 Abs. 2 GG seinerseits bereits gleichsam als Verweis auf verfassungsimmanente Schranken interpretiert wird.

#### 6. Meinungsfreiheit im Kontext gelebter sowie historisch bedingter Verfassungskultur

Die vertretenen und vertretbaren Antworten auf die soeben behandelten fünf Grundfragen gehen weit auseinander. Dabei mag es zum Teil „nur“ um die dogmatische Zuordnung bestimmter Gesichtspunkte gehen. Die sechste hier aufzuwerfende Grundfrage betrifft das Ergebnis insgesamt. Es geht um das mehr oder weniger liberale Grundverständnis der Meinungsfreiheit, um politisches Vorverständnis und um Fragen der Verfassungskultur<sup>24</sup>. Die Debatte ist ebenso klassisch wie unentschieden. Wie weit die Ansätze auch im Ergebnis variieren können, wird noch deutlicher, wenn man die Perspektive des Verfassungsvergleichs einnimmt. Dann zeigen sich erhebliche Unterschiede etwa im Vergleich zwischen dem deutschen und dem amerikanischen Verfassungsrecht.<sup>25</sup> Dahinter verbergen sich letztlich unterschiedliche politische Kulturen und spezifische Verfassungskulturen. In der deutschen Diskussion spiegelt sich auch die Reaktion auf den Nationalsozialismus wider, die sich im rechtstaatlichen Umgang mit heutigem Extremismus zu beweisen hat. Dabei lässt gerade dieser geschichtliche Hintergrund ambivalente Schlüsse zu. Einerseits lässt sich argumentieren, dass vor dem geschichtlichen Hintergrund gerade in Deutschland der Meinungsfreiheit besondere Grenzen zu setzen sind, wir uns also eine allzu liberale Haltung weniger leisten können als andere Verfassungsstaaten. Dabei sei darauf hingewiesen, dass auch die geschriebenen Elemente der wehrhaften Demokratie Spezifika des deutschen Grundgesetzes darstellen.

<sup>23</sup> Nach BVerfGE 66, 116 (136) – Springer/Wallraff gelten verfassungsimmanente Schranken noch neben denen des Art. 5 Abs. 2 GG; zustimmend: *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2008, zu Art. 5 Rn. 152; *Schmidt-Jortzig*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 162, Rn. 57; allgemein ablehnend: *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 25. Aufl. 2009, Rn. 342; differenzierend *Michael/Morlok*, Grundrechte, 2. Aufl. 2010, Rn. 712 ff.

<sup>24</sup> Zur „Grundrechtskultur“: *Häberle*, Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, 1979, S. 88 ff.; zur „Verfassungskultur“ *ders.*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft (1982), 2. Aufl. 1998.

<sup>25</sup> *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1987, S. 216.

Andererseits wird vorgebracht, dass gerade die liberale Gewährleistung einer völlig inhaltsneutralen Meinungsfreiheit die konsequente und wirksamste Antwort auf den Totalitarismus darstellt. Wer sich mit dem Thema auseinandersetzt, wird sich mehr oder weniger in der einen oder anderen Grundposition wiederfinden. Die Wunsiedel-Entscheidung des BVerfG zeugt geradezu von einer Zerrissenheit zwischen diesen beiden Positionen. Der hier vertretene Ansatz einer Interpretation des Art. 5 Abs. 2 GG als Verweis auf kollidierendes Verfassungsrecht versteht sich als Versuch eines vermittelnden „sowohl als auch“.

### III. Zur Entscheidung des BVerfG

#### 1. Rechtsgebiet, Problemstellung und Examensrelevanz

Der Beschluss des 1. Senats des BVerfG betrifft die Verfassungsmäßigkeit des neuen § 130 Abs. 4 StGB und mit ihm Grundfragen der Schranken der Meinungsfreiheit. Die unmittelbaren Konsequenzen aus dem Beschluss sind Maßgaben zur Auslegung des § 130 Abs. 4 StGB. Die praktische Relevanz dieser Strafnorm, die sich gegen die Verbreitung nationalsozialistischer Gedanken richtet, liegt in ihrer Bedeutung für das Versammlungsrecht: Zur Verhinderung strafbarer Äußerungen i.S.d. § 130 Abs. 4 StGB können nämlich rechtsradikale Versammlungen unter bestimmten Voraussetzungen von vornherein verboten werden.

Der Senat hat über die Verfassungsbeschwerde auch noch nach dem Tod des Beschwerdeführers entschieden. Er begründet diese bemerkenswerte Vorgehensweise mit der allgemeinen verfassungsrechtlichen Bedeutung der aufgeworfenen Fragen für eine „Vielzahl zukünftiger Versammlungen“<sup>26</sup>. Er bestätigt damit einmal mehr<sup>27</sup>, dass die Verfassungsbeschwerde eine objektive Funktion hat, die nicht nur neben ihre primäre Funktion für den subjektiven Grundrechtsschutz tritt, sondern sich auch verselbstständigen kann. Dies hat Konsequenzen für die Handhabung der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde: Wäre die Entscheidung prozessual „vermeidbar“ gewesen, lässt sie umso mehr erwarten, dass das BVerfG Grundsätzliches sagt und sagen will. Die Leitsätze zeigen, dass die Entscheidung den Kern der klassischen Frage der Natur der „allgemeinen Gesetze“ i.S.d. Art. 5 Abs. GG berührt. Und es scheint, als werde das Gefüge der überkommenen Schrankensystematik der Meinungsfreiheit auf den Kopf gestellt – um eine Strafnorm zu rechtfertigen, die sich speziell gegen die Verbreitung rechtsradikalen und nationalsozialistischen Gedankenguts wendet.

Die Examensrelevanz der Fragestellung ist hoch.

#### 2. Sachverhalt

Der Beschwerdeführer meldete (jährlich) und so auch zum 29.8.2005 eine Veranstaltung unter freiem Himmel zum „Gedenken an Rudolf Heß“ in Wunsiedel an, wo sich dessen

<sup>26</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 44.

<sup>27</sup> BVerfGE 98, 218 (242 f.) – Rechtschreibreform: Entscheidung über eine zurückgenommene Verfassungsbeschwerde.

Grab befindet. Die Veranstaltung im Jahr 2005 sollte das Motto tragen „Seine Ehre galt ihm mehr als die Freiheit“. Sie wurde vom Landratsamt verboten, gestützt auf § 15 Abs. 1 VersG i.V.m. § 130 Abs. 4 StGB. Dieser lautet (seit 2005): „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt.“ Der Beschwerdeführer beschritt sowohl im einstweiligen Rechtsschutz als auch in der Hauptsache ohne Erfolg den Rechtsweg und legte dann Verfassungsbeschwerde zum BVerfG ein. Er rügt die Verletzung verschiedener Rechte, insbesondere seiner Meinungs- und Versammlungsfreiheit, aber auch des Art. 3 Abs. 3 GG und des Art. 103 Abs. 2 GG. Die Verfassungsbeschwerde wirft im Kern die Frage auf, ob § 130 Abs. 4 StGB ein verfassungswidriges Gesetz ist. Letztlich geht es dann (auch) um dessen Auslegung und seine Konsequenzen für das Versammlungsrecht.

### 3. Entscheidungsgründe

Das BVerfG kommt zu dem Ergebnis, dass § 130 Abs. 4 StGB nicht gegen das Grundgesetz verstößt, obwohl er einen Eingriff in die Meinungsfreiheit darstellt und kein allgemeines Gesetz i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG ist. Ein solches allgemeines Gesetz sei grundsätzlich (!) für alle Eingriffe in die Meinungsfreiheit zu fordern. Von dem Verbot des Sondergesetzes macht das Gericht allerdings eine Ausnahme. Diese rechtfertigt es aus der Gewährleistung des öffentlichen Friedens in einer besonderen Konstellation. Die wesentlichen Argumentationsschritte sollen im Folgenden nachgezeichnet und bewertet werden.

#### a) Eingriff in den Schutzbereich der von Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Freiheit, auch friedensgefährdende Meinungen zu verbreiten, und in weitere Rechte

Das BVerfG versteht den Schutzbereich der Meinungsfreiheit einmal mehr und zu Recht weit. Auch irrationale, gefährliche und radikale Äußerungen seien geschützt. Das Grundgesetz vertraue „auf die Kraft der freien Auseinandersetzung als wirksamste Waffe auch gegen die Verbreitung totalitärer und menschenverachtender Ideologien“<sup>28</sup>.

Dem ist zuzustimmen. Insbesondere schließt die Strafbarkeit einer Äußerung nicht den Schutzbereich des Grundrechts aus, sondern ist an dessen Schranken zu messen.<sup>29</sup> Auch die

<sup>28</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 50.

<sup>29</sup> Anders berücksichtigt die Rechtsprechung bisweilen die Erlaubtheit eines Berufs schon im Rahmen des Schutzbereichs: BVerfGE 7, 377 (397) – Apotheken-Urteil; BVerfGE 14, 19 (22). Das soll nach BVerfGE 115, 276 (300 f.) zwar nicht schon für sozial unerwünschte Tätigkeiten, wohl aber für solche Tätigkeiten gelten, „die schon ihrem Wesen nach als verboten anzusehen sind, weil sie aufgrund ihrer Sozial- und Gemeinschaftsschädlichkeit schlechthin nicht am Schutz durch das Grundrecht der Berufsfreiheit teilhaben können.“

Gefährdung des „öffentlichen Friedens“, die hier pönalisiert wird, macht die Meinungsäußerung nicht zu einer „nicht friedlichen“ Agitation, die jenseits der Schutzbereiche der geistigen Freiheiten läge. Darauf, dass die Meinungsfreiheit funktional – und Art. 8 Abs. 1 GG ausdrücklich durch das Merkmal der Friedlichkeit – auf die rein geistige Auseinandersetzung begrenzt ist, geht das BVerfG vorliegend gar nicht ein. Allerdings sei hier bereits auf einen Aspekt hingewiesen, auf den der Senat<sup>30</sup> letztlich seine außerordentliche Rechtfertigung stützt (dazu unter d): § 130 Abs. 4 StGB betreffe Fälle, die über eine „Konfrontation mit provokanten Meinungen und Ideologien“ hinausginge. Betroffen seien „Äußerungen, die ihrem Inhalt nach erkennbar auf rechtsgutsgefährdende Handlungen hin angelegt sind, das heißt den Übergang zu Aggression oder Rechtsbruch markieren“ und „die bei den Angesprochenen Handlungsbereitschaft auslösen oder Hemmschwellen herabsetzen oder Dritte unmittelbar einschüchtern“. Das BVerfG hat offenbar rechtsradikal motivierte Gewalttaten insbesondere gegen Ausländer im Blick. Es gehe „um einen vorgelagerten Rechtsgüterschutz, der an sich abzeichnende Gefahren anknüpft“. Für die Frage des Schutzbereichs sei hier klargestellt: Selbst wenn es sich hier um eine qualifizierte, für Meinungsäußerungen atypische Rechtsgutsgefährdung handelt, so wird diese jedenfalls mit geistigen Mitteln bewirkt. Das BVerfG bezieht sich ausdrücklich auf die „Außenwirkungen von Meinungsäußerungen“<sup>31</sup> und beschränkt also den Schutzbereich zu Recht nicht.

Auch eine Schutzbereichsbeschränkung zum Schutz der Menschenwürde der Opfer des Nationalsozialismus zieht das BVerfG vorliegend nicht in Betracht, sondern ordnet ausdrücklich die Verbreitung auch „menschenverachtender Ideologien“ dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG zu. Während das BVerfG in anderen Entscheidungen<sup>32</sup> die Menschenwürde als Begründungsreserve heranzog und dafür oft kritisiert worden ist, fällt auf, dass der Senat hier den Aspekt der „Würde der Opfer“ mehrfach in seiner Entscheidung ausdrücklich dahinstehen lässt.<sup>33</sup> Denkbar wäre eine Argumentation mit der Menschenwürde gewesen, zumal ja auch in einem ganz anderen Bereich, nämlich der „ehrverletzenden Schmähkritik“, eine Schutzbereichsbegrenzung des Art. 5 Abs. 1 GG angenommen wird.<sup>34</sup> Der Senat stützt seine in der

<sup>30</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 77 f.

<sup>31</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 78.

<sup>32</sup> BVerfGE 88, 203 (251) – Abtreibung II; BVerfGE 115, 118 (159) – Luftsicherheitsgesetz; zur Entkoppelung von Lebens- und Würdeschutz: Müller-Terpitz, Der Schutz des pränatalen Lebens, 2007, S. 359 ff.

<sup>33</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 82, 102.

<sup>34</sup> Das gilt sogar, wenn bei einer Satire der Schutzbereich der Kunstfreiheit eröffnet ist: BVerfGE 75, 369 (380) – Strauß-Karikatur; allgemein: BVerfGE 93, 266 (293) – „Soldaten sind Mörder“; Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2008, zu Art. 5 Rn. 179; kritisch Gounalakis, NJW 1995, 809 (815).

Entscheidung letztlich intendierte absolute Ausnahmedogmatik für die Billigung des Nationalsozialismus nicht auf die Menschenwürde.<sup>35</sup> Auch die Tatsache, dass der Nationalsozialismus der historische Anlass dafür ist, dass die Menschenwürde den Grundrechten wie eine Präambel vorangestellt ist,<sup>36</sup> zwingt keineswegs zu dem Schluss, dass die Äußerung rechtsradikaler Ansichten die Menschenwürde verletzt. Zwar wurde im Nationalsozialismus in einzigartiger Weise die Würde der Opfer verletzt. Aber die Gewährleistung des Art. 1 Abs. 1 GG ist auf die nachkonstitutionelle Gegenwart bezogen. Der Schutz der Würde der Opfer des Nationalsozialismus würde die objektivrechtlichen Dimensionen der Menschenwürde überdehnen. Die Konsequenzen wären nicht nur absoluter Vorrang dieses Aspektes sondern sogar die verfassungsrechtliche Gebotenheit eines entsprechenden Schutzes.

An dieser Stelle sei kurz etwas zu den anderen in Betracht kommenden Schutzbereichen gesagt, die das BVerfG erwähnt. Die Versammlungsfreiheit ist zwar betroffen, ihr Schutz entfaltet bei Versammlungsverboten aus inhaltlichen Gründen aber keine eigenständige Bedeutung neben Art. 5 Abs. 1 GG. Weil es bei Art. 130 Abs. 4 StGB um Inhalte geht, prüft das BVerfG auch in der Wunsiedel-Entscheidung zutreffend primär Art. 5 GG. Das BVerfG geht aber nicht so weit, dass die Meinungsfreiheit spezieller sei, sondern bejaht den Schutzbereich auch der Versammlungsfreiheit, die nämlich nicht auf eine Weise beschränkt werden dürfe, die gegen die Meinungsfreiheit verstoße. Der Verstoß bzw. Nichtverstoß gegen Art. 8 Abs. 1 GG ist insofern eine automatische Konsequenz der Prüfung der Meinungsfreiheit. In der Beschwerdebefugnis rekurriert das BVerfG auf Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 GG<sup>37</sup>, um dann in der Begründetheit<sup>38</sup> allein Art. 5 GG und dessen Schranken zu prüfen.

Hingegen wird in der Entscheidung Art. 3 Abs. 3 GG als Diskriminierungsverbot politischer Anschauungen als von Art. 5 Abs. 1 GG verdrängt behandelt. Letzterer sei spezieller für die Äußerung politischer Anschauungen, während ersterer darüber hinaus das bloße Haben einer politischen Anschauung garantiere. Ausdrücklich sagt das BVerfG, dass dem Freiheitsrecht der Meinungsfreiheit auch „spezielle Gleichheitsgewährleistungen innewohnen“<sup>39</sup>. Offen bleibt nicht nur, ob Art. 3 Abs. 3 GG umgekehrt die in Art. 5 Abs. 1 GG nicht

ausdrücklich erwähnte, sondern allenfalls vorausgesetzte Gedankenfreiheit schützen soll – gegebenenfalls seinerseits als „innewohnende Freiheitsgewährleistung“ und *lex specialis* zu Art. 5 GG. Das BVerfG umgeht im vorliegenden Fall vor allem eine spezifisch gleichheitsrechtliche Rechtfertigung, die hier gerade deshalb schwierig gewesen wäre, weil allein rechtsradikale Meinungen pönalisiert werden und weil das BVerfG ausnahmsweise zu dem Ergebnis kommt, dass Art. 5 Abs. 2 GG das nicht ausschließt.<sup>40</sup> Tatsächlich wäre eine solche Ausnahmerechtsprechung vor dem Hintergrund des speziellen Gleichheitssatzes noch schwieriger zu begründen gewesen. Der Rückgriff auf die Menschenwürde bzw. ein Einschwenken auf den Ansatz des OVG Münster wäre an dieser Stelle wohl unausweichlich geworden.

Der Prüfung des Art. 103 Abs. 2 GG weicht das BVerfG hingegen nicht aus. Es verschweigt auch nicht seine „Bedenken“<sup>41</sup> gegen die Bestimmtheit des Tatbestandsmerkmals der Störung des öffentlichen Friedens. Der Senat behilft sich dann mit einer Unterscheidung zwischen „strafbegründenden Tatbestandsmerkmalen“ und deren Korrektiven „zur Ausschcheidung nicht strafwürdig erscheinender Fälle“<sup>42</sup>. Es ist bemerkenswert, dass der Senat nicht einmal versucht, die für die Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB entwickelte<sup>43</sup> Abgrenzung zwischen positiven und negativen Tatbestandsmerkmalen vorliegend nachvollziehbar zu machen. Der Gesetzgeber kann sich geradezu eingeladen fühlen, viele Tatbestandsmerkmale zu kumulieren in der Hoffnung, die Unbestimmtesten werden ihm dann als Korrektive nachgesehen. Es mag richtig sein, dass die Strafbarkeit gleichsam „quantitativ“ umso mehr beschränkt wird, je mehr Tatbestandsmerkmale normiert werden. Auch eröffnet dies Möglichkeiten restriktiver, eventuell verfassungskonformer Auslegung. Vom Gesichtspunkt der Bestimmtheit, um den es ja in Art. 103 Abs. 2 GG allein geht, ist das allerdings nicht nur bedenklich, sondern geradezu kontraproduktiv. Art. 103 Abs. 2 GG dient der Vorhersehbarkeit und nicht der Beschränkung der Strafbarkeit. Die Argumentation des BVerfG überzeugt zumindest in ihrer Begründung nicht. Vielleicht wollte das BVerfG keine noch bestimmtere Regelung einfordern, da eine solche nur umso schwieriger als Sondergesetz gegenüber der Meinungsfreiheit zu rechtfertigen wäre. Viel-

<sup>35</sup> Zu einer solchen Argumentation vgl. BVerfGE 90, 241 (252 f.) und zuletzt BVerfG, Beschl. v. 20.2.2009 – 1 BvR 2266/04, Absatz-Nr. 26.

<sup>36</sup> Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997, S. 92 ff, 380 ff.

<sup>37</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 45.

<sup>38</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 48 ff.

<sup>39</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 86. Offen bleibt, ob Art. 3 Abs. 3 GG umgekehrt die in Art. 5 Abs. 1 GG nicht ausdrücklich erwähnte, sondern allenfalls vorausgesetzte Gedankenfreiheit schützen soll – gegebenenfalls seinerseits als „innewohnende Freiheitsgewährleistung“ und *lex specialis* zu Art. 5 GG.

<sup>40</sup> Zum Gleichlauf der absoluten Wertungsverbote mancher Freiheitsrechte (z.B. auch beim Lebensrecht, bei der Religionsfreiheit und bei der Vereinigungsfreiheit) mit Art. 3 Abs. 3 GG im Regelfall vgl. Michael/Morlok, Grundrechte, 2. Aufl. 2010, Rn. 763, 830.

<sup>41</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 93 f.

<sup>42</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 94 unter wörtlicher Bezugnahme auf Fischer, StGB, 56. Aufl. 2009, § 130 Rn. 14b.

<sup>43</sup> BVerfGE 73, 206 (238) – Mutlangen; dazu aber einschränkend BVerfGE 92, 1 (17): „Damit wird die Eingrenzungsfunktion aber einem Begriff aufgebürdet, der noch weit unschärfer ist als der der Gewalt [...] Der Verweis auf das Korrektiv ist nicht geeignet, die rechtsstaatlichen Bedenken zu zerstreuen [...]“

leicht wollte sich das BVerfG auch Möglichkeiten einer verfassungskonformen Auslegung bewusst offenlassen, um die Auswirkungen seiner Entscheidung weiter selbst steuern zu können.

b) § 130 Abs. 4 StGB als Sondergesetz jenseits der „allgemeinen Gesetze“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG

Das BVerfG kommt ohne Umschweife zu dem Ergebnis, dass § 130 Abs. 4 StGB kein allgemeines Gesetz i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG ist.<sup>44</sup> Das Ergebnis scheint sich auch aufzudrängen: § 130 Abs. 4 StGB wendet sich nicht allgemein gegen Gewaltverherrlichung, Würdeverletzungen oder Störungen des öffentlichen Friedens, sondern speziell gegen jene Äußerungen, die im Zusammenhang mit nationalsozialistischem Gedankengut stehen.

Sieht man in Art. 5 Abs. 2 GG primär oder jedenfalls auch ein Verbot von Sondergesetzen, die sich gegen die Verbreitung bestimmter Auffassungen richten, ist dies konsequent, ja geradezu zwingend. Die Argumentation des BVerfG ist – wie schon im Schutzbereich – zwar sehr klar, blendet aber Probleme aus, die der Senat dann später jenseits der klassischen Schrankensystematik zu lösen sucht.

Dass das BVerfG die zweifelhafte Vorfeld- oder Strafbarkeitstheorie<sup>45</sup> zu Art. 5 Abs. 2 GG nicht einmal erwähnt, mag man als eine implizite Absage begrüßen. Allerdings sei nicht verschwiegen, dass das BVerfG mit seiner Rechtfertigung jenseits des Art. 5 Abs. 2 GG jedenfalls in die Nähe dieser Theorie rückt. Wie eben schon ausgeführt, stützt sich der Senat letztlich entscheidend darauf, dass die Äußerungen „ihrem Inhalt nach erkennbar auf rechtsgutsgefährdende Handlungen hin angelegt“ seien und den „Übergang zu Aggression oder Rechtsbruch markieren“.

Bemerkenswerter ist noch, dass der Senat in diesem Zusammenhang weder die Abwägungslehre *Smends*, noch seine eigene Wechselwirkungstheorie (die er später aufgreift<sup>46</sup>) in Ansatz bringt. Später, nachdem der Senat schon das Vorliegen eines allgemeinen Gesetzes i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG verneint hat, erwähnt er freilich die klassischen entgegengesetzten Lehren (*Häntzschels* Sonderrechtslehre und die Abwägungslehre *Smends*). Der Senat betont, dass das Grundgesetz diesen Streit der Weimarer Zeit nicht eindeutig entschieden habe. Es darf vermutet werden, dass auch dieser Beschluss hier nicht eindeutig Stellung beziehen will, obwohl er sich der Sache nach – zunächst! – allein auf die Sonderrechtslehre stützt. Die Entscheidung bricht insoweit nicht mit der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG. Sie lässt damit auch Raum für die weitere dogmatische Entwicklung.

Es bleibt festzuhalten: Denkbare Möglichkeiten, Art. 5 Abs. 2 GG anders als ein Verbot des Sondergesetzes zu deu-

ten, zieht das BVerfG gar nicht in Betracht. Es weicht jedem Versuch einer Rechtfertigung auf diesem Wege ohne nähere Begründung aus.

c) Die Allgemeinheit des Gebotes „allgemeiner Gesetze“

Nachdem das BVerfG weder den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG begrenzt, noch eine Rechtfertigung im Rahmen der allgemeinen Gesetze angenommen hat, blieb noch eine letzte denkbare Anknüpfung einer Rechtfertigung an den Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 GG. Dieser lässt nämlich offen, ob die Schranken zum Schutze der „Jugend“ und zum Schutze der „Ehre“ neben und d. h. unabhängig von den „allgemeinen Gesetzen“ stehen. Der Senat verneint das und erstreckt das Verbot des Sondergesetzes auf alle Varianten des Art. 5 Abs. 2 GG.<sup>47</sup> Dafür spricht das Neutralitätsgebot, d.h. die „rechtsstaatliche Distanz“ des Gesetzgebers gegenüber allen Anschauungen, und der historische Wille der Ergänzung der Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG um die Alternativen des Jugendschutzes und des Ehrschutzes gegenüber dem Art. 118 WRV (der lediglich die Schranke des allgemeinen Gesetzes normierte) mag diesem Grundgedanken jedenfalls nicht entgegenstehen.<sup>48</sup> Es ließe sich – sofern man das nicht gesondert prüfen sollte (s.o.) – auch noch der Gedanke des Art. 3 Abs. 3 GG heranziehen.<sup>49</sup>

Allerdings sollte bei aller Sympathie für diese liberale Linie nicht verschwiegen werden, dass das BVerfG auf diese Weise ein drittes Mal Gegenargumente verschweigt, die es dann zu einer Rechtfertigung jenseits der geschriebenen Grenzen des Art. 5 Abs. 2 GG heranzieht. Es hätte sich m. E. geradezu aufgedrängt, im vorliegenden Fall den Ehrschutz in den Mittelpunkt der Frage der Rechtfertigung zu rücken. Dabei hätte insbesondere auch das Verhältnis des Ehrschutzes zum – ebenfalls offengebliebenen – Menschenwürdeschutz geklärt werden können. Gerade weil das BVerfG später auf die „fortwirkende besondere geschichtlich begründete Verantwortung“<sup>50</sup> Deutschlands für die Bekämpfung des Rechtsradikalismus hinweist, hätte es doch nahe gelegen, in der Zusammenschau von Präambel, Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 GG und in der separaten Schranke des Ehrschutzes in Art. 5 Abs. 2 GG eine Lösung zu suchen, die sich innerhalb des Wortlautes und der Systematik der Schranken der Meinungsfreiheit bewegt. So hätte sich eine Ausnahme vom Verbot des Sondergesetzes mit dem Wortlaut des Grundgesetzes auf sehr beschränkte, historisch bedingte Fälle begrenzen lassen. Insbesondere wäre eine solche Ausnahme – anders als nach der gleich zu erörternden Lösung des Senats – von vornherein auf die Zwecke des Jugend- und Ehrschutzes begrenzenbar. Der Jugendschutz würde sich dabei nahtlos in

<sup>44</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 53-61.

<sup>45</sup> *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, zu Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 202; kritisch *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2008, zu Art. 5 Rn. 139.

<sup>46</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 71.

<sup>47</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 62 f.

<sup>48</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 63.

<sup>49</sup> So im Rahmen der Auslegung des Begriffs des allgemeinen Gesetzes: BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 59.

<sup>50</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 85.

den vom BVerfG genannten Erziehungsauftrag gegen den Totalitarismus einfügen. Der Ehrschutz würde sich für den Fall der Verherrlichung des Nationalsozialismus auf den ursprünglichen Kerngehalt der Menschenwürde beziehen.

Das BVerfG kommt zu einem ähnlichen Ergebnis, hingegen auf einem Umweg.

*d) Maßstäbe einer außerordentlichen, der Meinungsfreiheit „immanenten“ Möglichkeit der Rechtfertigung*

Nachdem das BVerfG also den Begriff des allgemeinen Gesetzes als absolutes Verbot des Sondergesetzes verschärft und das Verbot des Sondergesetzes auf den gesamten Art. 5 Abs. 2 GG erstreckt hat, macht es von dem eben aufgestellten Grundsatz eine Ausnahme. Diese „Ausnahme vom Verbot des Sondergesetzes“ sei Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 GG „immanent“.

Über diese „Immanenz“ wird man viel rätseln können: Hatte das BVerfG nicht soeben begründet, warum gerade das Verbot des Sondergesetzes dem Zweck und Wesen der Meinungsfreiheit entspricht? Oder knüpft das BVerfG an seine Rechtsprechung zu den verfassungsimmanenten Schranken vorbehaltloser Grundrechte an, wie es in der Literatur bereits als Rekonstruktion der Wechselwirkungslehre gefordert wurde? Dagegen spricht, dass der Senat den „legitimen Zweck“ des Schutzes des „öffentlichen Friedens“ (und übrigens nicht den Ehrschutz!) in den Mittelpunkt seiner Abwägung rückt und diesen Zweck nicht ausdrücklich auf Verfassungsgüter rückbezieht. Dagegen spricht auch, dass das BVerfG<sup>51</sup> hier offenbar keine allgemeine Theorie aufstellen bzw. bestätigen, sondern eine Ausnahmerechtsprechung verkünden wollte. Dafür spricht jedoch, dass der Senat im Rahmen seines (vermeintlichen) Sonderwegs auf seine allgemeine Wechselwirkungslehre Bezug nimmt und diese in der Weise verschärft, dass es einem „generellen Abwägungsvorbehalt“ zu Recht eine Absage erteilt.<sup>52</sup> Dafür spricht auch, dass der Senat die Gewährleistung des Art. 3 Abs. 3 GG in jener des Art. 5 Abs. 1 GG aufgehen lässt. Wenn dadurch eine Prüfung des Art. 3 Abs. 3 GG entbehrlich werden soll, müssten die verschärften, allenfalls durch kollidierendes Verfassungsrecht zu rechtfertigenden Schranken des speziellen Gleichheitssatzes im Rahmen der Meinungsfreiheit Berücksichtigung finden.

Es sind vor allem zwei Gesichtspunkte des § 130 Abs. 4 StGB, in denen das BVerfG eine zu rechtfertigende Sonderkonstellation sieht:

Erstens gehe es hier allein um die „propagandistische Gutheißung des nationalsozialistischen Regimes in den Jahren zwischen 1933 und 1945“<sup>53</sup>. Sie sei „mit anderen Meinungsäußerungen nicht vergleichbar und kann nicht zuletzt

auch im Ausland tiefgreifende Beunruhigung auslösen“<sup>54</sup>. Es handele sich um eine „nicht übertragbare einzigartige Konstellation“<sup>55</sup> und nicht etwa um die Pönalisierung von verfassungsfeindlichen Ideen insgesamt. Insofern sei die „Identität des Gemeinwesens“<sup>56</sup> als „Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes“ betroffen, auf der auch die „Einbindung der Bundesrepublik Deutschland in die Völkergemeinschaft bis heute nachhaltig“ beruhe<sup>57</sup>.

Zweitens müssen die hier strafbaren Gefährdungen des öffentlichen Friedens eine bestimmte Qualität haben und § 130 Abs. 4 StGB sei entsprechend restriktiv auszulegen. Sondergesetze gegen diese bestimmte Meinung dürfen nicht die Gesinnung selbst bestrafen, sondern sind „strikt an einem veräußerlichten Rechtsgüterschutz“<sup>58</sup> zu orientieren. Erst wenn Äußerungen „erkennbar in Gefährdungslagen umschlagen“<sup>59</sup>, wird ihnen der grundrechtliche Schutz der Meinungsfreiheit versagt. Das BVerfG markiert „eine Art Eingriffsschwelle für die Gefahrenabwehr [...] wenn Meinungen Rechtsgüter Einzelner oder der Allgemeinheit erkennbar gefährden“, indem sie die „Sphäre der Äußerlichkeit“ der Rechtsgüter betreffen und nicht auf „das subjektive Innere der individuellen Überzeugung“<sup>60</sup> beschränkt bleiben. Dies wird bei der künftigen Auslegung des § 130 Abs. 4 StGB durch die Strafgerichte, aber auch durch die Versammlungsbehörden zu berücksichtigen sein.

Das Gericht erteilt all den vereinzelt vertretenen, noch weiter gehenden Ansätzen<sup>61</sup> zur Beschränkung der Meinungs- und Versammlungsfreiheit von Rechtsradikalen eine ausdrückliche Absage. Das Grundgesetz kenne „kein allgemeines antinationalsozialistisches Grundprinzip“<sup>62</sup>. Ein solches sei insbesondere auch nicht aus den Bestimmungen zur wehrhaften Demokratie abzuleiten. Vielmehr sei es den Art. 9 Abs. 2, Art. 18 und Art. 21 Abs. 2 GG gemein, „dass nicht schon die Verbreitung verfassungsfeindlicher Ideen als solche..., sondern erst eine aktiv kämpferische, aggressive Haltung“ die Grenze der geistigen Freiheit markiert.

Insbesondere dem letzten Punkt ist zuzustimmen. Auch ist die Idee des BVerfG zu begrüßen, den Vorbehalt der wehrhaften Demokratie ausnahmsweise dann auf andere

<sup>51</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 66: Dies könne „auf der Grundlage der allgemeinen Regeln zu den Grenzen der Meinungsfreiheit nicht erfasst werden“.

<sup>52</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 72.

<sup>53</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 64.

<sup>54</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 66.

<sup>55</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 66.

<sup>56</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 66.

<sup>57</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 65.

<sup>58</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 68.

<sup>59</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 67.

<sup>60</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 74.

<sup>61</sup> *Battis/Grigoleit*, NVwZ 2001, 121 (123 ff.); OVG Münster, Beschl. v. 23.3.2001 – 5B 395/01 = NJW 2001, 2111.

<sup>62</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 67.

Grundrechtskonstellationen zu erstrecken, wenn diese den ausdrücklichen, qualifizierten Vorbehalten gegen Verfassungsfeinde entsprechen. Das ist nicht nur von Bedeutung für die Meinungsfreiheit, sondern kann auch beim Verbot eines religiösen Vereins relevant werden, wenn dieses nämlich nicht nur an Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2 GG, sondern auch an Art. 4 Abs. 1 GG zu messen ist.<sup>63</sup> Das BVerfG bleibt freilich eine Begründung dafür schuldig, ob bzw. warum in den Fällen des § 130 Abs. 4 StGB die erlaubte Verbreitung „gefährlicher Ideen“<sup>64</sup> in eine verbotbare „Gefährdungslage“<sup>65</sup> umschlage. Auch wenn das BVerfG hier ungenau bleibt, sollte bei einer künftigen, verfassungskonformen Auslegung des § 130 Abs. 4 StGB auf die Maßstäbe zurückgegriffen werden, die für eine „aktiv kämpferische, aggressive Haltung“ im Rahmen der wehrhaften Demokratie entwickelt wurden.

#### 4. Rekonstruktion des Ansatzes des BVerfG über die Dogmatik der verfassungsimmanenten Grundrechtsschranken

Das BVerfG suchte offenbar nach einem verfassungsrechtlich legitimen Weg der Bekämpfung des Rechtsradikalismus in Zeiten, in denen Neonazis regelmäßige Demonstrationen organisieren. Unsere wehrhafte Verfassung regelt solche Wege, die – nicht nur hinsichtlich von Parteiverboten – nicht ausgeschöpft wurden. Das Grundgesetz hat neben dem Parteiverbot nach Art. 21 Abs. 2 GG mit dem Instrument der Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG auch ein Mittel gegen individuelle Verfassungsfeinde parat. Aus der Existenz des Art. 18 GG ist im Umkehrschluss zu folgern, dass das Argument des Grundrechtsmissbrauchs darüber hinaus keine Bedeutung hat. Wenn wir mit den Ausführungen des BVerfG zum vorliegenden Fall zugrunde legen, dass der Beschwerdeführer und andere Personen, auf deren Wirken der Gesetzgeber mit § 130 Abs. 4 StGB reagiert, mehr als nur „gefährliche Ideen“ verbreiten; dann wäre primär auf die Möglichkeit zu verweisen, das über Jahrzehnte nicht gebrauchte Instrument der Grundrechtsverwirkung in Ansatz zu bringen, um bestimmte Personen als Organisatoren von Versammlungen auszuschließen. Unterstellen wir hingegen, dass die Voraussetzungen des Art. 18 GG für viele Versammlungsleiter nicht vorliegen, denen aber nunmehr § 130 Abs. 4 StGB entgegengehalten werden kann, dann hätte das BVerfG die Eingriffsschwellen der wehrhaften Demokratie verschoben.

Das BVerfG geht damit einen Mittelweg: Einerseits geht es nicht so weit (wie das OVG Münster), die Meinungsfreiheit durch ein allgemeines Verbot der Verbreitung nationalsozialistischer Gedanken beschränken zu wollen.<sup>66</sup> Andererseits will das BVerfG offenbar die rechtsstaatlich legitimen Mittel zur Begrenzung der Meinungs- und Versammlungsfreiheit von Verfassungsfeinden auch nicht strikt auf das in

Art. 18 GG ausdrücklich geregelte Verwirkungsverfahren beschränken. Dieser Mittelweg lässt sich nur dann bruchlos in die Grundrechtsdogmatik einbinden, wenn man jedenfalls die Voraussetzung einer „aktiv kämpferischen, aggressiven Haltung“ aus der Dogmatik des Art. 18 GG auch auf immanenten Schranken der Meinungsfreiheit überträgt. Dann und nur dann erscheint § 130 Abs. 4 StGB und ein Versammlungsverbot im Einzelfall als milderes Mittel gegenüber einem dauerhaften Grundrechtsverwirkungsausspruch. Letzterer sollte als ultima ratio auf die Fälle begrenzt sein, in denen ein Verfassungsfeind nicht nur punktuell, sondern nachhaltig mit einer derartig aggressiven Grundhaltung aktiv in Erscheinung tritt.

Als Verfassungsgut ist dabei weniger auf die Menschenwürde, sondern vielmehr auf den Schutz der freiheitlich demokratischen Grundordnung i.S.d. Art. 18 GG (vgl. auch Art. 9 Abs. 2 und Art. 21 Abs. 2 GG) zurück zu greifen. Mag man mit dem BVerfG auch den Gedanken der Völkerverständigung heranziehen, ließe sich auf Art. 9 Abs. 2 GG sowie auf die Präambel verweisen. Es ist möglich, die Schutzgüter der wehrhaften Demokratie als Verfassungsgüter im Rahmen verfassungsimmanenter Schranken zum Ansatz zu bringen.<sup>67</sup> Allerdings reicht nicht jeder Angriff auf diese Schutzgüter aus, sondern nur ein qualifiziert aggressiver. Nicht nur die Schutzgüter, sondern auch die in Art. 9 Abs. 2, Art. 18 und Art. 21 Abs. 2 GG normierten Eingriffsschranken sind zu verallgemeinern, wenn es um die Rechtfertigung von Mitteln gegen Verfassungsfeinde geht.

Ein solches Ergebnis ließe sich auch innerhalb der Dogmatik des Art. 5 Abs. 2 GG begründen: Im Rahmen der Wechselwirkungslehre ist eine strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu fordern, die ähnlich der Dogmatik der verfassungsimmanenten Schranken noch strenger ist, als das BVerfG sie letztlich durchführt. Auch im Rahmen dieses Ansatzes gilt es zu hinterfragen, wie intensiv das Schutzbedürfnis für die betroffenen Rechtsgüter ist. Dem BVerfG ist zugute zu halten, dass dies Fragen des Einzelfalls sind, deren Entscheidung der Senat den Fachgerichten überlässt. Damit ist letzteren jedenfalls eine restriktive Auslegung des § 130 Abs. 4 StGB aufgegeben. Die Frage wird auf dem Wege von Urteilsverfassungsbeschwerden vermutlich erneut an das BVerfG herangetragen werden. Das BVerfG wird dann die Gelegenheit haben, seine Ausführungen notfalls noch einmal zu präzisieren.

Wenn dem BVerfG primär daran gelegen war, die Meinungsfreiheit insgesamt nicht zu verwässern, hätte es dies besser durch eine (verschärfte) Fortentwicklung der Wechselwirkungslehre erreichen können. Damit sind wir bei der Kritik an der Entscheidung.

#### 5. Verfassungsdogmatische Kritik und rechtspolitische Alternativen

Der Beschluss beansprucht, eine Grundsatzentscheidung zur Meinungsfreiheit darzustellen. Der Senat selbst misst seiner Entscheidung „allgemeine verfassungsrechtliche Bedeutung“ zu, um sie geradezu mutwillig nach dem Tode des Beschwer-

<sup>63</sup> Dazu Michael, Verbote von Religionsgemeinschaften, JZ 2002, 482; ders., Anmerkungen zum Urteil des BVerwG v. 26.6.2006 – Verbot eines religiösen Vereins, JZ 2007, 146.

<sup>64</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 68.

<sup>65</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 67.

<sup>66</sup> Vgl. Leitsatz 2 (Fn. 1).

<sup>67</sup> Dazu Michael, JZ 2002, 482.

deführers zu fassen. Der Senat wollte sich zur Dogmatik der Sondergesetze äußern. Er hätte diese Fragen auch dahinstehen lassen können, wenn er seine zu Recht bestehenden Bedenken gegen die Bestimmtheit der Norm nicht mit knapper und wenig überzeugender Bedeutung geradezu trotzig beiseite geschoben hätte. Zur Verwerfung der Norm hätte Art. 103 Abs. 2 GG den Königsweg geboten – in der Hoffnung, der Gesetzgeber werde sich nicht ein zweites Mal die Blöße geben. Um zu dem Ergebnis zu gelangen, dass das Sondergesetz des § 130 Abs. 4 StGB tatsächlich im Ergebnis mit der Verfassung vereinbar sein kann, bedurfte es einer besonderen Begründung. Der Senat nimmt nicht den Notausgang der Menschenwürde, beschreitet nicht den Interpretationsweg über die Wechselwirkungslehre innerhalb der Frage der allgemeinen Gesetze und verbaut sich den Ausweg einer systematischen Auslegung des Art. 5 Abs. 2 GG, Sondergesetze auf den Ehr- und Jugendschutz zu beschränken. Er schlägt also viele Türen zu und gelangt doch am Ende zur Rechtfertigung. Fast scheint es, als hätte sich das Gericht durch selbst errichtete Mauern einen Fluchtweg geschlagen, um ein außergewöhnliches Ergebnis möglichst außergewöhnlich zu begründen.

Das Gericht war erkennbar darum bemüht, die allgemeine Dogmatik der Meinungsfreiheit einerseits weiter zu verschärfen, um sie dann für eine ganz spezielle Ausnahme tatsächlich zu durchbrechen. Gerade Ausnahmerechtsprechungen erschüttern – auch wenn sie das Gegenteil bezwecken – die Dogmatik, die doch gerade im Verfassungsrecht den kritischen Grenzfall markieren soll. Aus diesen Gründen wurde auch die Rechtsprechung zu den Mauerschützen-Prozessen<sup>68</sup> scharf kritisiert<sup>69</sup>. Den Entscheidungen ist gemein, dass sie dem Volksgefühl entsprechen, das nach dem Strafrecht gegen Mauerschützen und gegen Neonazis ruft.

Indes sind es weniger solche Ausnahmen, als vielmehr die Grundsätze unseres – in diesem Falle auch geschriebenen – Verfassungsrechts, die die Lösung solcher Grenzfälle bereithalten und die den Bürgern auch vermittelbar sind. Mit Art. 18 GG besteht ausdrücklich die Möglichkeit, Verfassungsfeinden die Demonstrationsfreiheit abzuerkennen. Damit enthält unsere Verfassung eine außergewöhnliche und abschließend zu verstehende Regelung des Grundrechtsmissbrauchs. Und niemand hätte sich empören können, wenn der Senat darauf verwiesen, § 130 Abs. 4 StGB verworfen und folgende Passage der Entscheidung zum Leitsatz gemacht hätte: dass die freiheitlich demokratische Ordnung des Grundgesetzes die Auseinandersetzung mit dem Totalitarismus „primär bürgerschaftlichem Engagement im freien politischen Diskurs sowie der staatlichen Aufklärung und Erziehung in den Schulen“<sup>70</sup> zuweist. Leider bleibt dieses Signal eine nur scheinbar liberale Verheißung der Gedankenfreiheit, die im Ausnahmefall dann zu durchbrechen ist.

Das BVerfG versäumt es, die legitimen Zwecke des § 130 Abs. 4 StGB auf die allgemeine Dogmatik zurückzuführen. Denkbar wäre eine Interpretation der Entscheidung als weitere<sup>71</sup>, grundsätzlich begrüßenswerte Annäherung der Dogmatik der Meinungsfreiheit an die Dogmatik zu den vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten. Dabei bleibt zu kritisieren, dass das BVerfG das Schutzgut des „öffentlichen Friedens“ nicht auf Verfassungsgüter bezieht, sondern als allgemein legitimen Zweck behandelt. Wenn man dem BVerfG darin folgt, dass sich bei Fällen des § 130 Abs. 4 StGB bereits Gefahren des Übergangs zu Aggression abzeichnen, wäre auch der Schutz anderer Grundrechte betroffen. Schließlich könnte auch auf den „Frieden“ als Verfassungsgut der Präambel verwiesen werden, gerade auch in Bezug auf den verheerenden Eindruck, den Neonazis im Ausland hinterlassen. Die unter 4. erfolgte Rekonstruktion der Argumentation macht dann aber auch die Frage deutlich, an der sich das Ergebnis entscheiden sollte: Sind in den Fällen des § 130 StGB wirklich die genannten Verfassungsgüter in einem Maße unmittelbar gefährdet, dass sich der Eingriff als Maßnahme zur Erfüllung einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht rechtfertigen lässt? Darüber lässt sich sehr streiten. Und das BVerfG wollte zu diesem Aspekt angesichts des von ihm intendierten Ergebnisses wohl nicht noch deutlicher Stellung beziehen. Wenn die Fachgerichte dies nicht tun, wird das BVerfG hier selbst nachlegen müssen.

Nicht nur dogmatisch unbefriedigend, sondern auch im Ergebnis kritikwürdig bleibt die Entscheidung dadurch, dass sie Art. 3 Abs. 3 GG auf nicht überzeugende Weise ausblendet. Selbst wenn man die hier vertretenen verfassungsimmanenten Schranken der Meinungsfreiheit grundsätzlich auch gegenüber Art. 3 Abs. 3 GG zum Ansatz bringt, lässt sich damit eine Ungleichbehandlung gerade nicht rechtfertigen. Denn der Ansatz der wehrhaften Demokratie des Grundgesetzes richtet sich grundsätzlich und neutral gegen rechts- ebenso wie gegen linksextreme Verfassungsfeinde gleichermaßen. Dass das BVerfG eine Sonderdogmatik gerade und ausschließlich für die rechtsradikale Verfassungsfeinde entwickelt, bricht ohne Not mit Art. 3 Abs. 3 GG. Zwar ist richtig, dass die Menschenwürdeverletzungen im Nationalsozialismus einzigartig und nicht mit denen anderer totalitärer Regime vergleichbar sind. Wer aus diesem Grund dem Art. 3 Abs. 3 GG verfassungsimmanente Schranken setzen will, müsste auf den Ansatz des OVG Münsters zurückgreifen, den das BVerfG aus guten Gründen aber ablehnt. Wohl deshalb weicht das BVerfG auch aus, sich dieser Frage im Rahmen des Art. 3 Abs. 3 GG zu stellen. Gerade wenn man mit dem BVerfG den Blick auf die über die Grenzen hinausweisende Völkerverständigung richtet, sollte man ein Verbot der Verherrlichung des Völkermordes nicht ausschließlich auf Neonazis beziehen. Art. 3 Abs. 3 GG zwingt den Gesetzgeber,

<sup>68</sup> BVerfGE 95, 96 – Mauerschützen.

<sup>69</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, zu Art. 103 Abs. 2 Rn. 48.

<sup>70</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 50.

<sup>71</sup> Nach BVerfGE 66, 116 (136) – Springer/Wallraff gelten hingegen verfassungsimmanente Schranken noch neben denen des Art. 5 Abs. 2 GG; zustimmend: *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2008, zu Art. 5 Rn. 152; allgemein ablehnend: *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 25. Aufl. 2009, Rn. 342.

Beschränkungen der Meinungsfreiheit neutral zu formulieren. Ob sich dann unter entsprechende Gesetze auch z.B. eine Verherrlichung der Gräueltaten Stalins oder Maos subsumieren ließe und ob dies in Deutschland praktisch relevant wäre, wäre dann eine tatsächliche Frage der Rechtsanwendung. Besonders unbefriedigend ist die Entscheidung auch rechtspolitisch deshalb, weil es dem Gesetzgeber nicht einmal gelungen ist, ein Sonderstrafrecht einigermaßen bestimmt zu formulieren. Dass das BVerfG dies alles „durchgehen“ lässt, statt dem Gesetzgeber im Kampf mit Verfassungsfeinden klarere Wege zu weisen, enttäuscht.

Eine in diesem Sinne neutrale und hinreichend bestimmte Alternativ-Formulierung des § 130 Abs. 4 StGB könnte lauten: „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden dadurch stört, dass er am Völkermord im Sinne des § 6 des Völkerstrafgesetzbuches Beteiligte oder ein Gewalt- und Willkürregime, in dessen Rahmen solche Taten systematisch begangen wurden, in einer aggressiv kämpferischen Weise billigt, verherrlicht oder rechtfertigt, die geeignet ist, Hemmschwellen zu diskriminierenden Gewalttaten herabzusetzen und potentielle Opfer einzuschüchtern.“ Ein solcher § 130 Abs. 4 StGB würde § 130 Abs. 3 StGB (das Verbot der so genannten „Auschwitz-Lüge“<sup>72</sup>) in der Weise erweitern, dass er sich nicht nur auf die Billigung der Völkermord-Taten, sondern auch auf die Verherrlichung der dafür persönlich verantwortlichen Individuen und der systematisch solche Taten fordernden Gewaltregime erstrecken würde. Mit der hier vorgeschlagenen Formulierung würde zugleich auf die – auch im Rahmen des § 130 Abs. 3 StGB verfassungsrechtlich sehr bedenkliche – Beschränkung auf den Nationalsozialismus verzichtet und die – aus Bestimmtheitsgründen bedenkliche – Störung des öffentlichen Friedens näher umschrieben.

#### IV. Konsequenzen der Entscheidung

##### 1. Folgen für die künftige Dogmatik der Schranken der Meinungsfreiheit

Gewarnt sei ausdrücklich davor, überzogene Konsequenzen aus einzelnen Passagen der Entscheidung zu ziehen. Die Begründung fällt in zwei Teile auseinander, die nur schwer zusammen passen. Der erste Teil klingt nach einer Verschärfung der Schrankendogmatik des Art. 5 Abs. 2 GG in Richtung Sonderrechtstheorie. Jedoch werden die Konsequenzen gerade nicht gezogen. § 130 Abs. 4 StGB soll nicht verfassungswidrig sein, obwohl er kein allgemeines Gesetz ist. Der zweite Teil der Entscheidung klingt nach einer Annäherung des BVerfGs an die Ansätze des OVG Münster, indem ein Weg gebahnt wird, die Meinungs- und Versammlungsfreiheit der Neonazis doch und zwar spezifisch zu beschränken. Je-

doch lehnt der Senat im gleichen Atemzug die Rechtsprechung des OVG Münster einmal mehr explizit ab.

Es gibt zwei Möglichkeiten, aus dieser Entscheidung Konsequenzen für die zukünftige Schrankendogmatik der Meinungsfreiheit zu ziehen:

Die eine Möglichkeit liegt darin, die Entscheidung als dogmatischen „Ausreißer“ zu betrachten. Dafür spricht, dass das BVerfG selbst die Verallgemeinerbarkeit seines Ansatzes in Frage stellt. Der Senat hat ausdrücklich betont, dass der Gesetzgeber mit § 130 Abs. 4 StGB einer „geschichtlich begründeten Sonderkonstellation“<sup>73</sup> Rechnung tragen wolle. Das BVerfG entwickelt mit seiner Entscheidung eine Art „Sonderdogmatik“, die nicht für alle „Sondergesetze“ gelten soll. Vielmehr soll der hier eingeschlagene Weg lediglich die „auf andere Konflikte nicht übertragbare einzigartige Konstellation“<sup>74</sup> des Umgangs mit Neonazis betreffen. Das würde bedeuten, dass der Beschluss als Einzelfallentscheidung überhaupt nicht in die Dogmatik der Meinungsfreiheit einzuordnen ist, sondern insofern schlicht ignoriert würde. Dagegen spricht aber nicht nur, dass das BVerfG die Entscheidung wegen grundsätzlicher Bedeutung noch nach dem Tod des Beschwerdeführers gefasst hat. Vielmehr würde dies auch zu großen Problemen führen, je näher zukünftige Fälle – und es gibt viele Fragen im Zusammenhang mit rechtsradikalen Demonstrationen – an dem Sachverhalt der Entscheidung liegen. Eine verfassungsgerichtliche Entscheidung, die im Kern die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes betrifft, kann sich schon wegen der Allgemeinheit des betroffenen Gesetzes (Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG) nicht einer Bedeutung über den Einzelfall hinaus entziehen.

Vorzugswürdig ist es deshalb, die Entscheidung als Annäherung an die These der verfassungsimmanenten Schranken der Meinungsfreiheit zu deuten. Dabei sei allerdings klargestellt, dass eine so rekonstruierte Einordnung die Meinungsfreiheit nicht aufweichen sollte. Nach hier vertretener Auffassung sind insbesondere beim Schutz von objektiven Verfassungsgütern bzw. Gemeinschaftsgütern sehr hohe Anforderungen an die Eingriffsschwellen zu stellen.<sup>75</sup> Nur wenn solche nachhaltig gefährdet werden, mag die Meinungsfreiheit zurücktreten. Der Senat ist beim Wort zu nehmen, dass der verfassungsrechtliche Schutz der Meinungsfreiheit allenfalls dann zu versagen ist, wenn Meinungsäußerungen „erkennbar in Gefährdungslagen umschlagen“<sup>76</sup>. Dass das BVerfG vorliegend eine plausible Erklärung schuldig dafür geblieben ist, warum bzw. wann das in Fällen des § 130 Abs. 4 StGB der Fall ist, bleibt eine Frage der konkreten Konsequenzen der Entscheidung, auf die abschließend einzugehen ist.

<sup>72</sup> § 130 Abs. 3 StGB lautet: „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich billigt, leugnet oder verharmlost.“

<sup>73</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 66.

<sup>74</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 66.

<sup>75</sup> Michael/Morlok, Grundrechte, 2. Aufl. 2010, Rn. 742.

<sup>76</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 67.

## 2. Maßgaben für die Auslegung des § 130 Abs. 4 StGB und für das Versammlungsrecht

§ 130 Abs. 4 StGB ist verfassungskonform und d. h. restriktiv auszulegen. Einem Gesinnungsstrafrecht ist mit der Entscheidung nicht Tür und Tor geöffnet – auch nicht bezogen auf Rechtsradikale. Vielmehr soll es bei der Verfassungsgewobtheit eines „strikt an einem veräußerlichten Rechtsgüter-schutz(es)“<sup>77</sup> bleiben. Es ist im Einzelfall zu fragen, ob Äußerungen von Neonazis den öffentlichen Frieden tatsächlich und erkennbar gefährden. Das ist nur dann der Fall, wenn die Äußerungen nicht nur rechtsradikales Gedankengut verbreiten, sondern darüber hinaus eine aktiv kämpferische, aggressive Haltung erkennen lassen, die zum Rechtsbruch auffordert, Hemmschwellen zur Gewalt verringern bzw. Dritte einschüchtern will. Die Fachgerichte werden darauf zu achten haben, das darzulegen und zu begründen, was das BVerfG offen gelassen hat. Dabei ist konkret auf die Umstände einzugehen, die das BVerfG zur Begründung seines Ansatzes heranzieht. Es ist damit zu rechnen, dass das BVerfG darüber streng wachen wird und jede Entscheidung, die an eine pauschale Begründung i.S.d. Rechtsprechung des OVG Münster erinnert, verworfen wird. Die Wunsiedel-Entscheidung des BVerfG ist kein Freibrief, um Neonazis den Mund zu verbieten, sondern bleibt Herausforderung, bestimmte extremistische Verbalexzesse unterbinden zu können.

## 3. Empfehlungen für die Fallbearbeitung

Die Konstellation hat hohe Examensrelevanz. Dabei ist gegebenenfalls genau darauf zu achten, ob die Aufgabenstellung die bereits entschiedenen Fragen, oder aber Anschlussfragen betrifft. In jedem Fall empfiehlt sich in der Fallbearbeitung eine kritische Auseinandersetzung mit der Wunsiedel-Entscheidung auf allen Stufen der Grundrechtsprüfung. Studierende sollten sich folgende vier Schritte der Argumentation des BVerfGs einprägen:

1. Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit ist inhalts offen und weit zu verstehen, weil unser Grundgesetz „auf die Kraft der freien Auseinandersetzung als wirksamste Waffe auch gegen die Verbreitung totalitärer und menschenverachtender Ideologien“<sup>78</sup> vertraut. § 130 Abs. 4 StGB ist deshalb ein Eingriff in die Meinungsfreiheit.

2. Das BVerfG kommt zu dem Zwischenergebnis, dass § 130 Abs. 4 StGB ein Sondergesetz und deshalb kein allgemeines Gesetz i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG ist.

3. Das BVerfG verlangt auch für die Rechtfertigung von Gesetzen zum Schutze der Ehre und der Jugend ein allgemeines Gesetz i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG.

4. Von dem Verbot des Sondergesetzes macht das BVerfG allerdings eine Ausnahme „für Bestimmungen, die der propagandistischen Gutheißung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft Grenzen setzen“ (Leitsatz 1). Andererseits erlaubt das Grundgesetz „kein allgemei-

nes Verbot der Verbreitung rechtsradikalen oder auch nationalsozialistischen Gedankenguts schon in Bezug auf die geistige Wirkung seines Inhalts“ (Leitsatz 2).

Um die Ambivalenz des vierten Schrittes zu erklären, sollte betont werden, dass das BVerfG eine Grenze zu ziehen sucht zwischen einer erlaubten „rein geistigen“ Verbreitung auch nationalsozialistischer Gedanken und solchen verbotbaren Äußerungen, die auf die „Auslösung des Übergangs zu Aggression“ angelegt sind. Wo diese Grenze im Einzelfall verläuft, lässt die Entscheidung offen. Zur weiteren Konkretisierung der Schranken der Meinungsfreiheit in diesen Grenzfällen empfiehlt sich eine Rekonstruktion der Rechtsprechung über die Dogmatik der verfassungsimmanenten Schranken. Dabei ist insbesondere auf die hohen Eingriffsschwellen bei den Instrumenten der wehrhaften Demokratie zu verweisen. Freilich lässt sich auch sehr gut vertreten, dass wegen dieser strengen Anforderungen – entgegen der Ansicht des BVerfG – bereits die Norm des § 130 Abs. 4 StGB verfassungswidrig ist (abgesehen von den Bedenken wegen Art. 3 Abs. 3 GG und Art. 103 Abs. 2 GG).

Wen der Ansatz des BVerfG auch im Ergebnis nicht überzeugt und wer auf der Suche nach einer klaren, leicht memorisierbaren Gegenposition ist, der möge sich merken: Nach einer restriktiven Auffassung ist die Einleitung eines Verwirklichungsverfahrens vor dem BVerfG nach Art. 18 GG das einzig legitime Mittel zur Begrenzung der Meinungs- und Versammlungsfreiheit von Verfassungsfeinden. Im Übrigen ist Art. 5 Abs. 2 GG eine restriktive und deshalb abschließende Schrankenregelung der Meinungsfreiheit, die auch den Rückgriff auf verfassungsimmanente Schranken versperrt. Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG fordert Verfassungstreue nur im Rahmen der Lehrfreiheit. Schließlich wenden sich auch Art. 9 Abs. 2 und Art. 21 Abs. 2 GG erst gegen die institutionelle Organisation verfassungsfeindlicher Ziele. Wollte man daraus den Umkehrschluss ziehen, müssten einzelne Äußerungen und Versammlungen von Neonazis verfassungsrechtlich hingenommen werden, soweit sie nicht gegen allgemeine Gesetze verstoßen.

<sup>77</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 68.

<sup>78</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08, Absatz-Nr. 50.