

# Neue Juristische Wochenschrift

In Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein  
und der Bundesrechtsanwaltskammer herausgegeben von Prof. Dr. Rainer Hamm,  
Rechtsanwalt in Frankfurt a. M. - Prof. Dr. Rudolf Nirk, Rechtsanwalt beim BGH - Dr. Fritz  
Ostler, Rechtsanwalt in München - Prof. Dr. Hans-Jürgen Rabe, Rechtsanwalt in Hamburg  
- Prof. Dr. Konrad Redeker, Rechtsanwalt in Bonn.

8 1996

Seite 481-544 49.  
Jahrgang 21. Februar 1996

Schriftleitung: Prof. Dr. Hermann Weber, Rechtsanwalt, Palmengartenstraße 14, 60325  
Frankfurt a. M.

Dr. Stefan Huster, Heidelberg

## Das Verbot der „Auschwitzlüge“, die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht

*Durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10. 1994 wurde in § 130 III StGB das Billigen, Leugnen und Verharmlosen des nationalsozialistischen Völkermordes unter Strafe gestellt, soweit es geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören. Erfasst werden soll damit insbesondere die sog. „Auschwitzlüge“. Während der neue Straftatbestand politisch bis zuletzt umstritten blieb, ging man übereinstimmend davon aus, daß ein Rechtskonflikt mit der verfassungsrechtlich garantierten Meinungsfreiheit nicht vorliegt (I). Dabei wurde übersehen, daß mindestens ein Element der herkömmlichen Dogmatik des Art. 5 I 1 GG aufgegeben werden muß, um §130 III StGB das gewünschte Anwendungsfeld zu eröffnen (II, III). Dies beruht auf einer Inkonsistenz der Rechtsprechung des BVerfG zur Einordnung gleichzeitig wertender und Tatsachen behauptender Äußerungen sowie zur Behandlung bewußt oder erwiesen unwahrer Tatsachenbehauptungen (IV). Diese Rechtsprechung provoziert Folgeprobleme und sollte daher geändert werden (V).*

### I. Das Verbot der „Auschwitzlüge“ und der Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG

Der neue § 130 III StGB sanktioniert das Äußern einer in seinem Tatbestand inhaltlich beschriebenen Meinung. Ist dieses Verbot mit der Schrankenregelung des Art. 5 II GG vereinbar? Diese Frage stellt sich insbesondere dann, wenn hier die Schranke der „allgemeinen Gesetze“ einschlägig ist, die derartiges Sonderrecht nach herkömmlicher Meinung gerade nicht zuläßt. Der Gesetzgeber ging offensichtlich davon aus, daß insoweit keine Bedenken auftreten, weil die Leugnung der Judenverfolgung im Nationalsozialismus als erwiesen unwahre Tatsachenbehauptung von vornherein nicht in den Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG falle, so daß auch die Schrankenregelung des Art. 5 II GG nicht eingreife<sup>1</sup>.

Nun konnte sich der Gesetzgeber tatsächlich darauf berufen, daß das BVerfG inzwischen in ständiger und weithin geteilter Rechtsprechung davon ausgeht, daß erwiesen oder bewußt unwahre Tatsachenbehauptungen nicht vom Schutz des Art. 5 I 1 GG erfaßt werden<sup>2</sup>. Begründet wird dies mit dem abgeleiteten Grundrechtsschutz für Tatsachenbehauptungen: Diese seien nur durch Art. 5 I 1 GG geschützt, weil und soweit sie die Voraussetzung der Bildung von Meinungen, dem eigentlichen Schutzgut des Grundrechts, darstellen<sup>3</sup>. Der Grundrechtsschutz ende daher dort, wo Tatsachenbehauptungen aufgrund ihrer Unwahrheit zur Meinungsbildung nichts beitragen können, da unter diesem Gesichtspunkt unrichtige Information kein

schützenswertes Gut sei. Daß dies nur für erwiesen und bewußt unwahre Tatsachenbehauptungen gilt, wird - zutreffend - damit begründet, daß der Kommunikationsprozeß gefährdet wäre, wenn bereits die schlicht unwahre Tatsachenbehauptung von vornherein nicht Art. 5 I 1 GG unterfallen könne. Und da die Leugnung der Judenverfolgung - wenn man noch halbwegs bei Verstand ist und nicht unter ideologiebedingtem Realitätsverlust leidet - zweifellos eine derartige erwiesen unwahre Tatsachenbehauptung darstellt, sieht es so aus, als sei Art. 5 I 1 GG von vornherein aus dem Spiel.

Auf der Grundlage der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ist dies aber nur die halbe Wahrheit<sup>4</sup>. Zwar hat auch das *BVerfG* die „Auschwitzlüge“ ausdrücklich als erwiesen unwahre Tatsachenbehauptung eingeordnet und damit dem Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG entzogen<sup>5</sup>. Anders ist es dagegen, wenn die „Auschwitzlüge“ mit wertenden Elementen verquickt ist. Das *BVerfG* sieht nämlich Verlautbarungen, in denen Werturteile und Tatsachenbehauptungen miteinander verbunden sind, im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes insgesamt als Meinungsäußerungen an, die von Art. 5 I 1 GG geschützt werden<sup>6</sup>. Es ist dann - zumindest auf den ersten Blick - nur konsequent, wenn das *BVerfG* auch die „Auschwitzlüge“ dem Schutz des Art. 5 I 1 GG unterstellt, wenn sie nicht isoliert, sondern als Voraussetzung und im Zusammenhang mit einer wertenden Meinung - im konkreten Fall: zur „Erpreßbarkeit“ der deutschen Politik - geäußert wird<sup>7</sup>. Diese Rechtsprechung hat Konsequenzen für die verfassungsrechtliche Beurteilung des § 130 III StGB.

Zum einen kann man fragen, ob sich diese Norm nach ihrem Wortlaut überhaupt auf das Verbot einer „reinen“ erwiesen unwahren und daher nicht von Art. 5 I 1 GG geschützten Tatsachenbehauptung bezieht. Dies mag man für die Tatbestandsalternative des „Leugnens“ noch annehmen können; aber bereits das „Verharmlosen“ und gewiß das „Billigen“ sind Tathandlungen, mit denen nicht nur eine Tatsache, sondern auch eine Wertung geäußert wird. Dies gilt zumindest dann, wenn man die großzügigen Abgrenzungsmaßstäbe des *BVerfG* heranzieht, nach denen z.B. die Aussagen „Das Kreiskrankenhaus S ist durch Dr. M heruntergewirtschaftet worden“ oder „Mißliebige Kritiker werden vom X-Konzern bespitzelt und unter Druck gesetzt“, nicht mehr als Tatsachenbehauptungen, sondern bereits als Meinungsäußerungen einzuordnen sind<sup>8</sup>.

Zum anderen und vor allem ist aber § 130 III StGB als ein die Meinungsfreiheit beschränkendes, weil in den Grundrechtsschutzbereich eingreifendes Gesetz zu betrachten, soweit die „Auschwitzlüge“ auch dann von dieser Norm erfaßt werden soll, wenn sie - wie im Rahmen der rechtsradikalen Propaganda nicht unüblich - als Voraussetzung und im Zusammenhang mit einer wertenden Meinung z. B. zur „Erpreßbarkeit“ der deutschen Politik oder der Notwendigkeit einer „revisionistischen“ Geschichtsbetrachtung geäußert wird.

Daraus folgt: Legt man die Rechtsprechung des *BVerfG* zugrunde, lag der Gesetzgeber falsch mit der Annahme, daß das Verbot der „Auschwitzlüge“ nicht in den Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG eingreift. Vielmehr werden auf § 130 III StGB gestützte Verurteilungen regelmäßig - d.h. immer dann, wenn nicht nur ein Fall der „reinen“, isolierten Leugnung der Massenvernichtung vorliegt - als Eingriffe in das Grundrecht der Meinungsfreiheit zu qualifizieren sein. Es kommt also doch darauf an, daß § 130 III StGB als gesetzliche Beschränkung der Meinungsfreiheit mit der Schrankenregelung des Art. 5 II GG vereinbar ist, wenn das Verbot der „Auschwitzlüge“ nicht einen wesentlichen Anwendungsbereich durch eine - anderenfalls erforderliche - verfassungskonforme Reduktion des § 130 III StGB verlieren soll.

## II. Die „allgemeinen Gesetze“ als einschlägige Schranke

### 1. Der öffentliche Frieden als Schutzgut des § 130 III StGB

Unter den drei Alternativen des Art. 5 II GG kann sich der Gesetzgeber für die Rechtfertigung des § 130 III StGB nur auf die Schranke der „allgemeinen Gesetze“ berufen. Insbesondere die Schranke des Ehrenschatzes, auf deren Grundlage auch „besondere“ Gesetze gegen die Meinungsfreiheit gerechtfertigt werden können<sup>9</sup>, greift nicht ein. Dies ergibt sich daraus, daß § 130 III StGB ausweislich seiner Entstehungsgeschichte<sup>10</sup> nicht dem Schutz der persönlichen Ehre der von nationalsozialistischen Verfolgungsmaßnahmen Betroffenen und ihrer Angehörigen, sondern - allein oder zumindest ganz vorrangig - der Wahrung des öffentlichen Friedens dienen soll.

Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß die sog. einfache „Auschwitzlüge“ als Beleidigung der jüdischen Mitbürger nach § 185 StGB strafbar ist<sup>11</sup>. Trotz der an dieser Ausdehnung des Beleidigungstatbestandes geübten Kritik<sup>12</sup> ging auch der Gesetzgeber davon aus, daß hinsichtlich des Ehrenschatzes der Betroffenen eine Strafbarkeitslücke nicht besteht<sup>13</sup>. Dies gilt nun um so mehr, als hier seit der Änderung des § 194 StGB im Jahre 1985 das Strafantragserfordernis weitgehend entfallen ist<sup>14</sup>. Es wurde aber als unbefriedigend angesehen, daß die sog. einfache „Auschwitzlüge“ bisher nur als Straftat gegen individuelle Rechtsgüter zu erfassen war; durch sie sei vielmehr auch der öffentliche Frieden als überindividuelles Rechtsgut berührt<sup>15</sup>. Der *BGH* hat sich dagegen noch zuletzt im spektakulären *Deckert-Fall* geweigert, die einfache „Auschwitzlüge“ dem einschlägigen Tatbestand der Volksverhetzung zu unterstellen, da § 130 StGB a. F. in allen Alternativen einen Angriff auf die Menschenwürde voraussetze. Ein solcher Angriff liege aber nicht bereits bei einer Verletzung der Ehre, sondern erst dann vor, wenn „der angegriffenen Person ihr Lebensrecht als gleichwertige Persönlichkeit in der staatlichen Gemeinschaft abgesprochen und sie als minderwertiges Wesen behandelt wird“. Das bloße Bestreiten der Gaskammermorde erfülle diese Voraussetzungen ohne das Hinzutreten weiterer Umstände nicht<sup>16</sup>. Die Einführung des § 130 III StGB reagierte auf die durch diese Rechtsprechung entstandene Gesetzeslücke, da auch die einfache Leugnung der Massenvernichtung den öffentlichen Frieden gefährde. Folgerichtig wurde die „Auschwitzlüge“ in § 130 III StGB als Straftat gegen die öffentliche Ordnung verankert; auf das Erfordernis eines Angriffs auf die Menschenwürde der Betroffenen wurde verzichtet.

Unter diesen Vorzeichen ist es nicht möglich, die Menschenwürde oder persönliche Ehre der Betroffenen als Schutzgut des § 130 III StGB anzusehen; diese Rechtsgüter werden vielmehr allein durch die §§ 185, 189 StGB, evtl. auch noch durch § 130 I StGB geschützt<sup>17</sup>. Natürlich stellt die einfache „Auschwitzlüge“ auch eine Kränkung der Betroffenen dar; dies ist in § 130 III StGB aber nur insoweit berücksichtigt, als sich daraus eine Eignung zur Gefährdung des öffentlichen Friedens als eines kollektiven Rechtsgutes ergibt. Dem Schutz der persönlichen Ehre i. S. des Art. 5 II GG dient § 130 III StGB demnach - zumindest vorrangig - nicht<sup>18</sup>.

## **2. Die Allgemeinheitsforderung des Art. 5 II GG**

Der Begriff der „allgemeinen Gesetze“ in Art. 5 II GG ist bekanntlich ein Dauerbrenner im Problemfundus des Verfassungsrechts. Hier reicht zunächst die Feststellung aus, daß das *BVerfG* die in der Geschichte der Auslegung dieses Begriffs maßgeblichen Theorien, die Abwägungs- und die Sonderrechtslehre, in seiner Rechtsprechung kumulativ kombiniert<sup>19</sup>. Bestandteil des geltenden Verfassungsrechts ist demnach auch die Forderung, daß die einschlägigen Schrankengesetze kein Sonderrecht gegen die Meinungsfreiheit enthalten dürfen. Nun wird die Frage, wann denn derartige Sonderrecht vorliegt, durchaus unterschiedlich beantwortet<sup>20</sup>. Einigkeit müßte sich aber darüber erzielen lassen, daß jedenfalls ein Gesetz, das gegen eine bestimmte inhaltliche, in seinem Tatbestand genannte Meinung gerichtet ist, Sonderrecht darstellt. Dies gilt vor allem dann, wenn die Meinungsäußerung eine öffentlich interessierende, insbesondere politische Frage betrifft, weil in diesem Bereich die Versuchung besonders groß ist, mißliebige Meinungen zu unterdrücken. Alle anderen Konkretisierungen der Sonderrechtslehre stellen eher noch schärfere Anforderungen an Grundrechtsbeschränkungen, so daß es sich dabei um den erforderlichen Minimalinhalt dieses Begriffs handelt: Was soll noch Sonderrecht sein, wenn nicht das Verbot, eine inhaltlich bestimmte Meinung zu äußern?

## **3. Das Problem**

§130 III StGB stellt nun ersichtlich geradezu den Musterfall einer Norm dar, die auf diese Weise gegen eine bestimmte inhaltliche Meinung gerichtet ist. Daraus ergibt sich folgendes Dilemma: Die „Auschwitzlüge“ unterfällt in bestimmten Konstellationen dem Schutzbereich des Grundrechts der Meinungsfreiheit, soll aber auch dann von dem Verbot des § 130 III StGB erfaßt werden. Da Schutzzweck des § 130 III StGB der öffentliche Frieden ist und die anderen Alternativen des Art. 5 II GG damit nicht eingreifen, müßte diese Norm ein „allgemeines Gesetz“ sein; dies ist aber gerade nicht der Fall. Was ist nun zu tun, um § 130 III StGB vor dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit bzw. einer massiven Reduktion seines Anwendungsbereiches zu bewahren?

## **III. Die drei Lösungsmöglichkeiten**

### **1. Aufgabe der Sonderrechtslehre**

Eine Radikallösung bestände darin, die Sonderrechtslehre aufzugeben und sich nur noch an der Frage zu orientieren, ob das Schrankengesetz dem Schutz eines Rechtsgutes dient, das aufgrund seiner Höherwertigkeit der Meinungsfreiheit vorgeht<sup>21</sup>. Dies mag man dann bei der Abwägung der hier einschlägigen Rechtsgüter - Wahrung des öffentlichen Friedens vs. Interesse, die „Auschwitzlüge“ in wertenden Zusammenhängen zu verbreiten - bejahen.

Allerdings zahlt man für diese Lösung einen hohen Preis. Wenn Art. 5 I 1 GG eine freie, d.h. von inhaltlicher staatlicher Lenkung unabhängige Meinungsbildung garantieren will, muß es ein elementarer Bestandteil des Grundrechtsschutzes sein, daß das Recht sich nicht gegen einzelne - insbesondere politische - Meinungsinhalte

wenden darf, sondern im Schutzbereich des Grundrechts meinungsneutral zu sein hat; dies ist - bei aller Kritik an ihren Schwächen - der berechtigte Kern der Sonderrechtslehre<sup>22</sup>. Da aber nicht zu sehen ist, wie dieser Grundgedanke der inhaltlichen Meinungsneutralität mit gleicher Prägnanz innerhalb der Abwägungslehre zur Geltung kommen kann, sollte zum Schutz des Grundrechts zumindest mit diesem Minimalgehalt an der Sonderrechtstheorie festgehalten werden<sup>23</sup>.

## **2. Der Rückgriff auf verfassungsimmanente Schranken**

Die Schrankenregelung des Art. 5 II GG könnte ferner umgangen werden, indem die in § 130 III StGB liegende Einschränkung der Meinungsfreiheit auf kollidierendes Verfassungsrecht als verfassungsimmanente Schranke des Grundrechts gestützt wird. Die Anforderung der „Allgemeinheit“ des Gesetzes käme dann gar nicht zum Zuge, so daß auf diesem Wege „besondere“ Gesetze gerechtfertigt werden könnten, die sich gegen eine bestimmte Meinung richten<sup>24</sup>. Auch gegen diese Lösung sprechen aber schwerwiegende Bedenken.

Zunächst ist es generell fragwürdig, die qualifizierten Gesetzesvorbehalte der einzelnen Grundrechte durch einen Rückgriff auf kollidierendes Verfassungsrecht zu überspielen. Über die Zulässigkeit dieses Vorgehens bestehen - soweit ersichtlich - keine gefestigten Meinungen<sup>25</sup>. Nun mag man vorbringen, daß dieser Rückgriff schon allein deshalb zulässig sein müsse, weil sonst die vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechte - die nach ganz überwiegender Ansicht (nur) durch kollidierendes Verfassungsrecht begrenzt werden - möglicherweise stärker eingeschränkt werden könnten als diejenigen Grundrechte, denen ein qualifizierter Gesetzesvorbehalt beigefügt ist<sup>26</sup>. Auf der anderen Seite spricht aber gerade im Bereich des Art. 5 I GG vieles dafür, die Schrankenregelung des Art. 5 II GG als abschließend anzusehen: Denn da mit dem *BVerfG* durch großzügige Anknüpfungen - insbesondere auch an bundesstaatliche Kompetenznormen - Verfassungsgüter nahezu beliebig aus dem Grundgesetz abgeleitet werden können<sup>27</sup>, käme man zum Ergebnis, daß besondere Gesetze gegen die Meinungsfreiheit auch gerechtfertigt wären, um z. B. die vom Grundgesetz in Art. 74 Nr. 11 a GG grundsätzlich zugelassene friedliche Nutzung der Kernenergie zu gewährleisten<sup>28</sup>. Auch wenn ein Teil der dadurch entstehenden Probleme auf der Abwägungsebene wieder beseitigt werden könnte, würde dies die Wirkungskraft des Grundrechts empfindlich schwächen. Der Rückgriff auf kollidierende Verfassungsgüter kann daher im Bereich des Art. 5 I GG höchstens dann zulässig sein, wenn es sich um möglichst konkrete Rechtsgüter handelt und sich ihr Schutzanspruch eindeutig aus der Verfassung ergibt.

Das Problem zeigt sich besonders deutlich im hier vorliegenden Fall: Schutzgut des § 130 III StGB ist der öffentliche Frieden im strafrechtlichen Sinne, den die h. M. als Zustand allgemeiner Rechtssicherheit und eines entsprechenden Bewußtseins in der Bevölkerung, in Ruhe und Frieden zu leben, definiert<sup>29</sup>. Es bereitet wenig Probleme, für dieses Schutzgut auch einen verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt, ja sogar eine Schutzpflicht des Staates zu konstruieren<sup>30</sup>. Nun hat aber bereits die strafrechtliche Dogmatik gezeigt, daß das Tatbestandsmerkmal der Eignung zur Friedensstörung kaum straf-barkeitsbegrenzende Wirkungen hat entfalten können<sup>31</sup>. Daher läuft zumindest dann, wenn unter Berufung auf dieses Schutzgut nicht nur eine bestimmte Art und Weise der Meinungsäußerung pönalisiert wird - wie z.B. in § 166 StGB das Beschimpfen des Bekenntnisses -, sondern die Sanktion unmittelbar an den Inhalt einer Äußerung anknüpfen kann, der Schutz der Meinungsfreiheit gegenüber gesetzgeberischen Eingriffen weitgehend leer. Denn ob die Äußerung einer Meinung zur Gefährdung des objektiven Rechtsfriedens und des subjektiven

Friedensvertrauens geeignet ist, hängt davon ab, wie die Mehrheit der Bevölkerung auf eine derartige Meinungsäußerung reagiert. Eine Meinungsfreiheit aber, die unter dem Vorbehalt einer zustimmenden oder zumindest indifferenten allgemeinen Einstellung zu den geäußerten Meinungsinhalten steht, ist nicht viel wert. Geschützt werden muß nämlich auch und gerade die Äußerung einer weithin als anstößig empfundenen Minderheitenmeinung.

Um keine Mißverständnisse aufkommen zu lassen: Natürlich ist es dem Gesetzgeber unbenommen, den öffentlichen Frieden auch gegen gefährdende Meinungsäußerungen zu schützen. Dieser Schutz muß aber unter der Allgemeinheitsforderung des Art. 5 II GG inhalts- und meinungsneutral stattfinden. Anders mag es sein, wenn das Schrankengesetz eine verfassungsrechtlich hervorgehobene Schutzpflicht konkretisiert. Es darf aber grundsätzlich nicht möglich sein, unter Berufung auf ein so vages, undurchsichtiges und verfassungsrechtlich höchstens mittelbar erwähntes Schutzgut wie den öffentlichen Frieden<sup>32</sup> die Äußerung von Meinungen mit einer bestimmten inhaltlichen Tendenz zu verbieten<sup>33</sup>.

### **3. Die Einordnung als Tatsachenbehauptung**

Die bis hierhin behandelten Folgeprobleme können allesamt vermieden werden, wenn die „Auschwitzlüge“ generell - d. h. unabhängig davon, ob sie in wertenden Kontexten geäußert wird und insoweit Voraussetzung der Meinungsbildung ist - als Tatsachenbehauptung eingeordnet und damit aufgrund ihrer erwiesenen Unwahrheit dem Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG entzogen wird. Dem steht allerdings die -oben bereits referierte<sup>34</sup> - Rechtsprechung des *BVerfG* zur Einordnung gleichzeitig wertender und Tatsachen behauptender Äußerungen entgegen.

## **IV. Die Widersprüchlichkeit der Rechtsprechung**

Im hiesigen Zusammenhang sind insbesondere zwei Merkmale dieser Rechtsprechung relevant. Zum einen tendiert das *BVerfG* dazu, derartige janusköpfige Äußerungen durchgängig als Meinungsäußerungen anzusehen. Die vom *BVerfG* formulierte Anforderung, die Gesamtäußerung müsse durch wertende Elemente geprägt sein und eine Trennung der wertenden und der tatsächlichen Gehalte dürfe nicht ohne Aufhebung oder Verfälschung des Sinns der Äußerung möglich sein<sup>35</sup>, hat - soweit ersichtlich - keine einschränkende Wirkung entfalten können.

Zum anderen - und dies ist der zweite schwierige Punkt in der Rechtsprechung - unterstellt das *BVerfG* Tatsachenbehauptungen schlechthin dem grundrechtlichen Schutz der Meinungsfreiheit, wenn sie in wertenden Kontexten geäußert werden. Dies gilt damit - ausweislich der Entscheidung zur „Auschwitzlüge“<sup>36</sup> - auch für erwiesen und bewußt unwahre Behauptungen. Bedenken ergeben sich dagegen aber schon aus rein logischen Erwägungen. In der Rechtsprechung des *BVerfG* finden sich die folgenden drei Thesen: (1) Tatsachenbehauptungen genießen den Schutz des Art. 511 GG nur mittelbar, nämlich soweit sie im konkreten Kontext Voraussetzungen für die Meinungsbildung darstellen. (2) Erwiesen und bewußt unwahre Tatsachenbehauptungen genießen keinen Grundrechtsschutz, da sie zur Meinungsbildung nichts beitragen können. (3) Aber auch erwiesen und bewußt unwahre Tatsachenbehauptungen werden von Art. 511 GG erfaßt, wenn sie im konkreten Kontext Voraussetzungen für die Meinungsbildung darstellen. Es ist leicht zu sehen, daß die Thesen (1) und (3) der These (2) gar keinen Anwendungsbereich

mehr lassen: Denn die „reine“, nicht im wertenden Kontext geäußerte Tatsachenbehauptung genießt nach These (1) - unabhängig von ihrer erwiesenen oder bewußten Unwahrheit - von vornherein keinen Grundrechtsschutz. Wenn aber auf der anderen Seite nach These (3) alle in wertendem Zusammenhängen vorgebrachten Tatsachenbehauptungen Grundrechtsschutz genießen - wiederum unabhängig von ihrer erwiesenen oder bewußten Unwahrheit -, ist These (2) schlicht überflüssig.

Daran zeigt sich, daß in der Rechtsprechung des *BVerfG* zwei wesentliche Bestandteile - die Einordnung gleichzeitig wertender und behauptender Äußerungen einerseits, der Ausschluß erwiesener und bewußt unwahrer Tatsachenbehauptungen vom Grundrechtsschutz andererseits - nicht aufeinander abgestimmt sind. Diese Rechtsprechung ist daher inkonsistent.

## V. Konsequenzen

Die aufgezeigte Widersprüchlichkeit legt die Annahme nahe, daß auch die Antwort auf die Frage, wie ein umfassendes Verbot der „Auschwitzlüge“ verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann, im Umkreis dieser Rechtsprechung zu finden ist. Dies kann aber nur gelingen, wenn die Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und wertenden Meinungsäußerungen - insbesondere dann, wenn beide im Zusammenhang auftreten - anders vorgenommen wird, als das *BVerfG* es derzeit tut. Die Großzügigkeit des *BVerfG*, Meinungen mit wertenden und tatsächlichen Bestandteilen grundsätzlich insgesamt als Meinungsäußerungen anzusehen, ist bisher vor allem kritisiert worden, weil dadurch der einfachgesetzliche Rechtsschutz des von einer Äußerung in seiner Ehre Betroffenen unangemessen erschwert wird. Zudem führt diese Rechtsprechung zu dem normativ unbefriedigenden Ergebnis, daß die in möglichst polemische und damit wertende Formulierungen eingefaßte Tatsachenbehauptung gegenüber der inhaltlich entsprechenden Behauptung, die sachlich und zurückhaltend vorgebracht wird, verfassungsrechtlich privilegiert ist<sup>38</sup>. Eine sachgerechte verfassungsrechtliche Erfassung derartiger Äußerungen legt daher eine andere Vorgehensweise nahe: Wo immer es irgendwie möglich ist, sollten die wertenden und die tatsächlichen Gehalte einer Äußerung getrennt und gesondert beurteilt werden.

Die Diskussion um das Verbot der „Auschwitzlüge“ verweist nun auf einen weiteren problematischen Aspekt dieser Rechtsprechung: Sie führt dazu, daß die These (2), nach der bewußt oder erwiesenermaßen unwahre Tatsachenbehauptungen keinen Grundrechtsschutz genießen, keinen eigenständigen Anwendungsbereich mehr besitzt. Zumindest bei Vorliegen derartiger bewußt oder erwiesenermaßen unwahrer Tatsachenelemente muß daher bei der grundrechtlichen Bewertung eine Trennung der wertenden und der tatsächlichen Gehalte einer Äußerung vorgenommen werden, wenn die These (2) nicht leerlaufen soll. Dies sollte ein Anlaß sein, die gesamte Rechtsprechung zu dieser Frage einer kritischen Revision zu unterziehen.

Das *BVerfG* hat den weiten Meinungsbegriff mit dem Argument verteidigt, andernfalls könne „der grundrechtliche Schutz der Meinungsfreiheit wesentlich verkürzt werden“<sup>39</sup>.

Jedenfalls für Äußerungen, deren Wertungselement auf bewußt oder erwiesenermaßen unwahren Tatsachenbehauptungen beruht, leuchtet dies nicht unmittelbar ein. Auch das *BVerfG* gibt zu, daß die Wahroder Unwahrheit der tatsächlichen Elemente zumindest in der Abwägung eine Rolle spiele<sup>40</sup>; dies muß für die erwiesene oder

bewußte Unwahrheit in erhöhtem Maße gelten. Der zunächst gewährte Grundrechtsschutz ist daher insoweit von vornherein nur ein schwacher prima facie-Schutz; es ist nahezu ausgeschlossen, daß er jemals zur definitiven Zulässigkeit einer Äußerung führen wird, deren wertendes Element auf erwiesen oder bewußt unwahren tatsächlichen Annahmen beruht.

Vor allem jedoch stellt sich die Frage, ob diese grundrechtsfreundliche Rechtsprechung nicht an anderer Stelle mit größeren Gefährdungen der Meinungsfreiheit erkaufte werden muß. Das Verbot der Leugnung einer historischen Tatsache in § 130 III StGB ist gewiß ein Sonderfall, sogar ein Fremdkörper in einem freiheitlichen Gemeinwesen; soll die Meinungsfreiheit keinen Schaden nehmen, muß es so einmalig bleiben, wie die Verbrechen singular sind, deren Leugnung es sanktioniert<sup>41</sup>.

Es ist daher nicht erstaunlich, daß seine Verarbeitung der überkommenen Dogmatik Probleme bereitet. Die hier versuchte Analyse der einschlägigen Rechtfertigungsstrategien zeigt aber, daß die Rechtsprechung des *BVerfG* dazu zwingt, Lösungsmöglichkeiten in Erwägung zu ziehen, die tendenziell noch größere Folgeprobleme mit sich bringen. Gegenüber einer Aufgabe der Sonderrechtslehre oder eines massiven Rückgriffs auf Verfassungsgüter als Schranke des Art. 511 GG ist eine Revision der einschlägigen Rechtsprechung gewiß das kleinere Übel - auch und gerade für das Grundrecht der Meinungsfreiheit.

---

1) Vgl. die Begründungen zu früheren - mit der jetzt verwirklichten Regelung weitgehend übereinstimmenden - Gesetzesentwürfen in BT-Dr 9/2090,10/1286 und 10/3242. Die jetzige Regelung wurde erst in der letzten Minute in das Verbrechenbekämpfungsgesetz aufgenommen und fand wohl deshalb keine eigenständige Begründung mehr, vgl. BT-Dr 12/6853.

2) *BVerfGE* 54, 208 (219) = *NJW* 1980, 2072; *BVerfGE* 61, I (8) = *NJW* 1983, 1415; 85, I (15) = *NJW* 1992, 1439 = *NVwZ* 1992, 766 L. Zust. z.B. Degenhart, in: *BK* (Stand: Oktober 1994), Art. 5 I, II Rdnr. 139; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *GG* I, 3. Aufl. (1985), Art. 5 I, II Rdnr. 20. Krit. aber Schmidt-Jortzig, in: *HdbStR* VI, 1989, § 141 Rdnr. 20; differenzierend Schmitt Glaeser, *AöR* 113 (1988), 52 (74ff.)

3) *BVerfGE* 54, 208 (219) = *NJW* 1980, 2072; *BVerfGE* 61, I (8) = *NJW* 1983, 1415; *BVerfGE* 85, I (15) = *NJW* 1992, 1439 = *NVwZ* 1992, 766 L; *BVerfG*, *NJW* 1991, 2074 (2075); *BVerfG*, *NJW* 1993, 916 (917); *BVerfG*, *NJW* 1993, 1845.

4) Gesehen wird dies auch von Meier, *Merkur* 1994, 1128 (1130f.)

5) *BVerfGE* 90, 241 (249) = *NJW* 1994, 1779; *BVerfG*, *NJW* 1993, 916f. Ebenso *BGHZ* 75, 160 (161) = *NJW* 1980, 45.

6) *BVerfGE* 61, I (8f.) = *NJW* 1983, 1415; *BVerfGE* 85, I (15f.) = *NJW* 1992, 1439 = *NVwZ* 1992, 766 L; *BVerfGE* 90, I (15) = *NJW* 1994, 1779; *BVerfG*, *NJW* 1991, 2074 (2075); *BVerfG*, *NJW* 1993, 1845f.

7) So dann auch ausdrücklich *BVerfGE* 90, 241 (250) = *NJW* 1994, 1779.

8) Vgl. *BVerfG*, *NJW* 1993, 1845; *BVerfGE* 85, I = *NJW* 1992, 1439.

9) Diese Aussage hängt allerdings davon ab, wie man die Schranken des Art. 5 II GG inhaltlich versteht und ihr Verhältnis zueinander konstruiert. Im Sinne des Textes vgl. z. B. Schmidt-Jortzig (o. Fußn. 2), Rdnr. 47; Stein, *StaatsR*, 14. Aufl. (1993), S. 314.

10) Vgl. dazu König/Seitz, *NStZ* 1995, I (3).

11) Vgl. *BGHZ* 75, 160ff. = *NJW* 1980, 45; *BGH*, *NJW* 1994, 1421 (1422f.); verfassungsrechtlich gebilligt von *BVerfG* 90, 241 (251 ff.) = *NJW* 1994, 1779; *BVerfG*, *NJW* 1993, 916 (917).

12) Vgl. umfassend Wehinger, *Kollektivbeleidigung - Volksverhetzung*, 1994, S. 61 ff. m. w. Nachw.

13) Vgl. dazu und zum Folgenden die in o. Fußn. I genannten Begründungen.

14) Zu der damaligen Diskussion um die strafrechtliche Sanktionierung der „Auschwitzlüge“ vgl. Cobler, *KJ* 1985, 159ff.; Vogelsang, *NJW* 1985, 2386ff

15) Vgl. dazu auch Ostendorf, *NJW* 1985, 1062 (1063).

16) *BGH*, *NJW* 1994, 1421 f.

17) Das Schutzgut des § 130 I StGB - nur der öffentliche Frieden oder auch die Menschenwürde - ist umstritten. Zu § 130 StGB a.F. vgl. im ersten Sinne OLG München, *NJW* 1985, 2430 (2431); Lenckner, in: Schön-ke/Schröder, *StGB*, 24. Aufl. (1991), § 130 Rdnr. 1; Wehinger (o. Fußn. 12), S. 95 und passim; im zweiten Sinne v. Bubnoff, *ZRP* 1982, 118 (119); Lohse, *NJW* 1971, 1245;

ders., *NJW* 1985, 1677 (1678); Rudolphi, in: *SKStGB* (Stand: Januar 1995), § 130 Rdnr. 1; noch schärfer - allein Schutz der Menschenwürde - Streng, in: *Festschr. f. Lackner*, 1987, S. 501 (506ff.). Umf. Nachw. zur Diskussion dieser Frage bei Wehinger, S. 73 ff.

18) So auch Beisl, *NJW* 1995, 997 (1000). Vgl. auch Dreher/Tröndle, *StGB*, 47. Aufl. (1995), § 130 Rdnr. 18, die ebenfalls in erster Linie den öffentlichen Frieden als geschütztes Rechtsgut ansehen.

19) *St. Rspr.* seit *BVerfGE* 7, 198 (209 f.) = *NJW* 1958, 257.

20) Aus der umfangreichen Literatur vgl. nur Schwark, *Der Begriff der „Allgemeinen Gesetze“ in Artikel 5 II GG*, 1970; ferner Schmitt Glaeser, *AöR* 97 (1972), 60 (277ff.)

21) Vorgesprochen z.B. von Schwabe, *Grundkurs StaatsR*, 4. Aufl. (1991), S. 51f.

22) Ebenso Pieroth/Schlink, *Grundrechte*, 10. Aufl. (1994), Rdnr. 646ff.; vgl. auch bereits Schlink, *Der Staat* 15 (1976), 335 (353 ff.) Ähnlich auch Wülfing, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken*, 1981, S. 30ff.

23) Die Abwägungslehre behält daneben ihre Berechtigung, da auch Beschränkungen durch meinungsneutrale Gesetze nicht unbeschränkt zulässig sein können, wenn das Grundrecht gegenüber kollidierenden Rechtsgütern nicht sein „Schwelligewicht“ verlieren soll (zu diesem Begriff vgl. Dworkin, *Bürgerrechte ernstgenommen*, 1984, 158 ff., und-bezogen auf die Grundrechtsdogmatik - *Verf., Rechte und Ziele*, 1993, 94 ff.). In der Sache ist demnach bei Art. 5 I GG eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor- -zunehmen, die um den für die Meinungsfreiheit spezifischen Gedanken der Neutralität ergänzt wird; insofern ist die - viel kritisierte - Kombination von Abwägungs- und Sonderrechtslehre durch das *BVerfG* genau zutreffend.

24) Vgl. - mit unterschiedlichen Anforderungen im einzelnen - Herzog, in: *Maunz/Dürig*, *GG* (Stand: März 1994), Art. 5 I, II Rdnrn. 293 ff.; Hoffmann/Riem, in: *AK-GG* I, 2. Aufl. (1989), Art. 5 I, II Rdnrn. 44, 60L; Ja-rass, in: *Jarass/Pieroth*, *GG*, 3. Aufl. (1995), Art. 5 Rdnr. 53; Schmitt Glaeser, *AöR* 97 (1972), 60 (295 ff.); Wendt, in: v. Münch/Kunig, *GG* 1,4. Aufl. (1992), Art. 5 Rdnr. 78. In der Konstruktion anders, in der Sache aber ebenso Degenhart (o. Fußn. 2), Rdnrn. 112f., der das Verbot der „Auschwitzlüge“ wohl eigentlich für ein „besonderes“, aber kraft verfassungsrechtlicher Wertungen letztlich doch für ein „allgemeines“ Gesetz hält; ähnlich konstruiert z.B. *BVerfGE* 39, 334 [367] = *NJW* 1975, 1641: Die beamtenrechtlichen Regelungen sind „allgemeine Gesetze“, weil sie durch Art. 33 V GG gedeckt sind.

25) Vgl. die Darstellungen bei Lerche, in: *HdbStR* V, 1992, § 122 Rdnr. 14; Sachs, in: *Stern*, *Das StaatsR der BRep. Dtschld.* Hl/2, 1994, S. 522 ff., und - diese Konstruktion grundsätzlich abl. - Pieroth/Schlink (o. Fußn. 22), Rdnrn. 341 ff., jew. m.w. Nachw. Krit. auch Wülfing (o. Fußn. 22), S. 122 ff. Speziell zum Problem im Verhältnis zu den „allgemeinen Gesetzen“ des Art. 5 II GG vgl. Schwark

(o. Fußn. 20), S. 120 ff.

Nahezu einhellige Ablehnung erfährt dieses Verfahren jedenfalls dann, wenn es nicht nur dazu dient, die in der jeweiligen Schrankenregelung festgeschriebenen inhaltlichen Anforderungen an die Schrankengesetze zu unterlaufen, sondern den vollständigen Verzicht auf eine gesetzliche Eingriffsgrundlage legitimieren soll; vgl. dazu im Zusammenhang mit dem Problem der Rechtsgrundlage für hoheitliche Warnungen Heintzen, *Verw-Arch.* 81 (1990), 532 (549ff.); Schock, *DVB1* 1991, 667 (671 ff.).

26) So Jarass, in: *Jarass/Pieroth* (o. Fußn. 24), Vorb. Art. I Rdnr. 39. Zu beachten ist aber, daß bei den Grundrechten mit ausdrücklichem Vorbehalt häufig in Konstellationen der mittelbaren Drittwirkung auf kollidierendes Verfassungsrecht zurückgegriffen wird; in diesen Fällen stellt sich das Problem ersichtlich anders als in reinen Eingriffskonstellationen (zur Bedeutung dieser Unterscheidung für die Schrankenproblematik vgl. auch Herzog [o. Fußn. 24], Rdnrn. 246ff.).

27) Zu dieser Rechtsprechung sehr krit. Selk, *JuS* 1990, 895 ff., im Anschluß an *BVerfGE* 69, I (57ff. abw. Meinung) = *NJW* 1985, 1519 = *NVwZ* 1985, 560 L; differenzierend Pieroth, *AöR* 114 (1989), 422 (445 ff.).

28) Zum materiellrechtlichen Gehalt des Art. 74 Nr. 11 a GG vgl. *BVerfGE* 53, 30 (56) = *NJW* 1980, 759.

29) *Dreher/Tröndle* (o. Fußn. 18), § 126 Rdnr. 2m. w. Nachw.

30) Vgl. dazu grundlegend Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983. Im Zusammenhang mit dem Verbot der „Auschwitzlüge“ vgl. *Beisl*, *NJW* 1995, 997(1001).

31) Vgl. *Fischer*, *NStZ* 1988, 159ff.

32) Zur Problematik des Begriffs vgl. vor allem *Fischer*, *NStZ* 1988, 159 ff.; ferner die Darstellung der Meinungsdivergenzen bei *Wehinger* (o. Fußn. 12), S. 74ff.

33) Zu einer analogen Problematik - § 130 StGB a.F. als Grenze der Kunstfreiheit - vgl. ähnlich *Streng*, in: *Festschr. f. Lackner* (o. Fußn. 17), S. 524. Zur Erforderlichkeit einer differenzierten Formulierung der Schutzgüter und eines weitestmöglichen Durchgriffs auf Individualrechtsgüter vgl. auch *Herzog* (o. Fußn. 24), Rdnrn. 268 ff.

34) Vgl. o. l.

35) *BVerfGE* 85, I (15) = *NJW* 1992, 1439 = *NVwZ* 1992, 766 L. Anspruchsvoller noch *BVerfGE* 61, I (9) = *NJW* 1983, 1415: Der tatsächliche Gehalt müsse gegenüber der Wertung „in den Hintergrund“ treten.

36) *BVerfGE* 90, 241 (250) = *NJW* 1994, 1779. So mit Hinw. auf diese Entscheidung jetzt auch *Grimm*, *NJW* 1995, 1697 (1703): „Bei tatsachenhaltigen Werturteilen spielt die Wahrheit der tatsächlichen Bestandteile eine Rolle. Eine mit erwiesenen unwahren Annahmen vermengte Meinung ist weniger schutzwürdig als eine auf zutreffende Annahmen gestützte“ (Hervorhebung hinzugefügt). Dies heißt aber, daß eine derartige Äußerung auch hinsichtlich ihrer erwiesenen unwahren Bestandteile zunächst einmal schutzwürdig ist, also in den Schutzbereich des Art. 511 GG fällt.

37) Vgl. dazu aus der - m. E. aber im übrigen teilweise überzogenen - Kritik an der Rechtsprechung des *BVerfG* zum Verhältnis von Meinungsfreiheit und Ehrenschatz nur *Kiesel*, *NVwZ* 1992, 1129 (1133ff.); *Kriele*, *NJW* 1994, 1897 (1899 f.); *Ossenbühl*, *JZ* 1995, 633 (639).

38) Vgl. dazu auch *Heselhaus*, *NVwZ* 1992, 740 (742).

39) *BVerfGE* 61, I (8f.) = *NJW* 1983, 1415; *BVerfGE* 85, I (15f.) = *NJW* 1992, 1439 = *NVwZ* 1992, 766 L; *BVerfGE* 90, I (15) = *NJW* 1994, 1761.

40) *BVerfGE* 85, I (17) = *NJW* 1992, 1439 = *NVwZ* 1992, 766 L; *BVerfGE* 90, 241 (253) = *NJW* 1994, 1779.

41) Vgl. dazu in größerem Zusammenhang *Verf.*, in: *Babylon. Beiträge zur jüdischen Gegenwart*, 1995 (i. E.).