

# Geschichte im Korsett des politischen Strafrechts

## Meinungsfreiheit im „freien Westen“

von  
Günter Bertram<sup>97</sup>

### I Einleitung

Art. 5 Grundgesetz lautet:

*(1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.*

*(2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht auf persönliche Ehre.*

*(3) Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zu Verfassung.*

Die entscheidende Frage ist: Wo liegen die „Schranken“ (Art. 5 Abs. 2)? Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre unterliegen diesen Schranken anscheinend nicht. Gibt es hier gar keine Begrenzungen?

97 Günter Bertram, Vors. Richter a. LG i. R., Birkenweg 21, 21465 Wentorf, 040/7202833, gb.bertram@gmx.de Vortrag vor der SWG am 23. März 2009 – Vorbemerkung: Nach dem 23. 3. 2009 (Datum des Vortrags) sind zum Thema „Meinungsfreiheit“ wichtige Gerichtsentscheidungen ergangen, vor allem der Beschluß des Ersten Senats des BVerfG vom 4. 11. 2009, der § 130 Abs. 4 StGB für verfassungsgemäß erklärt. In der Literatur sind gegen ihn inzwischen gewichtige Einwände vorgebracht worden. Die Konsequenzen der Entscheidung lassen sich zur Zeit (Sommer 2010) schwer abschätzen.

### II. Meinungsfreiheit – der Ausgangspunkt

#### 1. Geschichte

Das Grundrecht der Meinungsfreiheit ist im GG zwar ähnlich verbrieft wie ehemals in der Weimarer Reichsverfassung (WRV), aber anders als dort doppelt gesichert. Es kann schlechterdings nicht abgeschafft werden (Art. 79 [3] G. G.) Als zusätzliche Sicherung der Grundrechte haben wir unter dem Grundgesetz das Bundesverfassungsgericht. Es hat sich eingebürgert, die Bundesrepublik als „wehrhafte“, „streitbare“ oder „kämpferische“ Demokratie zu rühmen. Man hat bei uns den Ruf übernommen: *keine Freiheit für die Feinde der Freiheit!* und verschweigt dabei, daß dieser Ruf von St. Just stammt, dem engsten und bis zum Tod treuesten Mitarbeiters Robespierres, des anerkannt ärgsten Terroristen der Revolution! Mit diesem Schlachtruf werden aber heute im Staat des Grundgesetzes viele *Fragewürdigkeiten* legitimiert.<sup>98[1]</sup>

98 <sup>[1]</sup> Vgl. nur G. Roelleke: „*keine Freiheit den Feinden der Freiheit!*“ NJW 1993, 3306 (zu VG Frankfurt, Beschluß vom 22. 2. 1993: NJW 1993, 2067; bemerkenswert der Sachverhalt S. 2067!)

Doch – auch abgesehen von solchen Grotesken – ist die Legitimität von Parteiverboten höchst fragwürdig. Vgl. Martin Morlok: *Schutz der Verfassung durch Parteiverbot?* NJW 2001, 2931–2942; zutreffend auch Horst Meier: „*Diese Artikel (scil. 21 II, 18 GG), anderen demokratischen Verfassungen unbekannt und später unter dem Begriff der „streitbaren Demokratie“ zusammengefaßt, stellen praktisch jedwede Politik unter das Gebot verfassungstreuer Gesinnung*“, noch auf die Spitze getrieben durch die „Ewigkeitsklausel“ (Art 79 II GG) *Kritik des Grundgesetzes*, MERKUR Nr. 607, Nov. 1999, S. 1099 (1101)

## 2. Politisches Strafrecht – nur ein Teil legitimen und illegitimen Staatsschutzes

Auch das dem Verfassungsrecht untergeordnete sog. Politische Strafrecht dient der Sicherung des freiheitlichen Staates. Dazu gehören die klassischen Straftatbestände Hoch- und Landesverrat, Offenbarung von Staatsgeheimnissen, Agententätigkeit usw.; übrigens auch „Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats ... durch Fortführung einer für verfassungswidrig erklärten Partei“ (§ 84 StGB) oder durch „Verstoß gegen ein Vereinsverbot“ (§ 85 StGB). Diese können im Rahmen dieser Abhandlung außer Betracht bleiben. Staat und Gesellschaft schützen sich vor ihren wirklichen oder vermeintlichen Gegnern keineswegs allein – oder auch nur in erster Linie – durch das Strafrecht. Verwaltungshandeln ist meist wirksamer und deshalb wichtiger. Man denke etwa an die Jahresberichte (VSB) der Verfassungsschutzämter, die ein Kenner (Christoph Gusy) schon 1986 ein „rechtliches Niemandsland“ genannt hat<sup>99[2]</sup>, an die Praxis dieser Behörde, Volkserziehung und Propaganda zu betreiben – man lese nur das Vorwort des FDP-Innenministers Dr. Wolf/NRW zu seinem VSB 2007!<sup>100[3]</sup> Auch zivilrechtliche Beziehungen sind im Sinne des Staatsschutzes nutzbar: Wenn etwa die Postbank oder andere Geldinstitute es für opportun halten, Kunden, die politisch in Verruf geraten sind, das Konto zu kündigen.<sup>101[4]</sup> oder Vermieter ihren Vertragspartnern,

99 [2] ) Christoph Gusy *Der Verfassungsschutzbericht*, NVwZ 1986, 6.

Zur Problematik der VS-Berichte:

Dietrich Murswiek *Staatliche Warnungen, Wertungen, Kritik als Grundrechtseingriff – Zur Wirtschafts- und Meinungslenkung durch staatliches Informationshandeln*, DVBl. 1997, 1021

ders.: *Meinungsäußerung als Beleg für eine verfassungsfeindliche Zielsetzung*, Arnim-Festschrift Berlin 2004, 481;

ders.: *Der VS-Bericht – das scharfe Schwert der streitbaren Demokratie*, NVwZ 2004, 769; ders.: *Neue Maßstäbe für den VS-Bericht – Konsequenzen aus dem JF-Beschluß des BVerfG*, NVwZ 2006, 121;

Hilmar Sander: *Politische Parteien im Visier des Verfassungsschutzes – Ein Beitrag zur Bestimmung der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die nachrichtendienstliche Beobachtung politischer Parteien, dargestellt am Beispiel der „Republikaner“*, DÖV 2001, 328. Die Neigung der VS-Ämter zu leichtfertigen Verdächtigungen der ??? spiegelt sich in einer Reihe dergleichen kassierender gerichtlicher Entscheidungen wider: BVerfG vom 24. 5. 2005: (NJW 2005, 2912) „Junge Freiheit“, dazu Bertram: *Eine Lanze für die Pressefreiheit*, NJW 2005, 2890; OVG Berlin-Brandenburg v. 6. 4. 2006: (NVwZ 2006, 838) „REP“, dazu Bertram: *Kollateralschäden einer „wehrhaften Demokratie“* in NJW 2006, 2967; VG Düsseldorf vom 21. 11. 2006: „national24.de“, dazu Bertram: *Rechte Meinungen* in NJW 2007, 2163

100[3] Vgl. VSB NRW 2007, dessen ministerielles Vorwort – Dr. Ingo Wolf, FDP, MdL (S. 1–5) – sich auf drei Seiten mit Rechtsextremismus, dann auf einer mit „Islamismus“ befaßt: „Dem VS wird in letzter Zeit wieder verstärkt vorgeworfen, er sei politisch instrumentalisiert worden. Entzündet hat sich dieser Vorwurf vor allem an der Berichterstattung über die Lokalpartei „pro Köln“. Richtig ist, daß die Aufklärungs- und Informationsarbeit des VS gesellschaftspolitisch ist. Wie kann es auch anders sein, denn die Arbeit zielt darauf ab, daß aufgeklärte Bürger der populistischen Politik rechter Parteien und Gruppierungen nicht auf den Leim gehen (S. 2) ...

101[4] Ein Beispiel: Am 5. 1. 2001 kündigt die Postbank dem Verlag „Junge Freiheit“ das Konto: „Wir möchten mit extremen Organisationen keine Kundenbeziehung“ und lobt ihren Schritt „als Beitrag für die Demokratie“ und „Zeichen gegen Gewalt und Fremden-Haß“. Dann aber erscheint am 1. 2. in FAZ, SZ, Berliner Mopo und Bonner

die einen Saal gemietet hatten, kurzerhand den Stuhl vor die Tür setzen, weil sie einen öffentlich inszenierten Skandal mehr fürchten als Schadensersatzansprüche. Beispiel: Im Juni 2005 lädt das „Corps Irminsul“ zum 125. Jubiläum und „Festkommers“ in den Hamburger Ratsweinkeller ein – Festredner: Konrad Löw, Bayreuth. Am Vortag faxt die Sprinkenhof-AG ihrem Pächter, der den Irminsul-Vertrag geschlossen hatte: „untragbar – ausladen!“ Grund: die taz hatte just verbreitet: „rechter Kommers mit umstrittenem Gastredner!“ (vgl. dazu: Bücherverbrennung 2004, MHR 4/2004, S. 42–45; Bertram *Der Fall Konrad Löw - Meinungsfreiheit oder P.C.? Recht und Politik* 1/2005, 33–37). Die Hamburger Veranstalter laden K. Löw bedauernd aus; aber der RA des Vorstands nimmt das nicht hin, droht eine einstweilige Verfügung an, fragt auch beim Hamburger Verfassungsschutz nach, der mitteilt, daß gegen Löw gar nichts vorliege, und bewirkt, daß die Kündigung rasch und lautlos zurückgezogen wird – so geräuschlos, daß die taz davon nichts mitbekommt und die Ausladung Löws verkündet.<sup>102[5]</sup> Auf derselben Linie liegt es, wenn versucht wird, einen „rechten“ Verlag von der Leipziger Buchmesse zu verbannen. Man erfährt viele – wenn nicht alles täuscht: solide dokumentierte! – Fälle von „Berufsverboten“ (eine aus den 70er und 80er Jahren gut bekannte Vokabel)<sup>103[6]</sup>. Die hohen Hürden, die das GG mit Bedacht vor seinen Verboten (Art. 21 II, 18) aufgerichtet hat, werden immer wieder unterspült: die NPD etwa wird praktisch so behandelt, als wäre sie verboten<sup>104[7]</sup>, mißliebige Personen so, als wären

GenA. ein „Appell für die Pressefreiheit“, daraufhin, noch am selben Tage, zieht die PB ihre Kündigung zurück, und die taz spottet: „Zivilcourage hat Konjunktur!“, vgl. Alexander von Stahl: *Kampf um die Pressefreiheit: Chronologie eines Skandals*, 2003, S. 33f

102[5] Vgl. näher dazu: Bertram: „Die Unperson beim Festkommers“, Mitteilungen des Hamburgischen Richtervereins (MHR) 3/2005, 11 ff., ders.: *Recht und Politik* 1/2005, 33 ff.: *Meinungsfreiheit oder Political correctness - Der Fall Konrad Löw*

103[6] Vgl. etwa den Rauswurf des Berliner Dozenten für Rechtswissenschaften – RiAG i.R. Falko Gramse – aus der Landespolizeischule Berlin Mitte vom Juli 2007 wegen Redakteurstätigkeit für die JF, vgl. JF vom 27. 7. 2007 „Patriotismus als Kündigungsgrund“ (S. 7) und „Einschüchterungsstrategie“ (Heinrich Lummer, a. a. O., S. 2). Eine „Show“ besonderer Art – mit einem Rauswurf und anschließenden Arbeitsgerichtsprozessen verbunden: *Eva Herman bei Kerner* am 9. 10. 2007, vgl. dazu Bertram: „Gedanken zur Hermann-Schlacht“: *Recht und Politik* 4/2007, S. 242

Der „Fall Molau 2004“ (jetzt auch zu ihm FAZ v. 9. 1. 2009: „Eine Partei zersetzt sich selbst“), über den *Panorama* am 25. 11. 2004 berichtete („Schulverbot für Nazikinder – Fragwürdiger Umgang mit NPD-Familie“), zeigt mehrere Facetten des Problems auf: Dem Mann, der als Pädagoge allseits gelobt wurde, wurde von seiner Braunschweiger Waldorfschule fristlos gekündigt und gleich Hausverbot erteilt, als er wissenschaftlicher Mitarbeiter der sächsischen NPD-Landtagsfraktion wurde. Der eigentliche Skandal lag aber darin, daß das Hausverbot sofort auch auf seine Frau und (!) seine dort eingeschulten minderjährigen Kinder erstreckt wurde. Vgl. dazu Bertram: *Kinderhaftung - Sippenhaft*, Mitteilungen des Hamburgischen Richtervereins 1/2005, S. 26. Andere Fälle bei v. Münch – *Der „Aufstand der Anständigen“* NJW 2001, 728 (insb. 732, Ziffer V. 3)

104[7] Das jüngste Projekt des niedersächsischen Innenministers Schünemann (CDU – im Auftrag der Innenminister), mit Hilfe einer Verfassungsänderung (dazu Gutachten des Prof. Volker Epping, Hannover) die NPD von der staatlichen Parteienfinanzierung aus-

ihnen die Grundrechte bereits entzogen worden ... Der Rostocker Prof. Volker Neumann spricht von einer „Feinderklärung gegen rechts“<sup>105[8]</sup> – die sich in teils phantasievollen Spielarten von „Verbot, Schikane und Boykott“ ausprägen.<sup>106[9]</sup>

### 3. Meinungsfreiheit als Grund- und Verfassungsrecht, a. Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts

An der Wiege der Rechtsprechung steht das oft zitierte „Lüth-Urteil“ vom 15. 1. 1958.<sup>107[10]</sup> 1950 hatte der Hamburger Senatssprecher Erich Lüth öffentlich zum Boykott des Veit-Harlan-Films „Unsterbliche Geliebte“ aufgerufen, weil Harlan als Autor des seinerzeit von Goebbels bestellten und in seiner Auswirkung – der damaligen Instrumentalisierung! – schlimmen Films „Jud Süß“ seinen Anspruch auf öffentliche Wiederkehr verwirkt habe. Das Landgericht Hamburg verurteilte Lüth auf entsprechende Klage zur Unterlassung, weil der Boykottaufruf zivilrechtlich eine sittenwidrige und daher verbotene Schädigung sei. Dagegen erhob Lüth Verfassungsbeschwerde, so daß Karlsruhe die juristisch interessante Frage zu beantworten hatte, ob und inwieweit das Grundrecht der Meinungsfreiheit, auf das Lüth pochte, zivilrechtlich in die Sphäre Dritter, also Harlans bzw. seiner Filmgesellschaften, hineinzuwirken vermochte.

Sehr weit, entschied das BVerfG und gab Lüth recht. Hier nur ein paar Kernsätze aus dieser Entscheidung:

*Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt (Hinw. auf Art. 11 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte v. 1789). Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht*

zuschließen, ist ein geradezu klassischer Umgehungsversuch, vgl. dazu Bertram: „Angriff auf die Chancengleichheit“, Junge Freiheit v. 28. 11. 2008, S. 7; ders.: *Gekrümmtes Recht*, a. a. O., S. 2; die Änderung des Kommunalwahlgesetzes von Mecklenburg-Vorpommern durch G. vom 28. 1. 2009 (Überprüfung verdächtiger Kandidaten durch den VS) ist aus gleichen Holze. Beides wird gelobt von Rainer Litten: *Politikmüdigkeit und Rechtsextremismus – was hilft?* Recht und Politik 1/2009, S. 18–22

105<sup>[8]</sup> Volker Neumann, „Feinderklärung gegen rechts – Versammlungsrecht zwischen Rechtsgüterschutz und Gesinnungsaktionen“ in Leggewie/Meier, 2002, S. 155 (157 ff.)

106<sup>[9]</sup> Z. B. LG Leipzig v. 6. 10. 2000 in NJW 2001, 80: *sittenwidrig: unwirksam!* LG Frankfurt/Oder v. 13. 10. 2000: *Kündigung wirksam!* NJW 2001, 82; dazu richtig Boemke, Leipzig: *Kündigung von NPD-Konten und § 138 BGB* in NJW 2001, 43; über das Thema Kontenkündigung und „Report“ – Bericht dazu LG Mainz v. 9. 11. 2000 in NJW 2001, 761; vgl. auch viele einschlägige Nachweise bei Ingo von Münch: „Der Aufstand der Anständigen“, NJW 2001, 728 – zu Kontenkündigungen dort S. 732

107<sup>[10]</sup> 1 BvR 400/57 v. 15. 1. 1958: NJW 1958, 257–259; zur Fortgeltung seiner Prinzipien vgl. Dieter Grimm: *Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG*, NJW 1995, 1997, dort Ziffer I

*erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist (BVerfG ... = NJW 56, 1393). Es ist in gewissem Sinne die Grundlage jeder Freiheit überhaupt ... Aus dieser grundlegenden Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit ... ergibt sich, daß es nicht folgerichtig wäre, die sachliche Reichweite gerade dieses Grundrechts jeder Relativierung durch einfaches Gesetz ... zu überlassen ... Die gegenseitige Beziehung zwischen Grundrecht und „allgemeinem Gesetz“ ist ... nicht als einseitige Beschränkung der Geltungskraft des Grundrechts durch die „allgemeinen Gesetze“ aufzufassen: es findet vielmehr eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, daß die „allgemeinen Gesetze“ zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts ... ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen“.*

Ein langes, seiner Dialektik wegen nicht ganz einfaches, aber höchst aktuelles Zitat – wichtig auch deshalb, weil es für den „öffentlichen geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage“ in eine Vermutung ausmündet: „die Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede“.<sup>108[11]</sup>

### 4. Meinungsverbreitungsrecht

Zur Freiheit der Meinungen gehört nicht nur das Recht, sie zu äußern, sondern *auch*, sie gemeinschaftlich und demonstrativ unter die Leute zu bringen. Das wird durch Art. 8 GG verbrieft:

- (1) *Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln.*
- (2) *Für Versammlungen unter freiem Himmel kann dieses Recht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden.*

Den inneren engen Zusammenhang beider Grundrechte (Art. 5 und 8 GG) stellt das BVerfG in seiner *Brockdorf-Entscheidung* vom 14. Mai 1985 heraus: Es ging darum, ob die im Februar 1981 vom Landrat Steinburg verfügten und vom OVG Schleswig bestätigten *Beschränkungen* einer Anti-Kernkraft-Großdemonstration in der Wilstermarsch *vollen Umfangs* zulässig waren; als das BVerfG entschied, hatte die Demonstration mit ca. 50.000 Teilnehmern, bei der etwa 10.000 Polizeibeamte im Einsatz gewesen waren, längst stattgefunden, unbeschadet des Verbots. Das Gericht gab der Verfassungsbeschwerde gegen die Verfügung des Landrats statt.<sup>109[12]</sup>

108<sup>[11]</sup> BVerfG. NJW 1958, 259.

109<sup>[12]</sup> Durch besonders ausführlichen Beschluß, vgl. 1 BvR 233, 341/81: NJW 1985, 2395 ff.

„Als Abwehrrecht“, heißt es in den Gründen, „das auch und vor allem anders denkenden Minderheiten zugute kommt, gewährleistet Art. 8 GG den Grundrechtsträgern das Selbstbestimmungsrecht über Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt der Veranstaltung ... In der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung, die sich bislang mit der Versammlungsfreiheit noch nicht befaßt hat, wird die Meinungsfreiheit seit langem zu den unentbehrlichen und grundlegenden Funktionselementen eines demokratischen Gemeinwesens gezählt“ (: Lüth-Urteil!). Das BVerfG habe früher schon betont, „in einer Demokratie müsse die Willensbildung vom Volk zu den Staatsorganen und nicht umgekehrt verlaufen; das Recht des Bürgers auf Teilhabe an der politischen Willensbildung äußere sich ... auch in der Einflußnahme auf den ständigen Prozeß der politischen Meinungsbildung, die sich in einem demokratischen Staatswesen frei, offen, unreglementiert und grundsätzlich ‚staatsfrei‘ vollziehen müsse ... An diesem Prozeß“, merkt der Senat an, „sind die Bürger in unterschiedlichem Maße beteiligt. Große Verbände, finanzstarke Geldgeber oder Massenmedien können beträchtlichen Einfluß ausüben, während sich der Staatsbürger eher als ohnmächtig erlebt. In einer Gesellschaft, in der die Chance, sich durch sie zu äußern, auf wenige beschränkt ist, verbleibt dem einzelnen ... im allgemeinen nur eine kollektive Einflußnahme durch Inanspruchnahme der Versammlungsfreiheit für Demonstrationen. Die ungehinderte Ausübung des Freiheitsrechts wirkt nicht nur dem Bewußtsein politischer Ohnmacht und gefährlichen Tendenzen zur Staatsverdrossenheit entgegen. Sie liegt ... im wohlverstandenen Gemeininteresse ...“<sup>110[13]</sup> An sich erlaubte Restriktionen müßten zurückhaltend angewendet werden: „Mit diesen Anforderungen wären erst recht behördliche Maßnahmen unvereinbar, die über die Anwendung grundrechtsbeschränkender Gesetze hinausgehen und etwa den Zugang zu einer Demonstration durch Behinderung von Anfahrten und schleppende vorbeugende Kontrollen unzumutbar erschweren oder ihren staatsfreien unreglementierten Charakter durch exzessive Observationen und Registrierungen ... verändern.“ Das BVerfG hielt auch sonst die Fahne der Liberalität hoch.

### III. Meinungsfreiheit ... und dessen Einfärbung

#### 1. Klimawandel

Im Herbst 2004 fand sich in der NJW ein Beitrag zum Titel: „Demonstrationsfreiheit auch für Rechtsextremisten? – Grundsatzüberlegungen zum Gebot rechtsstaatlicher Toleranz.“<sup>111[14]</sup> Sein Verfasser, Hoffmann-Riem, damals Vorsitzender Richter am Bundesverfassungsgericht, erinnert zunächst daran, daß es die Studentenbewegung mit ihrem Protest gegen „überkommene Strukturen“ „den Obrigkeitsstaat“ usw. gewesen sei, die Mitte der 60er

Jahre den Art. 8 GG aus seinem „Dornröschenschlaf“ gerissen und damit beim BVerfG viel Verständnis gefunden habe, wie etwa die Brockdorf-Entscheidung zeige, die den Gorleben-Treck 1979, die Bonner Friedensdemonstration 1981 und die Süddeutsche Menschenkette 1983 als Muster wünschenswerter behördlicher Kooperationsbereitschaft hervorhebt.<sup>112[15]</sup> Trotz Widerspruchs im einzelnen hat die liberale Linie des BVerfG im großen und ganzen Beifall gefunden, eine Akzeptanz, die dazu beigetragen hat, ihm sein bemerkenswertes Ansehen zu verschaffen.

Nun galten all diese Demonstrationen im Selbstverständnis ihrer Veranstalter, den Zuschreibungen der Medien und im allgemeinen Bewußtsein durchweg als „links“. Irgendwann vor der deutschen Wiedervereinigung, danach aber immer auffälliger, änderte sich das Bild, und man bekam es mit Demonstrationen, Kundgebungen, Aufrufen, Publikationen zu tun, die das „linke“ Monopol nicht mehr gelten ließen: Empörung und Frust über „die politische Klasse“ (vgl. Arnulf Baring in der FAZ vom 19. 11. 2002: „Bürger, auf die Barrikaden! Wir dürfen nicht zulassen, daß alles weiter bergab geht, hilflose Politiker das Land verrotten lassen ...), demonstrative Mißachtung politischer „Korrektheit“, Betonung deutscher „nationaler“ Belange und Interessen, Protest gegen nationale „Leisetreterei“, „Überfremdung“ usw. Das war nicht mehr „links“! Also galt das alles als „rechts“, und dann bald auch als „rechtsradikal“.

Hoffmann-Riem in o. a. Aufsatz: *Zu den Errungenschaften des Rechtsstaats gehört, daß er inhaltlich neutral ist. Er darf Kritik nicht als erwünscht oder unerwünscht definieren und je nach dem Ergebnis dieser Definition rechtlich unterschiedlich behandeln. Wer meint, Grundrechte politisch einfärben zu dürfen, demontiert sie ... Ein Grundrecht darf seine Fahne nicht nach dem politischen Wind richten. ... Der Schutz des Grundrechts gilt für alle Versammlungen ... und zwar ohne inhaltliche Bewertung des Anliegens oder gar seiner gesellschaftlichen Wünschbarkeit ... Schutz besteht damit grundsätzlich auch für Versammlungen von Rechtsextremisten. Die Garantien des Rechtsstaates dürfen zu keiner Zeit einem politischen Trend oder einem politisch wünschenswerten Anliegen geopfert werden.*

Das war nicht nur die Meinung eines Verfassungsrichters, sondern die des zuständigen mit acht Richtern besetzten Ersten Senats<sup>113[16]</sup>: *Das Grundrecht der Meinungsfreiheit ist ein Recht auch zum Schutz von Minderheiten; seine Ausübung darf nicht ... unter den Vorbehalt gestellt werden, daß die geäußerten Meinungsinhalte herrschenden sozialen oder ethischen Auffassungen nicht widersprechen ...* Die maßgebende Rechtsprechung, von der Rechtswissenschaft ganz überwiegend geteilt<sup>114[17]</sup>, ist also eindeutig. Die Verwaltungspraxis war eine andere, wie der Verfasser vielfach feststellen muß-

<sup>112[15]</sup> NJW 1985, 2398 zu III. 1.

<sup>113[16]</sup> Senatsentscheidung vom 23. 6. 2004: NJW 2004, 2814

<sup>114[17]</sup> Nachweise etwa bei Hoffmann-Riem, a. a. O.; Kniesel/Poscher: „Die Entwicklung des Versammlungsrechts 2000 – 2003“, NJW 2004, 422 ff.

<sup>110[13]</sup> BVerfG, a. a. O., NJW 1985, 2396 re. Sp.

<sup>111[14]</sup> NJW 2004, 2777–2782

te. Daß Verwaltungen sich um verfassungsrechtliche Maßstäbe wenig scheren, macht fast jedes einschlägige Demonstrationsereignis (soweit darüber berichtet wird) augenfällig. Ein krasser Fall ist der spektakulär gescheiterte sog. „*Anti-Islamisierungskongreß*“ von Köln vom September letzten Jahres: Der Kongreß ist genehmigt, geht aber in riesigen Gegenkundgebungen unter, als deren Exekutoren sich als gewalttätige „*Autonome*“ einfinden, vor denen die Polizei schnell kapituliert und den Notstand ausruft: ihre Auflösungsverfügung sich also nicht gegen die „*Störer*“, sondern deren Kontrahenten richtet. „*Kapitulation des Rechtsstaates!*“ urteilt der Staatsrechtler Josef Isensee – gewiß zutreffend ... Man könnte Beispiel um Beispiel anfügen; das wäre aber überflüssig.<sup>115[18]</sup>

## 2. Antifa

Wirklich bedenklich und für den Rechtsstaat gefährlich ist der Streit, den das OVG Münster mit missionarischer Leidenschaft gegen den Ersten Senat des BVerfG ausficht. Dem OVG, zumal seinem Präsidenten *Michael Bertrams*, zufolge gibt es Meinungen (etwa – wie es bei ihm heißt – rassistischen, ausländerfeindlichen, antisemitischen, faschistischen und ähnlichen Inhalts, „*menschenverachtendes Gedankengut*“), die nicht etwa nur „*politisch mißliebig*“, sondern von vornherein und schlechthin verfassungswidrig, verboten und verbietbar seien. Unsere „*kämpferische Demokratie*“ sei nämlich begründet im „*historischen Gedächtnis*“ einer antifaschistischen Verfassung, denen diese Maßstäbe zu entnehmen seien (= Art. 139 GG usw.)<sup>116[19]</sup> Dieser Anspruch auf politische Vormundschaft des Staates über die Meinungsvielfalt der Bürger prägte dann einen Prozeß der Wochenzeitung *Junge Freiheit*, Berlin, gegen den Verfassungsschutz Düsseldorf. Dieser endete damit, daß die Karlsruher Verfassungsrichter die vom antifaschistischen Geist inspirierten Vorentscheidungen Düsseldorfs und Münsters kassierte und der *Jungen Freiheit* recht gab.<sup>117[20]</sup>

## 3. Volksverhetzung (§ 130 StGB) im Lichte der Verfassung

Art. 1 (3) GG lautet: *Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.* Gesetze, die gegen die Verfassung verstoßen, sind daher rechtswidrig und können vom BVerfG aufgehoben werden. In Zusammenhang mit unserer Fragestellung sorgt eine Bestimmung des Strafgesetzbuches, die sogenannte

**Volksverhetzung** immer wieder und bis zur Stunde für Zündstoff und Debatten. § 130 StGB, der diese Bezeichnung trägt, trat 1960 an die Stelle des früheren § 130, der die „*Anreizung zum Klassenkampf*“ mit Strafe bedroht und längst obsolet geworden war.<sup>118[21]</sup> Der neue Text von 1960 lautete:

*Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören,*

1. *zum Haß gegen Teile der Bevölkerung aufstachelt oder zu Gewalt- oder*

*Willkürmaßnahmen gegen sie auffordert oder*

2. *die Menschenwürde anderer dadurch angreift, daß er Teile der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet,*

*wird mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.*

Diese Bestimmung reichte aus, sowohl antisemitischen und fremdenfeindlichen Schmähreden, Verunglimpfungen usw. strafrechtlich zu begegnen.<sup>119[22]</sup> Ich selbst war Berichterstatter in einer Hamburger Strafkammer, die es bald nach 1966 mit einer Episode des Bürgerschaftswahlkampfes zu tun bekam: Der Angeklagte hatte die Wahlplakate der SPD für ihren Kandidaten Bürgermeister Prof. Dr. Herbert Weichmann vielfach so überklebt, daß die Aufschrift lautete: „*Hamburg wählt seinen Juden*“ oder „*... wählt seinen Juden Weichmann*“. Die Strafkammer hat den Mann nach dem zitierten Paragraphen verurteilt, und der Bundesgerichtshof hat das Urteil bestätigt.<sup>120[23]</sup> 30 Jahre später fand unter meinem Vorsitz in Hamburg das Strafverfahren gegen den US-Bürger Garry Lauck statt. Er hatte bald nach der Wiedervereinigung damit begonnen, seinen „*NS-Kampfzettel*“, ein ziemlich übles antisemitisches Hetzblatt, das sich mit Vorliebe über die sog. Vergasungslüge verbreitete, Hitler pries und in diesem Sinn die Trommel rührte, massenhaft in die Neuen Bundesländer hineinzupumpen. Auch ihn haben wir nach § 130 StGB bestraft, und der BGH hat seine Revision verworfen.<sup>121[24]</sup>

<sup>118[21]</sup> vgl. das 6. Strafrechtsänderungsgesetz, BGBl. 1960, I 478

<sup>119[22]</sup> Zu den Motiven der Gesetzgebung und ihrer Veranlassung vgl.

Joachim Jahn: *Strafrechtliche Mittel gegen Rechtsextremismus – Die Änderung der §§ 130 und 86 a StGB als Reaktion auf fremdenfeindliche Gewalt im Licht der Geschichte des politischen Strafrechts in Deutschland*, Diss. Univ. Hannover, Frankfurt 1998, S. 39 mit Anm. 164; S. 130 f. mit Anm. 755, 756, zum „Fall Nieland“ vgl. BGH in NJW 1959, 1593; Bertram: *Der Rechtsstaat und seine Volksverhetzungsnovelle*, NJW 2005, 1476, Ziffer III; Lohse NJW 1971, 1245 mit Anm. 1–3

<sup>120[23]</sup> vgl. BGH v. 15. 11. 1967 = BGHSt. 21, 371 = NJW 1968, 309

<sup>121[24]</sup> LG Hamburg vom 22. 8. 1996; BGH-Beschluß 3 StR 10/97 v. 5. 3. 1997

dazu neulich Marc Coester: *Hate Crimes*, Dissertation Tübingen 2007, dort insb.: *Hate speech und der Schutz der freien Meinungsäußerung*, S. 91–115. Winfried Brugger: *Verbot oder Schutz von Haßreden? Rechtsvergleichende Beobachtungen zum deutschen und amerikanischen Recht*, Archiv des öffentlichen Rechts, 128. Band, Heft 3 (Sept. 2003); ders.: *Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse*, VVDStRL 63, Tagung Oktober 2003, S. 101–140, 202 ff.

<sup>115[18]</sup> zur eignen Erfahrung in Bergedorf am 10. 02. 2007: Bertram MHR 1/007 S. 22, Fn. 18

<sup>116[19]</sup> M. Bertrams: *Demonstrationsfreiheit für Neonazis? Zur Kontroverse zwischen dem OVG NRW und der 1. Kammer des Ersten Senats des BVerfG*, Arndt-Festschrift 2002, S. 19 ff.

<sup>117[20]</sup> vgl. Bertram: *Eine Lanze für die Pressefreiheit*, NJW 2005, 2890, ders.: *Hoheitliche Tugendwächter: Verfassungsschutz und „Neue Rechte“*, NJW 2004, 344

Natürlich wurde durch dieses Urteil die Meinungsfreiheit und Meinungsverbreitungsfreiheit von Lauck beschränkt. Aber hier waren Meinungen mit Aggressivität und Verletzungsvorsatz geäußert und verbreitet worden. Dieser § 130 StGB (1960, alter Fassung!) ist ein *allgemeines* Gesetz, das vor Art. 5 GG Bestand hat. Man mag *rechtspolitisch* darüber streiten, ob eine liberale demokratische Ordnung nicht doch besser daran täte, sogar solche Haßreden („*hate speech*“) zu dulden.<sup>122[25]</sup> Diese Vorschrift war in Deutschland Gesetz, die darin ausgesprochene Beschränkung der Meinungsfreiheit entsprach dem Grundgesetz. Der Richter, der ja nicht Gesetzgeber ist, darf nicht fragen, ob er sie für politisch geboten und angemessen hält, was übrigens bei mir der Fall war und ist. Die sog. Auschwitz-Lüge (besser: *-Leugnung*), zumal mit polemischer Häme (etwa: „... nur jüdische Lüge zu Erpressungszwecken!“) vorgebracht, enthält einen Angriff auf die Menschenwürde der Juden nach § 130 Ziffer I. 2., war also Volksverhetzung. Das schiere Bestreiten des Massenmordes konnte den Umständen nach *gegebenenfalls* als Beleidigung (bis zu 2 Jahren oder Geldstrafe) strafbar sein, nicht aber – viel strenger! – als Volksverhetzung. Auf der Basis dieser gefestigten Rechtsprechung hob der BGH am 15. 3. 1994 eine Verurteilung des NPD-Funktionärs Deckert durch das LG Mannheim auf, weil in concreto im Urteil zwar eine Beleidigung dargelegt werde, nicht aber die besondere Voraussetzung der Volksverhetzung. Deckert war in einer Versammlung als Übersetzer und begeisterter Interpret für Fred Leuchter, einem bekannten Auschwitz-Leugner, tätig gewesen.<sup>123[26]</sup> Der BGH hat die Auschwitz-Leugnung durchaus nicht gebilligt, sondern nur dem Gesetz entsprechend entschieden, daß es auf Deckerts Verhalten nicht zutraf. Diese Urteilsaufhebung geriet den Medien in den falschen Hals, *Entrüstungstürme im Medienzeitalter – der BGH und die „Auschwitz-Lüge“*. Süddeutsche Zeitung v. 26. 6. 1994: *Eine durch Mölln und Solingen, Lübeck, Hoyerswerda und Rostock hoch alarmierte Öffentlichkeit konnte den*

Ingo Pommerenig weist in „*Historische Entwicklung der Political correctness in Amerika*“, Bund Freiheit der Wissenschaft, 1. 6. 2006, darauf hin, daß die US-Gerichte sich, soweit ersichtlich, nicht vor den Wagen der PC („speech codes“ usw. usw.) spannen lassen, vielmehr auf die Verfassung pochen; aber ihnen weichen die Verwaltungen, Universitäten pp. tunlichst aus, vgl. a. a. O., S. 10, 11, 12.  
122<sup>[25]</sup> Vgl. aus dem Urteil 627 Kls 7/96 vom 22. 8. 1996 gegen Gary/ Gerhard Lauck, S 81:

„Der Umstand, daß bei ihm zu Hause – soweit hier von Interesse – alles erlaubt ist, mildert für seine Person nur wenig: Er kannte die deutsche Rechtslage immerhin genau. Aber dieser Umstand lenkt das Auge – ganz unabhängig von der Person des Angeklagten – auf Unterschiede, die es zwischen rechtsstaatlich -liberalen Staaten gibt: Unterschiede, die ... zwar überzeugend begründbar sind, die aber doch zu ständiger Prüfung nötigen, wieweit Verbote dort, wo andernorts Freiheit herrscht, unerlässlich oder noch vernünftig sind. Adressat dieser Frage ist zunächst der Gesetzgeber, dem der frühere Bundespräsident Gustav Heinemann einen ruhigen Gang in aufgeregten Zeiten anempfohlen hatte, dann der Gesetzesausleger und letztlich das strafzumessende Gericht...“

123<sup>[26]</sup> 1 StR 179/93, NJW 1994, 1421 – sog. 1. Deckert-Urteil. 2. Deckert-Urteil vom 22. 6. 1994:

NJW 1094, 2494; Beisel, *Die Strafbarkeit der AL*, NJW 1995, 997 Zi. II. 1 (1998 r. Sp.)

*vermeintlichen Freispruch für die „Auschwitz-Lüge“ nicht fassen. Waschkörbeweise kam Protest in die Karlsruher Herrenstraße, Telefone und Fax-Geräte standen tagelang nicht still. Pressesprecher Siol sah sich mit renommierten Anrufern aus Übersee konfrontiert, nach deren fester Überzeugung am höchsten deutschen Strafgericht wieder Nazis eingezogen waren.*<sup>124[27]</sup>

Der Gesetzgeber, der in dieser heiklen Angelegenheit sich schon seit langem wechselnden Impulsen ausgesetzt gesehen hatte<sup>125[28]</sup>, hielt nun die Zeit zum Handeln für gekommen, zumal mit dem 8. Mai 1995 der 40. Jahrestag der deutschen Kapitulation heranrückte, an dem die Augen der Welt vermutlich auf Deutschland ruhen würden. Mit Gesetz vom 28. 10. 1994 fügte das Parlament dem § 130 einen Abs. III hinzu:

*Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren ... wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung des Völkermords der in § 220 a Abs. 1 bezeichneten Art“ (Anmerkung: damit ist Völkermord usw. gemeint, später durch inhaltsgleichen Verweis auf § 6 I des Völkerstrafgesetzbuchs geändert) in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost.*

Entsprechendes galt dann auch für Druckschriften. Schon vor und erst recht nach der Novelle gab es in der juristischen Literatur gewichtige Zweifel, ob dieser neue Absatz rechtlich sinnvoll und praktikabel sei: Welches *Rechtsgut* schützt er? Die *geschichtliche Wahrheit* wohl kaum – oder soll der Strafrichter die historische Wissenschaft gängeln?<sup>126[29]</sup> Das *politische Klima*? einen „*gesellschaftlichen Grundkonsens*“? „*die kollektive Scham*“<sup>127[30]</sup>,

124<sup>[27]</sup> Die rhetorisch wenig geglückte, aber in der Sache ganz untadelige Rede Philipp Jenningers am 11. November 1988 („50 Jahre ...“) vor dem Bundestag rief ähnliche Hysterien im In- und im Ausland hervor: „Hitler vom Bundestagspräsidenten entschuldigt / Antisemitismus explodiert abermals im deutschen Parlament / Tumult wegen Hitlerverehrung“ vgl. näher Bertram: *Die Kultur als Machtfrage*, MHR 2003, 36 ff. (41 mit Fn. 20 und 21. Ignatz Bubis, Vorsitzender im Zentralrat der Juden Deutschlands, trug später, im November 1994, die Jenninger-Rede ohne Urheberbenennung als eigene vor: ohne jeden Protest. Zu allem Werner Hill WDR-Fs vom 11. 11. 1989, 3SAT v. 5. 11. 2003, vgl. MHR 4/2003, a. a. O.

125<sup>[28]</sup> Dazu Bertram NJW 1994, 2004 zu Ziffer 5. Vgl. weiterhin etwa Vogelsang: *Die Neuregelung zur sog. „AL“ – Beitrag zur Bewältigung der Vergangenheit oder „widerliche Aufrechnung“?* NJW 1985, 2386; Köhler: *Zur Frage der Strafbarkeit des Leugnens von Völkermorddaten*, NJW 1985, 2389; Beisel: *Die Strafbarkeit der AL*, NJW 1995, 997

126<sup>[29]</sup> „Historikerstreit“ ... Eben dies geschieht – immer wieder, wie Hunderte Einzelfälle beweisen. Man erfährt dazu auch groteske Details, vgl. etwa Lorenz Jäger: *Drastik Risiken der Zeitgeschichte: Die Fälle Canfora und Irving*, FAZ vom 21. 11. 2005, wo es heißt: „... Mancher hat sich in Kenntnis des Risikos, das ein direktes Zitat bedeuten würde, stillschweigend bei Irving bedient: in Deutschland etwa Günter Grass, dessen Fontane-Roman „Ein weites Feld“ in Schilderung des Reichsluftfahrtministeriums auf Irvings Göring-Biographie zurückgriff, aber schamhaft nur von einem „britischen Historiker“ sprach. Nun wüßte man doch gern, welchen Reim sich die deutschen Voltaires auf die Verhaftung (erg. Irvings) machen ...“

127<sup>[30]</sup> Dazu Fischer, StGB 56. Aufl. 2009 in Rz. 24 zu § 130: „Die Ansicht, der Tatbestand (erg. III) schütze „die kollektive Scham“ über die Massenvernichtung ... beschreibt eher ein normatives Postulat: Es

*Deutschlands Ansehen in der Welt? Die Menschenwürde von Opfern?* Diese ist aber bereits Schutzgut des Abs. I und wird im neuen III gar nicht erwähnt. Der öffentliche Friede? (zweifelhaft schon deshalb, weil er kaum mehr als eine rhetorische: durch Medien und Politik inszenierte Zuschreibung sein kann.)<sup>128[31]</sup>

Juristisch bereitet § 130 in dieser Form eigentlich unlösbare Schwierigkeiten. Art. 103 Abs. 2 GG verlangt vom Strafgesetz *tatbestandliche Bestimmtheit*. Ist „Verharmlosen“ überhaupt noch ein rechtlich faßbarer Begriff? Wird der ohnehin schon schwierige Tatbestand nicht noch weiter verunklart durch eine scheinbar liberale Ausnahmeklausel, die alles an sich Verbotene *dann* für rechters erklärt, wenn der Täter in guter Absicht gehandelt hat?<sup>129[32]</sup> Straftaten setzen grundsätzlich Vorsatz voraus, § 15 StGB. Was muß der Vorsatz des Täters beim Leugnen/Verharmlosen umfassen? Ist nur der Agitator und bewußte Lügner sozusagen der „Tätertyp“? Oder auch der Irrende, der es nicht besser weiß, oder der „Unbelehrbare“, oder wer sonst noch „in revisionistischer Verblendung“ handelt (so BGH v. 10. 4. 2002: NJW 2002, 115)? Der wohl führende Kommentar der Strafrechtspraxis eröffnet seine einschlägige Randziffer dazu mit der Bemerkung: *Kaum lösbare Probleme wirft hier die Frage des Vorsatzes auf. Ist Leugnen objektiv das In-Abrede-Stellen von etwas Wahrem, so kann vorsätzliches Leugnen, wie es Abs. 3 verlangt, nach allgemeinen Regeln nur ein In-Abrede-Stellen sein, dessen Unwahrheit der Täter kennt oder jedenfalls in Kauf nimmt, mag auch die fragliche Tatsache für die anderen noch so offenkundig sein ...*<sup>130[33]</sup>

Und schließlich die wichtigste Frage: Ist diese Norm mit der Garantie der Meinungsfreiheit vereinbar? Diese Freiheit findet ihre Schranken in den Vorschriften allein der *allgemeinen* Gesetze. Und das heißt: das fragliche Gesetz darf zum ersten nicht lediglich auf eine bestimmte Situation gemünzt sein. Es muß zum zweiten „*meinungsneutral*“ sein, darf also nicht bestimmte An-

schauungen kriminalisieren<sup>131[34]</sup> wie katholisch, atheistisch, reaktionär, fortschrittlich, völkisch, kommunistisch, weltbürgerlich, deutschfreundlich/deutschfeindlich, philosemitisch/antisemitisch usw. Der Meinungsinhalt, ob wertvoll oder wertlos, rational oder emotional, begründet oder grundlos, edel oder verwerflich usw. geht die Obrigkeit – und den Gesetzgeber! – nichts an. *Andernfalls*, schreibt Richter am Bundesverfassungsgericht Grimm (NJW 1995, 1698), *würde dem Staat eine Definitions-kompetenz über erwünschte oder unerwünschte Meinungen eingeräumt.*

Das BVerfG hat bislang die Frage noch niemals entschieden, ob die oft vorgebrachten Bedenken gegenüber der Verfassungsmäßigkeit des § 130 III StGB durchgreifen.<sup>132[35]</sup> Es hat allerdings schon zum „alten“ § 130 StGB eine Linie vorgezeichnet, auf der es den 130 III StGB, freilich nur sehr eingeschränkt!, vielleicht würde „halten“ wollen: Ihr zufolge werden falsche Tatsachenbehauptungen von der Meinungsfreiheit nicht gedeckt – im Gegensatz zu „falschen Meinungen“, die den Schutz genießen, was allerdings für falsche Tatsachenbehauptungen wiederum insoweit und dann auch gelte, *wenn sie Meinungselemente und -grundlagen darstellen.*<sup>133[36]</sup> Die Strafgerichte, auch der Bundesgerichtshof, stellen die Gültigkeit der Norm nicht in Frage und versuchen, irgendwie mit ihr zurechtzukommen. Hier wäre noch anzumerken, daß der o. g. Hoffmann-Riem nach seiner Pensionierung öffentlich erklärt hat, er halte – aus *rechtspolitischer* Sicht – den genannten Absatz 3 („*Holocaust-Leugnung*“) für verunglückt und schädlich<sup>134[37]</sup>, was ihm empörten Widerspruch aber auch Zustimmung eingetragen hat.<sup>135[38]</sup> Die Zweifel, ob die Bestrafung der Auschwitz-Leugnung (III) verfassungsrechtlich haltbar ist, verstärken und verdichten sich bei der jüngsten Novelle.

§ 130 Abs. 4 sagt:

*Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise*

*kann nicht legitimerweise strafbar sein, sich nicht zu schämen oder andere durch Verbreiten falscher Ansichten davon abzuhalten, sich zu schämen.“*

128<sup>[31]</sup> Abs. III. verlangt insoweit nur die „Eignung“ zur Friedensstörung (abstraktes Gefährdungsdelikt), die schwerlich eine empirische Gegebenheit ist: „*In der Praxis beschränken sich Feststellungen ... fast regelmäßig auf den Hinweis, sie stehe „außer Frage“*“, Fischer, a. a. O. Rz. 14 IV. hingegen setzt eine vollendete Störung voraus, die eigentlich empirisch würde festgestellt werden müssen mit der Folge, daß der Tatbestand leerlaufen würde. Sollte er das vielleicht, weil es nur auf seine Anwendung im Verwaltungsrecht ankam, in Kauf genommen haben? Vgl. Fischer, a. a. O., Rz. 40

Eingehende Kritik, auch an der s. E. unschlüssigen Rechtsprechung des BVerfG („*Tatsachen/Meinungen ...*“), bei Stefan Huster: *Das Verbot der „Auschwitz-Lüge“, die Meinungsfreiheit und das BVerfG*, NJW 1996, 487

129<sup>[32]</sup> Vgl. etwa Bertram: *Grenzenlose Volksverhetzung – Lea Roshs Debattenbeitrag* NJW 2002, 111

130<sup>[33]</sup> Lenckner/Sternberg-Lieben, Rz. 20 zu § 130 StGB in Schönke-Schröder, 27. Auflage 2006; sehr kritisch, auch zur Rechtspr. des BGH („... *in revisionistischer Verblendung negiert ...*“, BGHSt. 47, 278 = NJW 2002, 2115) Fischer StGB, 56. Auflage 2009, § 130 Rz. 42. Der BGH schiebt hier wie auch sonst wiederholt das Vorsatzproblem beiseite und hebt auf die Motive und Zwecke des *historischen* Gesetzgebers ab (wie Bubnoff in LK).

131<sup>[34]</sup> So vom BVerfG schon im Lüth-Urteil herausgestellt, vgl. NJW 1958, S. 258, Ziffer 3

132<sup>[35]</sup> Vgl. Bertram NJW 2005, 1476 (1477: Ziffer IV.1)

133<sup>[36]</sup> Der *Irving-Beschluß* vom 13.4.1994 (NJW 1994, 1779), der falsche *Tatsachenbehauptungen* für i. S. des Art 5 GG *ungeschützt* erklärt, anders als kritikwürdige Meinungen (Hitler: Kriegsschuldfrage), Beschl. v. 11. 1. 1994: NJW 1994, 1781, betrifft den alten § 130 (TZ 1991). Die i. E. schwierige und fragwürdige Unterscheidung (dazu Grimm *Die Meinungsfreiheit in der Rspr. des BVerfG*, NJW 1995, 1699) gilt dann aber auch für § 130 III StGB von 1994. Überzeugende Kritik bei Stephan Huster: „*Das Verbot der Auschwitz-Lüge, die Meinungsfreiheit und das BVerfG*, NJW 1996, 487; Michael Köhler: *Zur Frage des Leugnens von Völkermordtaten*, NJW 1985, 2389 (Fazit 1391 I. Sp.)

134<sup>[37]</sup> Vgl. FAZ vom 10. 7. 2008: *Keine Märtyrer schaffen – früherer VerfRi. gegen Holocaust-Paragrafen.*

135<sup>[38]</sup> Vgl. etwa OVGPr. Bertrams in FAZ vom 17. 7. 2008: *Das BVerfG und die Neonazis*; gegen ihn Bertram in FAZ v. 19. 8. 2008 *Triftige Gründe*

*dadurch stört, daß er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt.*

Der offensichtliche Mangel an Präzision in dieser Vorschrift ist kein Kunstfehler: er ist gewollt. Demgemäß hat Justizministerin Zypries schon im Gesetzgebungsverfahren *Auslegungshilfen* gegeben und erklärt, „*Verherrlichen*“ liege auch dann vor, wenn NS-Unrechtsverhältnisse *in einem positiven Bewertungszusammenhang* erschienen, oder wenn *dabei positive Wertakzente gesetzt* würden; und *strafbare Billigung* könne auch *unter Vorbehalt oder konkludent* erfolgen.<sup>136[39]</sup>

Das ist eine kaum noch verholene Aufforderung an die Strafjustiz, die politische Vormundschaft über die Gesellschaft zu übernehmen.

Überraschenderweise hat das BVerfG eine Verfassungsbeschwerde verworfen, mit der u. a. gerügt worden war, daß die neue Vorschrift schon deshalb gegen Art. 5 GG verstoße, weil sie als politisch gewollte einseitige Bestimmung kein „Allgemeines Gesetz“ sei. Das hat das BVerfG sogar als zutreffend konzediert, nicht aber die Konsequenz gezogen, die Vorschrift für verfassungswidrig zu erklären. Art. 5 II GG (Einschränkung der Meinungsfreiheit nur durch allgemeine) gelte nicht im Bereich von NS-Taten. Für das NS-Erbe hätten allgemeine Verfassungsregeln keine Geltung; dies – also ausnahmsweise Durchbrechung ihres Textes! – sei dem GG „immanent“, habe dort also noch nicht einmal erklärt werden müssen. Ein rein politischer Spruch mithin, ohne eigentlich rechtliche Substanz, für dessen Kritik hier kein Platz ist.<sup>137</sup>

#### IV. Der Appell von Blois – übergreifende Ursachen und Wirkungen

Mitte Oktober 2008 schlugen eine Reihe international hochgeachteter Wissenschaftler, auch Historiker, öffentlich Alarm. Ihr Protest, der „*Appell von Blois*“, richtete sich gegen einen sog. Rahmenbeschluß der EU, der vor seiner Verabschiedung zu stehen schien. Worum ging es? Brigitte Zypries hatte sich während der deutschen EU-Ratspräsidentschaft als Vorsitzende des Justizministerrats für ihr altes Projekt ins Zeug gelegt, einer europaweiten „*Erinnerungskultur*“ *strafrechtliche* Verbindlichkeit zu verschaffen und zu diesem Zweck die deutschen Volksverhetzungsvorschriften als eine Art

<sup>136[39]</sup> Vgl. Bertram: *Der Rechtsstaat und seine Volksverhetzungsnovelle*, NJW 2005, 1476 zu Ziffer III.a.E.; unter Hinweis auf die Motive auch Lenckner/Sternberg-Lieben § 130 Rz. 22 b)

<sup>39a</sup> vgl. etwa nur Bertram NJW-Aktuell 50/2009, S. XII (Standpunkt); Horst Meier, Sonderrecht gegen Neonazis? Merkur Juni 2010, 733; Schaefer: *Wieviel Freiheit für die Gegner der Freiheit?* DÖV 2010, 379; Benjamin Rusteberg: *Die Schranken der Meinungsfreiheit gegen rechts*, StudZR 2919, 159

<sup>137</sup> Vgl. etwa nur Bertram NJW-Aktuell 50/2009 S. XII (Standpunkt); Horst Meier, Sonderrecht gegen Neonazis? Merkur Juni 2010, 733; Schaefer: *Wieviel Freiheit für die Gegner der Freiheit?* DÖV 2010, 379; Benjamin Rusteberg: *Die Schranken der Meinungsfreiheit gegen rechts*, StudZR 2919, 159

von Muster, aber erweiternd formuliert, allgemeinverbindlich zu machen. Die einschlägige Publizistik teilte im Mai 2007 mit, der EU-Ministerrat habe sich endlich auf einen „*Rahmenbeschluß*“ geeinigt, der die Staaten verpflichte, u. a. die öffentliche Billigung, Leugnung oder grobe Verharmlosung von Völkermordverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen unter Strafe bis zu drei Jahren zu stellen und außerdem bei Delikten jeglicher Art „*rassistische und fremdenfeindliche Motive*“ zu *Strafverschärfungsgründen* zu erklären.<sup>138[40]</sup> Dieses Projekt schien in die europäische Landschaft sogar zu passen, denn *memory laws*, also *Erinnerungsgesetze*, waren in Europa längst ins Kraut geschossen: Arno Widmann hatte lt. FR vom 6. 11. 2008 in fünfzehn Staaten derartige Gesetze – untereinander teils grotesk *widersprechender Art!* – ausgemacht.<sup>139[41]</sup> Diese hatten auch zu Gerichtsverfahren und Strafen geführt.<sup>140[42]</sup>

<sup>138[40]</sup> Näher Bertram: *Wider die „Erinnerungspolizei“ – Der Appell von Blois*, MHR 4/2008, 12 mit Literaturangaben. Vgl. auch Thorsten Hinz, a. a. O. (Anm. 18), S. 181: *Zypries-Initiative*

<sup>139[41]</sup> Reinhard Müller, FAZ vom 28. 2. 2009: *Wo das Leugnen beginnt – Schon das „quantitative Bagatellisieren“ des Holocaust steht unter Strafe in Deutschland. Mit dem EU-Haftbefehl könnte der Arm des deutschen Gesetzes bis nach Großbritannien reichen – nennt Österreich, Frankreich, Spanien bis zur Entscheidung der dortigen Verfassungsgerichte (!!), Belgien, Luxemburg, Liechtenstein, Tschechien, Polen, Israel. Mit leichter Ironie zum Zypries’schen Haftbefehl gegen Richard Williamson ... Vgl. auch Thomas Immanuel Steinburg vom 21. 10. 2008 (Internet, Schmidt-Polyglatt): *Europäische Erinnerungspolizei in der Maske der Tugend, wo es heißt: „Frankreich erließ 1990 unangefochten ein Verbot der Leugnung der Vernichtung europäischer Juden und anderer 1945 in Nürnberg definierter Verbrechen gegen die Menschheit. 1995 wurde der Historiker Bernard Lewis auf dieser Grundlage von einem französischen Kriminalgericht verurteilt, weil er bestritten hatte, daß der Massenmord an den Armeniern als Völkermord einzustufen sei, ... 2001 verfügte die Frz. Republik per Gesetz, daß Sklaverei ein Verbrechen gegen die Menschheit sei. Oliver Petre-Grenouilleau wurde daraufhin von frz. Staatsbürgern in Übersee vor Gericht gebracht; er hatte eine Forschungsarbeit über afrikanischen Sklavenhandel veröffentlicht. Von einem anderen Standpunkt aus schreibt inzwischen ein weiteres frz. Gesetz vor, daß Lehrpläne an Schulen die „positive Rolle Frankreichs“, „besonders in Nordafrika“ zu berücksichtigen hätten ...“* Dazu noch Karen Krüger in FAZ vom 19. 11. 2008: *Die Beleidigung der türkischen Nation bleibt strafbar: Der türkische Justizminister verteidigt den Art. 301 (betr. des Verbots, vom armenischen Genozid zu sprechen).**

<sup>140[42]</sup> Bemerkenswert eine Entscheidung des *spanischen Verfassungsgerichtshofs* vom Herbst 2007, nach der Art. 607.2 des StGB dahin zu ändern sei, daß zwar jede Rechtfertigung des Holocaust verboten bleibe, dessen pure Leugnung indessen von der Meinungsfreiheit umfasst werde, vgl. *Junge Freiheit* vom 16. 11. 2007: *Holocaust-Leugnung nicht mehr strafbar* Bertram: *Den Punkt getroffen*, JF 16. 11. 2007, S. 2



## V. Alleinstellung der NS-Verbrechen

Dennoch wäre der Zypries-Plan fast gescheitert: Polen, Slowenien und die baltischen Staaten hatten verlangt, wenn dergleichen schon gemacht werde, dann müßten Stalins Ausrottungsverbrechen strafrechtlich genauso wie andere, insb. die NS-Verbrechen, nachträglich verdammt, also ausdrücklich ins Gesetz einbezogen werden. Der Ministerrat indessen hatte sich in einer „*sehr anstrengenden Sitzung*“ (Brigitte Zypries) nur auf die Formel verständigen können, er „*bedauere*“ auch diese Verbrechen, wolle und könne sie aber nicht als „*Völkermord*“ qualifizieren, mithin nicht einbeziehen.<sup>141[43]</sup> „*The Zypries List of horrors*“ (Garton Ash in *The Guardian*) ist also nicht gedacht als ein generelles Verbot, Großverbrechen zu bestreiten, sondern das Projekt, allein den NS-Holocaust dem nun auch europaweiten Tabu zu unterwerfen. Daß dies die juristische Einkleidung eines geradezu religiösen Anliegens ist, hat wiederum Thorsten Hinz überzeugend begründet. Das Straßburger EU-Parlament hatte das Projekt dann im November 2007 abgesehnet; aber zur Zeit ist trotzdem offen, ob der „*Parlamentsvorbehalt*“ einiger osteuropäischer Staaten dort zur Geltung und das Projekt dadurch doch noch zum Scheitern gebracht wird. In dieser Lage, zu der die Dinge noch in der Schwebe sind, finden sich, wie eingangs bemerkt, Wissenschaftler aus Frankreich, Italien, Belgien, Holland, England, Polen u. a. Ländern, auch aus Deutschland, auf Einladung des Bürgermeisters und früheren Kulturministers Jack Lang im französischen Blois zusammen, um vor dieser *neuen Inquisition*, der „*Erinnerungspolizei*“, in letzter Minute zu warnen. Timothy Garton Ash formuliert die Erklärung, in der es heißt:

*In einem freien Staat ist es nicht die Aufgabe irgendeiner politischen Autorität zu definieren, was die historische Wahrheit sei, geschweige denn darf sie die Freiheit des Historikers mittels der Androhung von Strafsanktionen einschränken. Wir fordern die Historiker auf, in ihren Ländern ihre Kräfte zu sammeln und sich diesem Appell anzuschließen, um der Vermehrung von Erinnerungsgesetzen Einhalt zu gebieten. Die politisch Verantwortlichen bitten wir zu begreifen, daß es zwar zu ihren Aufgaben gehört, das kollektive Gedächtnis zu pflegen, daß sie aber keinesfalls per Gesetz Staatswahrheiten institutionalisieren sollen (vgl. Robert Havemann: „HEW“ = „Hauptverwaltung ewige Wahrheiten!!).*

<sup>141[43]</sup> Offenbar soll der abstrakte Text nur auf den Holocaust zutreffen; in diesem Sinne schon Milosz Matuchek in der SZ v. 30. 11. 2007: *Europas Erinnerungsgesetz: „... Längst war überfällig, daß sich die Justizminister der EU-Staaten auf ein gemeinsames Vorgehen für einen Beschluß zur Holocaust-Leugnung einigen ... Die EU würde ihrem Ziel näher kommen und neben Wirtschafts-, Währungs- und Wertegemeinschaft auch zu einer Erinnerungsgemeinschaft werden.“*

Ash kennt die Geschichte der DDR besser als die weiland „maßgebenden Deutschen, die schwerwiegende Konsequenzen für die Arbeit des Historikers und die intellektuelle Freiheit insgesamt haben können ... „*In einer Demokratie ist die Freiheit der Geschichte die Freiheit aller*“. Erfreulicherweise ist der Protest unüberhörbar geworden<sup>142[44]</sup>, was freilich nicht heißt, daß man auf ihn hören wird. Übrigens wirft das Zypries-Projekt auch prekäre europarechtliche Fragen von der Art auf, wie der Zweite Senat des BVerfG sie im Lissabon-Termin verhandelt hat: die Frage nach den rechtlichen Kompetenzen europäischer Instanzen, ihren 27 Nationen eine einheitliche Erinnerungskultur strafrechtlicher Art zu oktroyieren. Es ist klar, daß der EG-Vertrag für eine solche Kompetenz schlechterdings nichts hergibt, und zwar trotz seiner textlichen Verwaschenheit: Art. 5 S. 2 EGV verlangt eine *Einzelermächtigung*, die nirgends erteilt wird. Hier wird einfach aus dem hohlen Bauch „*Wertegemeinschaft*“ herausgeschöpft und hervorgezaubert.<sup>143[45]</sup> Die negative Antwort aber dürfte keinen der vielen EU-Funktionäre oder Straßburger Mandatsträger interessieren oder gar erschüttern; die deutschen Abgesandten in Ministerrat und Kommission am allerwenigsten. Sie sind es doch, die den Wechselbalg auf seine Reise geschickt haben.

## VI. Schluß

*Ich verabscheue, was Sie schreiben, aber ich würde mein Leben dafür hergeben, daß Sie es weiter schreiben können.* Diese Formulierung dessen, was Aufklärung und Toleranz einmal bedeuten sollten (sie wird Voltaire zugeschrieben<sup>144[46]</sup>), dürfte heute fast nirgends mehr auf Verständnis stoßen: nicht bei unseren politischen Akteuren, den Parteien, nicht in den Medien, Behörden, Volkshochschulen – und am allerwenigsten in den Ämtern, die den gesetzlichen Auftrag haben, die Verfassung, also auch die Meinungsfreiheit, zu schützen. Die Gerichte aber sind auf die Verfassung, ihren Text und Geist, verpflichtet. Ob dies innerhalb der Rechtsprechung so bleibt, und wenn es bleibt: ob das allein genügt, das immer enger werdende Korsett der Bevormundung und Gängelerei zu sprengen, ist eine zur Zeit ganz offene Frage. Je weniger die Gesellschaft bereit ist, sich gängeln und bevormunden zu lassen, um so hoffnungsvoller die Aussicht, und umgekehrt leider: um so düsterer!

<sup>142[44]</sup> Vgl. etwa Marc Zitzmann in NZZ vom 22. 10. 2008: „*Wider die „Staatswahrheit*“, Jürg Altweg in FAZ vom 16. 10. 2008: *Retro-Moral – Historiker kämpfen für die Freiheit der Geschichte*; Arno Widmann in FR v. 6. 11. 2008: *Der Kampf um die Erinnerung*; Cora Stephan Eros der Freiheit, Der Spiegel 46/2008 S. 190; Thorsten Hinz *Glasfassaden der Unfreiheit – Das deutsche Elend wird zum europäischen: Moralpolitisten sollen über die Geschichte wachen*, JF 30. 11. 2008, S. 11

<sup>143[45]</sup> Vgl. dazu die köstliche Glosse Gerd Roelleckes: *Antidiskriminierung auf europäisch*, NJW 1996, 3261

<sup>144[46]</sup> Im Brief an A. M. Riche vom 6. 2. 1770

## Wahrheit als Hochverrat?

Wer andere als die herrschenden Wahrheiten lehrt, begeht vor der Welt eine Art Hochverrat. Er macht sich strafbar. Nicht die jeweils herrschenden Wahrheiten sind schützenswert. Schutzgut ist die durch sie erzeugte Ruhe des Volkes, die jählings zerbrechen kann. Wahrheiten beunruhigen das Volk, denn sie zeigen ihm die Unsicherheit der Stelzen unserer Lebensbühne. Große Propheten wurden daher *seit je gekreuzigt und verbrannt* (Goethe/Faust). *Ti estin aletheia – Was ist Wahrheit?* Diese Pilatusfrage, nüchtern übersetzt, lautet: *Wahrheit – gibt es die überhaupt?* Goethe sagt einmal zu einem Historiker: *Wie wenig enthält auch die ausführlichste Geschichte im Vergleich zum wirklichen Leben ... Und von dem wenigen, wie wenig ist wahr? Und von dem Wahren, ist irgend etwas über allen Zweifel hinaus? Bleibt nicht vielmehr alles ungewiß, das Größte wie das Geringste?*

Dostojewski beschreibt in seiner berühmten Phantasia *Großinquisitor*, daß Christus auf die Erde zurückkehrt. ER sagt nichts, dennoch wird er erkannt. *Hosianna*, ruft das Volk wie ehemals. Auch der Kardinal Großinquisitor erkennt IHN, *steckt den Finger aus und gebietet der Wache, IHN festzunehmen.*

Das Volk weicht angstvoll zurück und läßt es geschehen. Im Gefängnis spricht der Großinquisitor zu Christus: *Weshalb bist du denn gekommen, uns zu stören? Hast du ein Recht dazu, uns auch nur eines der Geheimnisse zu enthüllen von jener Welt, von wo du gekommen bist?* Der Großinquisitor bezweifelt also nicht, daß der wiedererschienene Christus im Besitz der objektiven Wahrheit ist, wie nur Gott sie kennt. Er bezweifelt aber, daß diese objektive Wahrheit jetzt schon für die Menschen paßt. Ich achte deine Wahrheiten, sagt der Großinquisitor, und auch ich warte auf das Heil, aber jetzt verwirrst du das Volk. *Wisse: Jetzt und eben jetzt sind diese Menschen mehr als je davon überzeugt, daß sie völlige Freiheit genießen. Und dabei haben sie uns selber ihre Freiheit ergeben zu Füßen gelegt. Warum störst du uns? Wer verdiente wohl eher den Scheiterhaufen als du? Morgen werde ich dich verbrennen.*

Es ist also eine sehr ernste Frage, die sich stellt: Soll man für Wahrheit kämpfen? Welche Wahrheit?

M.A.