

Falllösung: Holocaust-Leugnung im Rahmen eines Kneipengesprächs

Stephan Pötters, LL.M. (Cambridge), Bonn / Tom Stiebert, Bonn*

Sachverhalt:

B besucht eine kleine Gaststätte in der ländlichen Gemeinde G in Mecklenburg-Vorpommern. Vor der Gaststätte tanzt der Staub in der Abendsonne. In der Gaststätte läuft im Fernsehen eine Guido-Knopp-Dokumentation über den zweiten Weltkrieg. Als Guido Knopp – begleitet von dramatischer Musik – gerade damit beginnt, die Personen Hitler und Goebbels (Knopp: „Führer und Verführer“) näher zu beleuchten, bricht es wütend aus B hervor: Er ereifert sich laut über den Krieg, dessen Folgen und die Umstände der Verursachung. Der Gastwirt besänftigt ihn, B trinkt sein Bier aus und geht.

Zwei Tage später sucht B die Gaststätte erneut auf, um ein Feierabendbier zu genießen – natürlich gebraut nach dem deutschen Reinheitsgebot. Allein der Gastwirt ist zu dem Zeitpunkt in der Gaststube anwesend. B verwickelt ihn in ein Gespräch über die Guido-Knopp-Sendung und die Geschehnisse in Deutschland während des „Dritten Reichs“. Dabei übergibt er dem Gastwirt in einer Mappe Informationsmaterial in Form von zwei Redemanuskripten („Trauermarsch anlässlich des 60. Jahrestages der Bombardierung Magdeburgs“ und „Trauermarsch anlässlich des 60. Jahrestages der Zerstörung Würzburgs“), die er in der Vergangenheit öffentlich gehalten hatte, sowie jeweils eine Kopie mehrerer Aufsätze des „Kampfbundes gegen Unterdrückung der Wahrheit in Deutschland“, darunter „Die Geschichtslüge des angeblichen Überfalls auf Polen im Jahre 1939“ und „Über die verantwortlichen Staatsmänner, die den Zweiten Weltkrieg verursachten und die ihn zu verhindern suchten“. Im erstgenannten Aufsatz wird unter anderem im Zusammenhang mit dem Holocaust behauptet, es sei wissenschaftlich erwiesen, dass es keine Gaskammern für Menschen gegeben habe. Im zweitgenannten Aufsatz wird der Holocaust an den Juden als „Zwecklüge“ bezeichnet. Zugleich aber setzen sich die Schriften ausführlich mit der Frage der Kriegsschuld und dem diesbezüglichen Verhalten der Nachkriegsgeneration und der „BRD-Politiker“ auseinander.

B wird nach der Verteilung dieses Informationsmaterials vom zuständigen Amtsgericht als Strafgericht gem. § 130 Abs. 2 Nr. 1a, Abs. 3, Abs. 5 StGB wegen Volksverhetzung verurteilt; dies wird auch in der Berufungsinstanz und – letztinstanzlich – vom OLG so bestätigt.

B ist empört und will diese Urteile der „Siegerjustiz“ nicht hinnehmen. Seiner Ansicht nach verstößt bereits § 130 StGB gegen seine Meinungsfreiheit und sei auch viel zu unbestimmt. Man werde ja wohl noch seine politischen Ansichten äußern dürfen, ohne direkt dafür bestraft zu werden. Abgeordnete der Linkspartei würden sich schließlich auch positiv über die DDR, Kuba und Russland äußern, ohne dafür als politische Gefangene büßen zu müssen. Zumindest hätten die Strafgerichte den „Gummiparagraphen“ des § 130 StGB viel zu großzügig angewendet. Er erhebt deshalb Verfassungsbeschwerde.

Kurz vor Urteilsverkündung durch das BVerfG überlegt es sich B jedoch anders und nimmt seine Beschwerde zurück. Er will nun lieber als Märtyrer in die Geschichte eingehen; er verzichte damit auf die Rechte des „Systems BRD“. Sollte das System eines Tages von einer besseren Ordnung abgelöst werden und das Vierte Reich kommen, so stünde er als „Weißer Mandela“ für oberste Staatsämter bereit.

Das öffentliche Interesse an der Verfassungsbeschwerde des B ist überaus groß. In allen Medien wurde ausgiebig über diesen Fall und über den richtigen Umgang mit Rechtsradikalismus im Allgemeinen diskutiert.

Wie wird das BVerfG entscheiden?¹

¹ Der Fall ist der Entscheidung des BVerfG v. 09.11.2011 - 1 BVR 461/08, NJW 2012, 1498 nachgebildet.

* Die Verfasser sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Institut für Arbeitsrecht und Recht der sozialen Sicherheit (Universität Bonn). Außerdem sind sie für das Online-Projekt www.juraexamen.info aktiv

Übersicht

A) Problem: Rücknahme der Verfassungsbeschwerde	200
I. Regelungslücke	200
II. Grundsatz: Erledigung des Verfahrens	200
III. Ausnahme	200
B) Zulässigkeit	201
I. Zuständigkeit des BVerfG (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG)	201
II. Beschwerdeberechtigung („jedermann“)	201
III. Tauglicher Beschwerdegegenstand („Akt öffentlicher Gewalt“)	201
IV. Beschwerdebefugnis	201
V. Rechtswegerschöpfung (§ 90 Abs. 2 BVerfGG) und Subsidiarität	201
VI. Form und Frist	202
C) Begründetheit	202
I. Begrenzter Prüfungsmaßstab bei Urteilsverfassungsbeschwerden	202
II. Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG)	202
1. Schutzbereich der Meinungsfreiheit	202
2. Eingriff	203
3. Rechtfertigung	203
a) § 130 StGB als taugliche Schranke	203
aa) Verstoß gegen Art. 5 GG	203
(1) § 130 StGB als allgemeine Gesetzes (Art. 5 Abs. 2 GG)	203
(2) Ungeschriebene Ausnahme von Art. 5 Abs. 2 GG	203
(3) Schranken-Schranke: Verhältnismäßigkeit/Wechselwirkungslehre	204
bb) Verstoß gegen Bestimmtheitsgebot Art. 103 Abs. 2 GG	205
(1) Reichweite der Bestimmtheit	205
(2) Bestimmtheit im konkreten Fall	205
cc) Zwischenergebnis	205
b) Verfassungskonforme Anwendung von § 130 StGB im Einzelfall durch die Strafgerichte	
III. Verletzung von Art. 3 Abs. 3 GG	206
D) Ergebnis	206

Lösung

A) Problem: Rücknahme der Verfassungsbeschwerde

Fraglich ist, wie sich die Rücknahme der Verfassungsbeschwerde auswirkt und ob hiernach überhaupt noch eine Entscheidung in der Sache möglich ist.

Anmerkung: Es wäre auch vertretbar, das Problem der Rücknahme der Verfassungsbeschwerde durch den Beschwerdeführer erst am Merkmal „jedermann“ (Beschwerdeberechtigung) in der Zulässigkeitsprüfung festzumachen oder hierfür einen eigenen Prüfungspunkt im Rahmen der Zulässigkeit zu schaffen. Allerdings geht das BVerfG in der entsprechenden Entscheidung zur Rechtschreibreform² wohl davon aus, dass diese Problematik nicht gesetzlich geregelt sei. Daher empfiehlt es sich eher nicht, einen klassischen Prüfungspunkt im Zulässigkeitschema als Aufhänger zu wählen. Besser ist damit zumindest die Wahl eines eigenen Prüfungspunkts – ob dieser inner- oder außerhalb der Zulässigkeit geprüft wird, ist nur eine aufbautechnische Frage. Zumindest in der Entscheidung zur Rechtschreibreform hat das BVerfG die Prüfung vor die Zulässigkeit geschoben. Diesem Ansatz wird hier gefolgt, da es ja um die Frage geht, ob es überhaupt ein Verfahren geben kann. Nur wenn dieses (als Vorfrage) bejaht wird, schließt sich die Frage nach den Erfolgsaussichten (Zulässigkeit und Begründetheit) an. Alternativ könnte diese Frage auch in der Zulässigkeit (etwa unter dem Stichwort „Rechtsschutzbedürfnis“) behandelt werden.

I. Regelungslücke

Zunächst ist festzuhalten, dass das BVerfGG für diesen Fall keine gesetzliche Regelung vorgibt. Es gibt zumindest nicht explizit vor, welche Folgen aus einer Rücknahme resultieren.

II. Grundsatz: Erledigung des Verfahrens

Man könnte argumentieren, dass sich die Verfassungsbeschwerde hierdurch erledigt hat, denn der Zweck einer Verfassungsbeschwerde besteht in erster Linie darin, Grundrechtsverletzungen abzuwehren.

Es handelt sich somit primär um ein subjektives Rechtschutzverfahren und nicht um ein objektives Beanstandungsverfahren wie beispielsweise die abstrakte Normenkontrolle.³

Aus diesem Grund ist anerkannt, dass eine Verfassungsbeschwerde frei zurückgenommen werden kann und aus dieser Rücknahme dann auch die Unmöglichkeit einer entsprechenden Entscheidung resultiert.⁴

² BVerfG v. 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97, BVerfGE 98, 218, 242 f.

³ Vgl. BVerfG v. 19.11.1991 – 1 BvR 1521/89, BVerfGE 85, 109, 113; BVerfG v. 28.02.1989 – 1 BvR 1291/85, BVerfGE 79, 365, 367 f.

⁴ BVerfG v. 19.11.1991 – 1 BvR 1521/89, BVerfGE 85, 109, 113; BVerfG v. 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97, BVerfGE 98, 218, 242.

III. Ausnahme

Letztlich lässt sich diese Frage jedoch nur für den Einzelfall unter Berücksichtigung der Art des angegriffenen Hoheitsakts und des Standes des Verfassungsbeschwerdeverfahrens entscheiden.⁵ Hier sprechen mehrere Umstände für eine Ausnahme: Die grundsätzliche juristische Bedeutung des Verfahrens, die zahlreichen vorangegangenen instanzgerichtlichen Urteile, die grundlegende Bedeutung der Entscheidung etwa für den öffentlichen Frieden, das öffentliche/mediale Interesse am Verfahren und die Entscheidungsreife des Rechtsstreits. Auch das BVerfGG bestätigt in § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG eine entsprechende Differenzierung: Verfassungsbeschwerden können demnach dann von besonderer Qualität sein, wenn sie eine allgemeine Bedeutung aufweisen. Eine allgemeine Bedeutung ist hier schon deshalb wahrscheinlich, weil die Entscheidung über die höchstpersönliche Betroffenheit des Beschwerdeführers hinaus Klarheit über die Rechtslage für Meinungsäußerungen in einem bestimmten sachlichen Bereich und zu einer bestimmten Thematik und damit allgemeine verfassungsrechtliche Bedeutung hat.

Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist der Beschwerdeführer in seiner Dispositionsbefugnis über den Beschwerdegegenstand nicht vollständig frei.⁶ Vielmehr steht unter diesen Umständen die Funktion der Verfassungsbeschwerde, das objektive Verfassungsrecht zu wahren sowie seiner Auslegung und Fortbildung zu dienen⁷, gegenüber dem Interesse des Beschwerdeführers an verfassungsgerichtlichem Individualrechtsschutz derart im Vordergrund, dass es geboten ist, im öffentlichen Interesse trotz der Rücknahme der Verfassungsbeschwerde zur Sache zu entscheiden und den Ausgang des Verfahrens nicht von Verfahrenshandlungen des Beschwerdeführers abhängig zu machen.⁸

Hier war es wichtig, auf Grundlage der bipolaren Funktion der Verfassungsbeschwerde eine stringente Argumentation anhand der im Sachverhalt angegebenen Hinweise aufzubauen. Die oben aufgeführten Argumente sind nicht als abschließende Bewertungskriterien zu sehen, sondern können je nach Sachverhalt variieren und eine andere Gewichtung erlangen. Der grobe Gedankengang des BVerfG (Grundsatz / Ausnahme; Funktion individueller Rechtsschutz / ergänzende objektive Funktion der Wahrung, Auslegung und Fortbildung des Verfassungsrechts) sollte allerdings stets erkennbar sein.

Exkurs: In diesem Zusammenhang sollte eine vergleichbare Fallkonstellation bekannt sein, die sich auch sehr gut für eine

⁵ Vgl. zur ähnlich gelagerten Konstellation des Tod des Beschwerdeführers BVerfG v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300, 318.

⁶ BVerfG v. 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97, BVerfGE 98, 218, 242; vgl. zur Einschränkung der Rücknahmebefugnis im fortgeschrittenen Verfahrensstadium auch § 269 I ZPO, § 92 I 2 VwGO

⁷ Vgl. BVerfG v. 28.02.1989 – 1 BvR 1291/85, BVerfGE 79, 365, 367; BVerfG v. 19.11.1991 – 1 BvR 1521/89, BVerfGE 85, 109, 113.

⁸ Vgl. BVerfG v. 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97, BVerfGE 98, 218, 242 f.

Examensklausur eignet: die Problematik des Todes des Beschwerdeführers. Auch hier kommt es grundsätzlich zu einer Einstellung des Verfahrens, es sind aber wiederum Ausnahmen im Hinblick auf die objektivrechtliche Funktion der Verfassungsbeschwerde denkbar.⁹ Ist man für den vorliegenden Fall der Rücknahme der Verfassungsbeschwerde schon der Ansicht, dass eine Entscheidung des BVerfG möglich bleibt, so muss dies erst Recht für den Tod des Beschwerdeführers gelten. Ändert im erstgenannten Fall der Beschwerdeführer seinen Willen bezüglich der Entscheidung, so sind die Eingriffe in die Dispositionsbefugnis bei dem Tod weit weniger drastisch.

B) Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des BVerfG (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG)

Die Zuständigkeit des BVerfG ergibt sich aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG.

II. Beschwerdeberechtigung („jedermann“)

Beschwerdeberechtigt ist gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG jedermann, der fähig ist, Träger von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten zu sein. B ist eine natürliche Person und damit grundrechtsfähig. Die Rücknahme der Verfassungsbeschwerde hindert nichts an seiner grundsätzlichen Beschwerdeberechtigung.

Anmerkung: Hier zeigt sich erneut das Problem der Rücknahme der Verfassungsbeschwerde. Da dies oben bereits behandelt wurde, braucht hier nicht mehr darauf eingegangen zu werden. Gleiches gilt im Folgenden für die Frage nach der Beschwerdebefugnis und dem allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis. Auch hier wäre eine Diskussion der Problematik möglich. Aufbautechnisch besser ist es aber, diesen Punkt „vor die Klammer zu ziehen“ (vgl. o.).

III. Tauglicher Beschwerdegegenstand („Akt öffentlicher Gewalt“)

Tauglicher Beschwerdegegenstand i.S.v. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG ist jeder Akt öffentlicher Gewalt.

Anders als bei Art. 19 Abs. 4 GG erfasst der Begriff des Akts öffentlicher Gewalt bei der Verfassungsbeschwerde alle drei Gewalten, denn die Verfassungsbeschwerde soll die materielle Grundrechtsbindung aller drei Staatsgewalten (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG) prozessual absichern. Wenn man die Grundrechte in erster Linie als ein Abwehrschild gegen den Staat versteht, so ist die Verfassungsbeschwerde das Schwert, das der Verteidigung der grundrechtlichen Schutzsphären dient.

B wendet sich hier gegen die Verurteilung durch die Strafgerichte, die das Vorliegen einer Volksverhetzung als gegeben ansahen (§ 130 Abs. 2 Nr. 1a, Abs. 3, Abs. 5 StGB). Die Urteile stellen als Rechtsakte der Judikative taugliche Beschwerdegegenstände dar, gegen die eine sog. Urteilsverfassungsbeschwerde möglich ist (vgl. §§ 94 Abs. 3, 95

Abs. 2 BVerfGG). Die Verfassungsbeschwerde erstreckt sich nicht allein auf das letztinstanzliche Urteil, sondern, bei einem entsprechenden Willen des Beschwerdeführers, auch auf die Entscheidungen der Vorinstanzen.¹⁰ Abzustellen ist hier durch die Rücknahme der Verfassungsbeschwerde auf den bis dahin bestehenden Willen des Beschwerdeführers, der gegen „die Urteile“ vorgehen wollte, so dass alle Urteile erfasst sind. Ein tauglicher Beschwerdegegenstand liegt damit vor.

Ebenso gut könnte die Verfassungsbeschwerde auch gegen § 130 StGB als Akt der Legislative gerichtet sein. Allerdings wäre eine solche Beschwerde eindeutig verfristet, § 93 Abs. 3 BVerfGG. Ohnehin ist aber bei der Verfassungsbeschwerde gegen die Urteile die Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage inzident zu prüfen: Verstößt § 130 StGB gegen Grundrechte, so ist ein Urteil, das sich auf diese Norm stützt, ebenfalls verfassungswidrig.

IV. Beschwerdebefugnis

Zudem müsste der B auch beschwerdebefugt sein. Er muss also die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung geltend machen, vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG, sodass ihn der Eingriffsakt selbst, gegenwärtig und unmittelbar in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten treffen muss. R hat hier eine Verletzung seiner Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG sowie des Bestimmtheitsgebots des Art. 103 Abs. 2 GG gerügt.

Eine Verletzung dieser Rechte ist zumindest möglich. Dem steht auch nicht entgegen, dass B die Beschwerde zurückgezogen hat. Dies geschah nicht etwa, weil er selbst eine Verletzung nicht mehr für möglich hielt, sondern allein, um als Märtyrer in die Geschichte einzugehen. Dies impliziert aber gerade, dass eine Verletzung von Rechten des B vorliegen muss. Ohnehin kann es nicht allein auf die Sicht des B ankommen, vielmehr ist eine objektive Prüfung geboten. Auch ein Grundrechtsverzicht ist jedenfalls dann nicht mehr möglich, wenn das Verfahren bereits so weit vorangeschritten ist, dass eine Rücknahme der Verfassungsbeschwerde unzulässig ist. Ansonsten würde man den Interessen der Allgemeinheit an einer Entscheidung nicht gerecht werden. Hieraus kann sich also keine abweichende Wertung ergeben.

B ist durch die Urteile auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar beschwert. Er ist mithin beschwerdebefugt.

V. Rechtswegerschöpfung (§ 90 Abs. 2 BVerfGG) und Subsidiarität

B hat hier alle Instanzen (Berufung und Revision) vor den Strafgerichten durchlaufen. Rechtsbehelfe gegen das letztinstanzliche Urteil des OLG existieren nicht. Der Rechtsweg ist damit erschöpft.

⁹ BVerfG v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300, 318.

¹⁰ BVerfG v. 20.01.1966 – 1 BvR 140/62, BVerfGE 19, 377, 389; BVerfG v. 15.04.1980 – 2 BvL 7/77, BVerfGE 54, 53, 64 ff.

Auch im Hinblick auf das Subsidiaritätserfordernis ist nicht ersichtlich, welche anderen zumutbaren Möglichkeiten B zur Verfügung stehen könnten, um eine Grundrechtsverletzung abwenden zu können.

VI. Form und Frist

Vom Einreichen eines formgemäßen Antrags gemäß §§ 23 Abs. 1, 92 BVerfGG und der Wahrung der Frist gemäß § 93 BVerfGG ist auszugehen.

Die Verfassungsbeschwerde des B ist damit zulässig.

C) Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn B in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt ist.

I. Begrenzter Prüfungsmaßstab bei Urteilsverfassungsbeschwerden

Im hier gegebenen Fall einer Urteilsverfassungsbeschwerde steht dem BVerfG nur eine eingeschränkte Prüfungscompetenz zu. Das BVerfG ist keine „Superrevisionsinstanz“¹¹, d.h. es überprüft lediglich, ob eine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts vorliegt.¹² Die Gestaltung des Verfahrens, die Feststellung und Würdigung des Tatbestandes, die Auslegung der Gesetze und ihre Anwendung auf den einzelnen Fall ist Sache der Instanzgerichte.¹³ Eine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts liegt vor, wenn die Fachgerichte bei Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte des Betroffenen in ihrer Bedeutung und Tragweite grundsätzlich verkannt haben oder wenn sich die Entscheidung der Fachgerichte als objektiv willkürlich erweist.¹⁴

Vorliegend könnte die Meinungsfreiheit des Beschwerdeführers durch die Entscheidungen der Strafgerichte verletzt worden sein. Dies wäre der Fall, wenn entweder bereits § 130 StGB gegen Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte verstößt und sich die Urteile damit auf eine verfassungswidrige Norm stützen würden oder wenn die Strafgerichte bei der Auslegung und Anwendung dieses (verfassungsgemäßen) Straftatbestandes die Bedeutung und Tragweite der Grundrechte des Beschwerdeführers verkannt hätten.

Insofern wäre im Grundsatz eine zweistufige Prüfung geboten: Zunächst die Verfassungskonformität des Straftat-

bestands und dann die der Urteile. Da dies aber weitestgehend Dopplungen aufweisen würde, ist eine einmalige Grundrechtsprüfung anhand des Urteils zu empfehlen, bei der inzident im Rahmen der Schranke die Verfassungsmäßigkeit des § 130 StGB zu überprüfen ist. Auch sind – wie oben dargestellt – allein die Urteile direkter Beschwerdegegenstand.

II. Verletzung der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG)

B könnte durch die Strafurteile in seiner Meinungsfreiheit verletzt worden sein.

1. Schutzbereich der Meinungsfreiheit

Zunächst müsste hierfür der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG eröffnet sein. Meinungen sind durch ein Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägte Äußerungen. Tatsachenbehauptungen sind dagegen im strengen Sinn keine Meinungsäußerungen.¹⁵ Meinungen fallen stets in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, ohne dass es dabei darauf ankäme, ob sie sich als wahr oder unwahr erweisen, ob sie begründet oder grundlos, emotional oder rational sind, als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt werden.¹⁶ Es findet also – entsprechend der Wertung des Zensurverbots des Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG – keine Kontrolle statt, ob eine Meinung politisch vertretbar ist oder nicht. Dementsprechend fällt selbst die Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts als radikale Infragestellung der geltenden Ordnung nicht von vornherein aus dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG heraus.¹⁷ Folglich könnte man vorliegend meinen, dass die Ansichten, die in den von B verteilten Schriften geäußert werden, ebenfalls dem Schutz der Meinungsfreiheit unterfallen.

Andererseits sind jedoch nach Ansicht des BVerfG bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen und damit auch die sog. Holocaust-Lüge nicht mehr von Art. 5 Abs. 1 GG geschützt, da solche Äußerungen „zu der verfassungsrechtlich gewährleisteten Meinungsbildung nichts beitragen können.“¹⁸ Der Holocaust ist eine geschichtlich erwiesene Tatsache. Das Leugnen dieser Tatsache soll daher für sich betrachtet nicht vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst sein.¹⁹

Selbst wenn man aber mit dem BVerfG die Holocaust-Lüge als solche nicht unter den Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG stellen will²⁰, so wird man vorliegend dennoch im Ergebnis Meinungsäußerungen annehmen können. Das BVerfG

¹¹ Vgl. bereits BVerfG v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198, 207.

¹² Vgl. BVerfG v. 10.6.1964 – 1 BvR 37/63, BVerfGE 18, 85, 93; BVerfG v. 24.3.1998 – 1 BvR 131/96, BVerfGE 97, 391, 401.

¹³ So schon früh BVerfG v. 3.10.1951 – 1 BvR 103/51, BVerfGE 1, 7; BVerfG v. 17.6.1953 – 1 BvR 668/52, BVerfGE 2, 336, 339; vgl. ferner BVerfG v. 14.3.1967 – 1 BvR 334/61, BVerfGE 21, 209, 216; BVerfG v. 17.6.1953 – 1 BvR 668/52, BVerfGE 2, 336, 339; BVerfG v. 20.12.1979 – 1 BvR 385/77, BVerfGE 53, 30, 53.

¹⁴ Vgl. BVerfG v. 10.6.1964 – 1 BvR 37/63, BVerfGE 18, 85, 93; BVerfG v. 24.3.1998 – 1 BvR 131/96, BVerfGE 97, 391, 401.

¹⁵ Vgl. BVerfG v. 13.04.1994 – 1 BvR 23/94, BVerfGE 90, 241, 247.

¹⁶ Vgl. BVerfG v. 13.04.1994 – 1 BvR 23/94, BVerfGE 90, 241, 247; BVerfG v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300, 320.

¹⁷ BVerfG v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300, 320.

¹⁸ BVerfG v. 09.11.2011 – 1 BvR 461/08, NJW 2012, 1498, Rn. 18; vgl. BVerfG v. 22.06.1982 – 1 BvR 1376/79, BVerfGE 61, 1, 8; BVerfG v. 13.04.1994 – 1 BvR 23/94, BVerfGE 90, 241, 247.

¹⁹ BVerfG v. 09.11.2011 – 1 BvR 461/08, NJW 2012, 1498, Rn. 22; BVerfG v. 13.04.1994 – 1 BvR 23/94, BVerfGE 90, 241, 249.

²⁰ Kritisch hierzu *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG, 4. Aufl. 1992, Art. 5 Rn. 10.

geht nämlich zu Recht davon aus, dass die Anforderungen an die Wahrheitspflicht nicht so bemessen werden dürfen, dass darunter die Funktion der Meinungsfreiheit leidet.²¹ Im Einzelfall ist daher eine Trennung der tatsächlichen und der wertenden Bestandteile nur zulässig, wenn dadurch der Sinn der Äußerung nicht verfälscht wird. Wo dies nicht möglich ist, muss die Äußerung im Interesse eines wirklichen Grundrechtsschutzes insgesamt als Meinungsäußerung angesehen werden, weil andernfalls eine wesentliche Verkürzung des Grundrechtsschutzes droht.²² Hier ging es in den verbreiteten Schriften und mündlichen Äußerungen des B neben dem Leugnen des Holocausts auch um andere Fragen wie etwa die Kriegsschuld Deutschlands, das Verhalten der "BRD-Politiker" im Hinblick auf den Zweiten Weltkrieg etc. Im Gesamtkontext der jeweiligen Aufsätze betrachtet sind die den Holocaust leugnenden Äußerungen vorliegend also untrennbar mit Meinungsäußerungen verbunden. Daher ist insgesamt der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG eröffnet.

2. Eingriff

Weiterhin müsste auch ein Eingriff in die Meinungsfreiheit vorliegen. Ein Eingriff ist jede staatliche Maßnahme, die ein grundrechtlich geschütztes Verhalten beeinträchtigt bzw. unmöglich macht (kurz: jede freiheitsverkürzende staatliche Maßnahme, sog. moderner Eingriffsbegriff).²³ Durch die strafgerichtliche Verurteilung wurde das Verteilen des Informationsmaterials durch B sanktioniert. Ein Eingriff liegt damit eindeutig vor.

3. Rechtfertigung

a) § 130 StGB als taugliche Schranke

Der Straftatbestand der Volksverhetzung, auf den sich die Urteile stützen, könnte eine taugliche Schranke i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG darstellen. Dies wäre aber nur dann der Fall, wenn die Norm ihrerseits nicht verfassungswidrig wäre.

Hier zeigt sich die angesprochene Doppelung der Prüfung. Die hier vorgenommene Kürzung hat den Vorteil, dass identische Probleme nicht mehrmals zu prüfen sind. § 130 StGB selbst kann nur Grundlage für Eingriffe durch die Urteile sein, wenn die Norm selbst verfassungsgemäß ist.

aa) Verstoß gegen Art. 5 GG

(1) § 130 StGB als allgemeines Gesetz (Art. 5 Abs. 2 GG)

Nach Art. 5 Abs. 2 GG unterliegt die Meinungsfreiheit insbesondere den Schranken, die sich aus den allgemeinen Gesetzen ergeben. Darunter sind Gesetze zu verstehen, die nicht eine Meinung als solche verbieten, sondern dem Schutz eines schlechthin ohne Rücksicht auf eine bestimm-

te Meinung zu schützenden Rechtsguts dienen.²⁴ Dieses Rechtsgut muss in der Rechtsordnung allgemein und damit unabhängig davon geschützt sein, ob es durch Meinungsäußerungen oder auf andere Weise verletzt werden kann.²⁵ Die Allgemeinheit des Gesetzes verbürgt damit entsprechend dem Verbot der Benachteiligung oder Bevorzugung wegen politischer Anschauungen (Art. 3 Abs. 3 S. 1 Alt. 9 GG) für Eingriffe in die Meinungsfreiheit ein spezifisches und striktes Diskriminierungsverbot gegenüber bestimmten Meinungen.²⁶

Hiervon ausgehend ist der Straftatbestand des § 130 Abs. 2 Nr. 1a, Abs. 3, Abs. 5 StGB kein allgemeines Gesetz. Zwar dient die Vorschrift dem öffentlichen Frieden und damit dem Schutz eines Rechtsguts, das auch sonst in der Rechtsordnung vielfältig geschützt wird. Jedoch gestaltet § 130 StGB diesen Schutz nicht in inhaltsöffener, allgemeiner Art aus, sondern bezogen allein auf Meinungsäußerungen, die eine bestimmte Haltung zum Nationalsozialismus ausdrücken. Die Vorschrift dient nicht dem Schutz von Gewaltopfern allgemein und stellt bewusst nicht auf die Billigung, Verherrlichung und Rechtfertigung der Gewalt- und Willkürherrschaft totalitärer Regime insgesamt ab, sondern ist auf Äußerungen allein in Bezug auf den Nationalsozialismus begrenzt. Die Vorschrift pönalisiert Meinungsäußerungen, die sich aus einer bestimmten Deutung der Geschichte und einer entsprechenden Haltung ergeben können. Damit ist sie kein allgemeines Gesetz, sondern Sonderrecht zur Abwehr von speziell solchen Rechtsgutverletzungen, die sich aus der Äußerung einer bestimmten Meinung, nämlich der Gutheißung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft, ergeben.²⁷

§ 130 StGB kann als Sonderrecht auch nicht auf das Recht der persönlichen Ehre nach Art. 5 Abs. 2 Alt. 3 GG – hier bezogen auf die Würde der Opfer – gestützt werden. Das Erfordernis der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze gem. Art. 5 Abs. 2 Alt. 1 GG erstreckt sich auch auf Bestimmungen zum Ehrschutz.²⁸

(2) Ungeschriebene Ausnahme von Art. 5 Abs. 2 GG

Von dem Erfordernis der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze gem. Art. 5 Abs. 2 GG ist jedoch eine Ausnahme anzuerkennen für Vorschriften, die auf die Verhinderung einer propagandistischen Affirmation der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft zwischen den Jahren 1933 und 1945 zielen. Das menschenverachtende Regime dieser Zeit, das über Europa und die Welt in unermesslichem Ausmaß Leid, Tod und Unterdrückung

²¹ BVerfG v. 09.11.2011 – 1 BvR 461/08, NJW 2012, 1498, Rn. 18.
²² BVerfG v. 22.06.1982 – 1 BvR 1376/79, BVerfGE 61, 1, 9; BVerfG v. 13.04.1994 – 1 BvR 23/94, BVerfGE 90, 241, 248.

²³ Vgl. etwa BVerfG v. 26.06.2002 – 1 BvR 558, 1428/91, BVerfGE 105, 252, 273 ff.

²⁴ St. Rspr., s. grundlegend BVerfG v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198, 209 f.; ferner BVerfG v. 26.5.1970 – 1 BvR 657/68, BVerfGE 28, 282, 292; BVerfG v. 10.10.1995 – 1 BvR 1476/91 u.a., BVerfGE 93, 266, 291.

²⁵ Vgl. BVerfG v. 23.06.2004 – 1 BvQ 19/04, BVerfGE 111, 147, 155.

²⁶ BVerfG v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300, 324.

²⁷ BVerfG v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300, 326 f.

²⁸ BVerfG v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300, 326.

gebracht hat, hat für die verfassungsrechtliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland eine gegenbildlich identitätsprägende Bedeutung, die einzigartig ist und allein auf der Grundlage allgemeiner gesetzlicher Bestimmungen nicht eingefangen werden kann. Das bewusste Absetzen von der Unrechtsherrschaft des Nationalsozialismus war historisch zentrales Anliegen aller an der Entstehung wie Inkraftsetzung des Grundgesetzes beteiligten Kräfte und bildet ein inneres Gerüst der grundgesetzlichen Ordnung (vgl. nur Art. 1, 20 und 79 Abs. 3 GG). Das Grundgesetz kann weithin geradezu als Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes gedeutet werden und ist von seinem Aufbau bis in viele Details hin darauf ausgerichtet, aus den geschichtlichen Erfahrungen zu lernen und eine Wiederholung solchen Unrechts ein für alle Mal auszuschließen. Auch für die Schaffung der Europäischen Gemeinschaften sowie zahlreiche internationale Vertragswerke wie insbesondere auch die Europäische Menschenrechtskonvention ging von den Erfahrungen der Zerstörung aller zivilisatorischen Errungenschaften durch den Nationalsozialismus ein entscheidender Impuls aus. Sie prägen die gesamte Nachkriegsordnung und die Einbindung der Bundesrepublik Deutschland in die Völkergemeinschaft bis heute nachhaltig.

Art 5 Abs. 2 GG schließt es also nicht aus, dieser geschichtlich begründeten Sonderkonstellation durch besondere Vorschriften Rechnung zu tragen.²⁹ § 130 StGB verstößt mithin nicht gegen das Erfordernis der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze gem. Art. 5 Abs. 2 Alt. 1 GG.

(3) Schranken-Schranke: Verhältnismäßigkeit/Wechselwirkungslehre

Schließlich müsste die durch § 130 StGB bedingte Beschränkung der Meinungsfreiheit auch verhältnismäßig sein. Die Vorschrift muss also einen legitimen Zweck verfolgen, zu dessen Erreichung sie geeignet, erforderlich und angemessen ist.

(1) Nicht legitim ist insbesondere eine Aufhebung des in dem jeweiligen Grundrecht enthaltenen Freiheitsprinzips als solchen. Für die Meinungsfreiheit findet dies in der Wechselwirkungslehre seinen spezifischen Ausdruck: Zwischen Grundrechtsschutz und Grundrechtsschranken findet eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die allgemeinen Gesetze zwar Schranken setzen, diese aber ihrerseits wieder im Lichte dieser Grundrechtsverbürgungen bestimmt werden müssen.³⁰ Die Schranken der Meinungsfreiheit dürfen deren substanziellen Gehalt nicht in Frage stellen. Für Eingriffe in Art. 5 GG folgt hieraus, dass ihre Zielsetzung nicht darauf gerichtet sein darf, Schutzmaßnahmen gegenüber rein geistig bleibenden Wirkungen von bestimmten Meinungsäußerungen zu treffen. Legitim ist

es demgegenüber, Rechtsgutsverletzungen zu unterbinden. Soweit der Gesetzgeber darauf zielt, Meinungsäußerungen insoweit einzuschränken, als mit ihnen die Schwelle zur individualisierbaren, konkret fassbaren Gefahr einer Rechtsverletzung überschritten wird, verfolgt er einen legitimen Zweck.³¹ Dies ist bei § 130 StGB der Fall. In Abs. 3 der Vorschrift wird etwa deutlich, dass bezweckt wird, den öffentlichen Frieden zu wahren. Auch dienen sowohl Abs. 3 als auch Abs. 4 dem Schutz der (postmortalen) Ehre der Opfer des Nationalsozialismus.³² Dies rückt bei der Strafbarkeit des Verbreitens von Schriften i.S.v. Abs. 2 Nr. 1a, Abs. 5 in den Vordergrund. Insgesamt lässt sich somit § 130 als ein Delikt gegen die Menschlichkeit charakterisieren.³³

(2) Die Strafbarkeit des Verbreitens von Schriften, in denen der Holocaust geleugnet wird, ist auch geeignet, die Würde der Opfer zu schützen und Gefährdungen des öffentlichen Friedens vorzubeugen.

(3) Ferner ist der mit § 130 StGB verbundene Eingriff in die Meinungsfreiheit auch erforderlich. Ein mildereres Mittel, das in Bezug auf die hier in Frage stehenden Rechtsverletzungen den Schutz des öffentlichen Friedens in gleich wirksamer Weise gewährleisten kann, ist nicht ersichtlich.³⁴

(4) § 130 StGB ist in seiner Ausgestaltung auch verhältnismäßig im engeren Sinne, zumindest bei einer restriktiven Auslegung im Lichte des Art. 5 Abs. 1 GG.³⁵ Die Vorschrift begründet dann einen angemessenen Ausgleich zwischen Meinungsfreiheit und dem Schutz des öffentlichen Friedens. Sie ist insbesondere nicht in dem Sinne übermäßig weit gefasst, dass sie inhaltlich schon allein die Verbreitung von rechtsradikalen und auch an die Ideologie des Nationalsozialismus anknüpfenden Ansichten unter Strafe stellte. Weder verbietet sie generell eine zustimmende Bewertung von Maßnahmen des nationalsozialistischen Regimes, noch eine positive Anknüpfung an Tage, Orte oder Formen, denen ein an diese Zeit erinnernder Sinngehalt mit gewichtiger Symbolkraft zukommt. Die Strafandrohung ist auf die Gutheißung allein der historisch real gewordenen Gewalt- und Willkürherrschaft unter dem Nationalsozialismus begrenzt, für die Deutschland eine fortwirkende, besondere, geschichtlich begründete Verantwortung trägt. Ergänzend verlangt der Straftatbestand, dass diese untersagte Bekräftigung auch tatsächlich in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise erfolgt. Tatbestandsmerkmale wie etwa das Erfordernis des „Verbreitens“ in Abs. 2 oder das Vorliegen einer Störung des öffentlichen Friedens in Abs. 4

²⁹ BVerfG v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300, 327 ff.

³⁰ BVerfG v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300, 331; vgl. auch BVerfG v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198, 208 f.; BVerfG v. 02.03.2003 – 1 BvR 330/96 u. 1 BvR 348/99, BVerfGE 107, 299, 331.

³¹ BVerfG v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300, 332.

³² Zum Schutzzweck vgl. *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Auflage 2011, § 130 Rn. 1; *Ostendorf*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Bd. 1, 3. Auflage 2010, § 130 Rn. 4.

³³ So treffend *Ostendorf*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Bd. 1, 3. Auflage 2010, § 130 Rn. 4.

³⁴ So das BVerfG in Bezug auf § 130 Abs. 4 StGB, s. BVerfG v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300, 337.

³⁵ Vgl. BVerfG v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300, 337 f.

können so restriktiv ausgelegt werden, dass wirklich nur im Falle von nicht unerheblichen Rechtsgutsverletzungen eine Strafbarkeit gegeben ist, nicht aber etwa bei einem bloßen Gedankenaustausch zwischen zwei Personen.

Ein Verstoß des § 130 StGB gegen Art. 5 GG ist damit zu verneinen.

bb) Verstoß gegen Bestimmtheitsgebot Art. 103 Abs. 2 GG

Die einschlägigen Normen, insbesondere § 130 Abs. 3 StGB, könnten aber aufgrund der Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen verfassungswidrig nach § 103 Abs. 2 GG sein.

(1) Reichweite der Bestimmtheit

Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen.³⁶ Das schließt nicht eine Verwendung von Begriffen aus, die in besonderem Maße der Deutung durch den Richter bedürfen. Wegen der Allgemeinheit und Abstraktheit von Strafnormen ist es ferner unvermeidlich, dass in Grenzfällen zweifelhaft sein kann, ob ein Verhalten schon oder noch unter den gesetzlichen Tatbestand fällt oder nicht. Es genügt, wenn sich deren Sinn im Regelfall mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden ermitteln lässt und in Grenzfällen dem Adressaten zumindest das Risiko der Bestrafung erkennbar wird.³⁷

(2) Bestimmtheit im konkreten Fall

Keine Zweifel an der hinreichenden Bestimmtheit gemäß Art. 103 Abs. 2 GG bestehen bei den Begriffen der Billigung, Verherrlichung oder Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft sowie bei den tatbestandlichen Modalitäten „öffentlich oder in einer Versammlung“ i.S.v. § 130 Abs. 3 StGB. Jedes dieser Tatbestandsmerkmale ist schon von seiner sprachlichen Fassung her hinreichend deutlich und begrenzt, um im Sinne der Anforderungen der Rechtsprechung auslegungsfähig zu sein. Die Frage, wie eng oder weit diese Begriffe im Kontext der Norm auszulegen sind, ist eine Frage ihrer Anwendung.

Auf Probleme stößt hingegen das Tatbestandsmerkmal des „öffentlichen Friedens“ (§ 130 Abs. 1, 3, 4 StGB). Die Tatsache, dass der öffentliche Friede bei hinreichend begrenztem Verständnis ein geeignetes Schutzgut der Strafgesetzgebung sein kann, besagt noch nicht, dass auf diesen Begriff ohne weiteres auch als Tatbestandsmerkmal zurückgegriffen werden darf. Verstanden als Tatbestandsmerkmal, das eigenständig strafbegründend wirkt, wirft der Begriff des öffentlichen Friedens vielmehr Zweifel hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot auf. Demgegenüber bestehen

gegen das Tatbestandsmerkmal des öffentlichen Friedens dann keine Bedenken, wenn die vom Gesetzgeber als strafwürdig beurteilte Störung des öffentlichen Friedens durch andere, ihrerseits hinreichend bestimmte Tatbestandsmerkmale konkret umschrieben wird, die bereits für sich die Strafandrohung jedenfalls grundsätzlich zu tragen vermögen. Eigenständige Bedeutung hat es nur in atypischen Situationen, wenn diese Vermutung aufgrund besonderer Umstände nicht trägt. Hier ist das Merkmal des öffentlichen Friedens nur ein Korrektiv und kein alleiniges strafbegründendes Merkmal.

Nach diesen Maßgaben bestehen gegen die Bestimmtheit des § 130 StGB keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Die öffentlich oder in einer Versammlung zum Ausdruck gebrachte Billigung, Verherrlichung oder Rechtfertigung von Handlungen des Nationalsozialismus durch Schriften i.S.d. § 130 Abs. 5 StGB dürfte der Gesetzgeber schon für sich jedenfalls grundsätzlich als eine strafwürdige und hinreichend bestimmt erfasste Störung des öffentlichen Friedens ansehen. Die Aufnahme des öffentlichen Friedens ist damit faktisch nur noch deklaratorisch. Aus diesem Kontext heraus wird die Störung des öffentlichen Friedens auch als Tatbestandsmerkmal bestimmbar: Sie besteht in einem Absenken der Schwelle der Gewaltbereitschaft und in der bedrohenden Wirkung, die solchen Äußerungen vor dem speziellen Hintergrund der deutschen Geschichte in der Regel zukommt. Eine solche Wirkung kann bei Verwirklichung der weiteren Tatbestandsmerkmale grundsätzlich vermutet werden. Das Tatbestandsmerkmal des öffentlichen Friedens erlaubt es dabei jedoch, atypischen Situationen im Sinne der Meinungsfreiheit Rechnung zu tragen.

cc) Zwischenergebnis

Damit ist § 130 StGB – bei einer restriktiven Auslegung im Lichte der Verfassung – als eine verhältnismäßige Schranke anzusehen.

b) Verfassungskonforme Anwendung von § 130 StGB im Einzelfall durch die Strafgerichte

Es könnte jedoch vorliegend dadurch, dass die Strafgerichte bei der Auslegung dieses Tatbestandes Bedeutung und Tragweite der Meinungsfreiheit verkannt haben, zu einer Verletzung spezifischen Verfassungsrechts gekommen sein. Wie dargelegt, ist § 130 StGB nur bei einer restriktiven Handhabung im Lichte der Grundrechte verfassungskonform und als Schranke nach Art. 5 Abs. 2 GG anzusehen. Die Wechselwirkungslehre wirkt sich so auch auf der Rechtsanwendungsebene aus. Zwischen Grundrechtsschutz und Grundrechtsschranken findet eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die Schranken zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Grenzen setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der grundlegenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlich demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzender Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen.³⁸

³⁶ BVerfGE 71, 108, 114.

³⁷ Vgl. BVerfGE 41, 314, 320; BVerfGE 71, 108, 114 f.; BVerfGE 92, 1, 12.

³⁸ Vgl. bereits BVerfG v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198, 209; ferner aktuell auch BVerfG v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300, 331 f.

Der Gesetzgeber hat dem in der hier einschlägigen Tatbestandsvariante § 130 Abs. 2 Nr. 1a, Abs. 3, Abs. 5 StGB Rechnung getragen, indem er in dieser Tatbestandsvariante nicht jede Art der Äußerung unter Strafe gestellt hat, sondern nur das „Verbreiten“. Entscheidendes Kriterium, ob ein Verbreiten vorliegt, ist nach hergebrachtem Verständnis stets, dass eine Schrift einem größeren, nicht mehr kontrollierbaren Personenkreis zugänglich gemacht wird.³⁹ Der Gesetzgeber hat folglich das bloße Austauschen solcher Schriften zwischen zwei Personen – und damit das bloße Äußern der konkreten Meinung als solcher – grundsätzlich von der Strafbarkeit nach § 130 Abs. 2 Nr. 1a StGB ausgenommen.⁴⁰ Indem die angegriffenen Entscheidungen entgegen dieser Wertung das Tatbestandsmerkmal „Verbreiten“ überdehnt und letztlich den bloßen Austausch von Schriften zwischen zwei Personen unter den Straftatbestand des § 130 Abs. 2 Nr. 1a, Abs. 3, Abs. 5 StGB subsumiert haben, verkennen sie die Bedeutung der Meinungsfreiheit wesentlich. Sie haben damit in mit Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG nicht vereinbarer Weise bereits das schlichte Äußern einer konkreten Meinung unter Strafe gestellt. Auch ist eine friedensstörende Wirkung, wie sie für einen Eingriff in die Meinungsfreiheit erforderlich wäre⁴¹, nicht erkennbar. B hatte hier lediglich dem Gastwirt das Informationsmaterial ausgehändigt, damit dieser sich über die sich angeblich tatsächlich ereigneten historischen Geschehnisse informieren kann. Sonstige Personen waren beim Austausch der Schriften nicht anwesend. Bei der gebotenen restriktiven Auslegung des StGB im Sinne der Wechselwirkungslehre hätte also vorliegend eine Strafbarkeit des B verneint werden müssen.

³⁹ Vgl. zur Auslegung dieses Merkmals Ostendorf, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Bd. 1, 3. Auflage 2010, § 130 Rn. 23: „Verbreiten ist Wiedergabe oder Ausstrahlung an einen größeren Personenkreis, wobei dieser nach Zahl und Individualität unkontrollierbar groß sein muss.“

⁴⁰ BVerfG v. 09.11.2011 – 1 BvR 461/08, NJW 2012, 1498, Rn. 24.

⁴¹ BVerfG v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300, 335.

Die Urteile der Strafgerichte verletzen B daher in seiner Meinungsfreiheit

III. Verletzung von Art. 3 Abs. 3 GG

Schließlich könnte B hier in seinem Recht aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 Alt. 9 GG (Verbot der Benachteiligung wegen politischer Anschauungen) verletzt worden sein. Art. 3 Abs. 3 GG schützt vor Eingriffen, die schon an das bloße „Haben“ einer politischen Anschauung anknüpfen.⁴² Hingegen richtet sich die Verfassungsmäßigkeit von Eingriffen, die an die Äußerung und Betätigung solcher Anschauungen anknüpfen, grundsätzlich nach den jeweiligen Freiheitsgrundrechten.⁴³ Dies gilt jedenfalls dann, wenn den entsprechenden Freiheitsgrundrechten, wie vorliegend Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 GG, spezielle Gleichheitsgewährleistungen innewohnen. Diese gehen dann als *leges speciales* dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG vor. Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 3 GG kommt damit nicht in Betracht.⁴⁴

D) Ergebnis

Das Urteil verletzt damit durch die fehlerhafte Auslegung des § 130 StGB den B in seinem Grundrecht auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG. Die Klage des B ist damit zulässig und begründet.

⁴² Vgl. BVerfG v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300, 338.

⁴³ Vgl. BVerfG v. 22.05.1975 – 2 BvL 13/73, BVerfGE 39, 334, 368.

⁴⁴ Vgl. BVerfG v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300, 338.