



Ausarbeitung

§ 130 Abs. 5 StGB n.F. und die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG

§ 130 Abs. 5 StGB n.F. und die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 151/22
Abschluss der Arbeit: 21.12.2022
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Hintergrund des § 130 Abs. 5 StGB n.F.	4
3.	Vereinbarkeit mit der Meinungsfreiheit	7
3.1.	Schutzbereich	7
3.1.1.	Verständnis des Bundesverfassungsgerichts	7
3.1.2.	Billigen und gröbliches Verharmlosen	9
3.1.3.	Leugnen	9
3.2.	Eingriff	11
3.3.	Rechtfertigung	11
3.3.1.	Allgemeines Gesetz	11
3.3.2.	Verhältnismäßigkeit	12
3.3.2.1.	Legitimer Zweck	13
3.3.2.2.	Geeignetheit	14
3.3.2.3.	Erforderlichkeit	14
3.3.2.4.	Angemessenheit	15
3.3.3.	Bestimmtheit	17
4.	Verweis des Artikel 10-Gesetzes auf § 130 StGB	19
5.	Fazit	19

1. Einleitung

Am 20. Oktober 2022 hat der Deutsche Bundestag eine Änderung von § 130 des Strafgesetzbuches (StGB)¹ beschlossen. Der neu geschaffene § 130 Abs. 5 StGB lautet:

Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine Handlung der in den §§ 6 bis 12 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art gegen eine der in Absatz 1 Nummer 1 bezeichneten Personenmehrheiten oder gegen einen Einzelnen wegen dessen Zugehörigkeit zu einer dieser Personenmehrheiten öffentlich oder in einer Versammlung in einer Weise billigt, leugnet oder gröblich verharmlost, die geeignet ist, zu Hass oder Gewalt gegen eine solche Person oder Personenmehrheit aufzustacheln und den öffentlichen Frieden zu stören.

Die in § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB bezeichneten Personenmehrheiten sind nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmten Gruppen und Teile der Bevölkerung. §§ 6 bis 12 des Völkerstrafgesetzbuches (VStGB)² betreffen Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und verschiedene Formen der Kriegsverbrechen.

Im Folgenden wird geprüft, ob die Neufassung von § 130 Abs. 5 StGB mit der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 des Grundgesetzes (GG)³ vereinbar ist. Dazu werden einfürend die Hintergründe der Einfügung des neuen § 130 Abs. 5 StGB erläutert. Im Anschluss erfolgt die verfassungsrechtliche Bewertung am Maßstab der Meinungsfreiheit (3.).

2. Hintergrund des § 130 Abs. 5 StGB n.F.

Seit 1960 stellt § 130 StGB die Volksverhetzung unter Strafe, wobei die Norm seitdem vielfach geändert und verschärft wurde.⁴ Im Fokus der Norm steht als zentrales Schutzgut der öffentliche Frieden, aber auch die individuelle Würde der Betroffenen wird ausdrücklich durch die Vorschrift geschützt.⁵ Neben Tathandlungen, die in allgemeiner Hinsicht geeignet sind, durch verhetzende Verhaltensweisen diese Schutzgüter zu beeinträchtigen (§ 130 Abs. 1 und 2 StGB) werden auch bestimmte Bezugnahmen auf die nationalsozialistische Herrschaft in Deutschland und unter dieser begangene Straftaten unter Strafe gestellt (§ 130 Abs. 3 und 4 StGB).

1 Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 (BGBl. I S. 3322), zuletzt geändert am 11.07.2022 (BGBl. I S. 1082).

2 Völkerstrafgesetzbuch vom 26.06.2002 (BGBl. I S. 2254), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 22.12.2016 (BGBl. I S. 3150).

3 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.05.1949 in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert am 28.06.2022 (BGBl. I S. 968).

4 Siehe zur Entwicklung der Norm, Wissenschaftliche Dienste des Bundestags, [Aktueller Begriff „Volksverhetzung“, vom 02.10.2009, Nr. 78/09](#).

5 Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 130 Rn. 1.

Am 19. Oktober 2022 hat der Rechtsausschuss den neuen § 130 Abs. 5 StGB in einen Gesetzentwurf eingefügt, der sich ursprünglich nur auf die Änderung des Bundeszentralregistergesetzes bezog.⁶ Der Rechtsausschuss begründet dieses Vorgehen mit einem laufenden Vertragsverletzungsverfahren, das die Europäische Kommission im Dezember 2021 eingeleitet hat und auf dem Vorwurf beruht, dass Deutschland den Rahmenbeschluss 2008/913/JI zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit (im Folgenden Rahmenbeschluss)⁷ nicht hinreichend umgesetzt habe.⁸ Der Kommission zufolge sei das nach Art. 1 Abs. 1 Buchstabe c des Rahmenbeschlusses geforderte öffentliche Leugnen und gröbliche Verharmlosen von Völkerrechtsverbrechen im deutschen Strafrecht nicht unter Strafe gestellt.⁹

Zwar trat zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses schon am 22. März 2011 ein Gesetz zur Änderung des § 130 StGB in Kraft.¹⁰ Der Kreis der Angriffsobjekte der § 130 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 und Abs. 2 StGB wurde dadurch auf nationale, rassistische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppen und Einzelne wegen der Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung erweitert. Im Übrigen wurde kein Änderungsbedarf gesehen, weil das deutsche Strafrecht mit § 130 Abs. 1 StGB bereits jede Form der Aufstachelung zu Hass, auch diejenige in der Form der öffentlichen Leugnung oder gröblichen Verharmlosung von Völkermorden oder Kriegsverbrechen, unter Strafe stelle und daher den Anforderungen des Rahmenbeschlusses weitgehend entsprochen habe.¹¹ An dieser Wertung wird mit der neuen Gesetzesänderung festgehalten. Sie wird damit begründet, dass der neue § 130 Abs. 5 StGB das Verhalten lediglich klarstellend kriminalisiert, um das Vertragsverletzungsverfahren zu beenden.¹²

Nach Art. 1 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses können die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Strafbarkeit in nationales Recht vorsehen, dass die Tathandlungen im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Buchstabe c des Rahmenbeschlusses geeignet sein müssen, die öffentliche Ordnung zu stören.

6 [BT-Drs. 20/4085](#).

7 Rahmenbeschluss 2008/913/JI des Rates vom 28. November 2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, ABl. Nr. L 328 vom 06.12.2008, S. 55, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0913&from=de>.

8 [BT-Drs. 20/4085, S. 14](#).

9 Siehe zur Einleitung des Vertragsverletzungsverfahrens die Pressemitteilung der Vertretung der Europäischen Kommission in Deutschland vom 02.12.2021, abrufbar unter: https://germany.representation.ec.europa.eu/news/vertragsverletzungsverfahren-im-dezember-eu-kommission-stellt-verfahren-gegen-deutschland-wegen-ezb-2021-12-02_de. Vgl. ferner den Bericht der Kommission über die Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI des Rates zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit vom 27.01.2014, COM(2014) 27 final, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0027&from=EN>.

10 BGBl. I Nr. 11/2011 vom 21.03.2011, S. 418 ff.

11 [BT-Drs. 17/3124, S. 6 f.](#)

12 [BT-Drs. 20/4085, S. 14](#).

Der neue § 130 Abs. 5 StGB bezieht sich auf den in den übrigen Absätzen des § 130 StGB genannten öffentlichen Frieden. Laut einer Protokollerklärung Deutschlands zur Annahme des Rahmenbeschlusses genügt das Tatbestandsmerkmal des öffentlichen Friedens in § 130 StGB den Anforderungen des Begriffes der öffentlichen Ordnung im Sinne des Rahmenbeschlusses.¹³

Von Art. 1 Abs. 4 des Rahmenbeschlusses wurde hingegen kein Gebrauch gemacht, wonach die Mitgliedsstaaten die Strafbarkeit der Leugnung oder der gröblichen Verharmlosung auf solche der in Art. 1 Abs. 1 Buchstabe c des Rahmenbeschlusses genannten Verbrechen beschränken können, die von einem nationalen oder internationalem Gericht endgültig festgestellt wurden. Diese Beschränkungsmöglichkeit gilt nach dem Rahmenbeschluss allerdings nicht für die Tathandlung des Billigens. Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages führte anlässlich der jüngsten Neufassung des § 130 Abs. 5 StGB aus, dass es nicht zu rechtfertigen sei, dass ein Völkerrechtsverbrechen im Falle des Leugnens und gröblichen Verharmlosens endgültig gerichtlich festgestellt sein müsste, während es bei einem Billigen desselben tatsächlichen Geschehens darauf nicht ankommen solle.¹⁴ Bereits im Jahr 2011 wurde argumentiert, dass es für die betroffenen Straftatbestände nicht darauf ankomme, ob die geleugneten Völkermordhandlungen zuvor durch ein Gericht endgültig festgestellt worden seien.¹⁵

Die Einfügung des neuen § 130 Abs. 5 StGB wird unter anderem in Bezug auf die angeführte Klarstellungsfunktion kritisiert. Die Tathandlungen des Billigens, Leugnens oder Verharmlosens nach § 130 Abs. 5 StGB n.F. seien der Aufstachelung zum Hass im Sinne des § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB vielmehr zeitlich vorgelagert, weil sie bereits zur Aufstachelung geeignete Handlungen betreffen.¹⁶ Denn § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB beziehe sich dem Wortlaut nach auf den Taterfolg des Aufstachelns zum Hass und nicht auf Handlungen, die dazu geeignet sind, zum Hass aufzustacheln. Außerdem werden aufgrund des fehlenden einheitlichen Verständnisses der Meinungsfreiheit innerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union grundsätzlich die vom Rahmenbeschluss festgelegten Mindestanforderungen problematisiert.¹⁷ In diesem Zusammenhang wurde im Jahr 2011 die Zurückhaltung des deutschen Gesetzgebers in Bezug auf die Umsetzung des Art. 1 Abs. 1 Buchstabe c des Rahmenbeschlusses noch begrüßt, weil die explizite Ausweitung der

13 Vgl. dazu die Protokollerklärung Deutschlands zur förmlichen Annahme des Rahmenbeschlusses, Dokument des Rats der Europäischen Union Nr. 15699/1/08 REV 1 vom 25.09.2008, S. 5, abrufbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15699-2008-REV-1/de/pdf>. Vgl. ferner [BT-Drs. 17/3124, S. 8](#).

14 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes, [BT-Drs. 20/4085, S. 15](#).

15 [BT-Drs. 17/3124, S. 8](#).

16 Rhein-Fischer, Regieren der Erinnerung durch Recht: Die problematische Reform des Volksverhetzungstatbestandes nach § 130 (5) StGB n.F., vom 31.10.2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/regieren-der-erinnerung-durch-recht/>. Bereits kritisch zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses im Jahr 2011 Bock, Die (unterlassene) Reform des Volksverhetzungstatbestands, ZRP 2011, 46, 47.

17 Vgl. Zimmermann, Tendenzen der Strafrechtsangleichung in der EU – dargestellt anhand der Bestrebungen zur Bekämpfung von Terrorismus, Rassismus und illegaler Beschäftigung, ZIS 2009, 1, 7. Siehe ferner den Erwägungsgrund 6 Satz 3 des Rahmenbeschlusses: „Da die kulturellen und rechtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten zum Teil sehr unterschiedlich sind, ist insbesondere auf diesem Gebiet derzeit keine vollständige Harmonisierung der strafrechtlichen Vorschriften möglich.“

Strafbarkeit der Volksverhetzung auf andere Völkerrechtsverbrechen als denjenigen nach § 130 Abs. 3 StGB, die unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangen wurden, zu einer beachtlichen Ausweitung der Strafbarkeit führen könne, was in einem erheblichen Spannungsverhältnis zur Meinungsfreiheit stehe.¹⁸

3. Vereinbarkeit mit der Meinungsfreiheit

Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden geprüft, ob der trotz grundrechtlicher Bedenken eingefügte § 130 Abs. 5 StGB mit der Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG vereinbar ist. Danach hat jedermann das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten. Schranken der Grundrechtsgewährleistung enthält Art. 5 Abs. 2 GG. Hiernach findet die Meinungsfreiheit ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre. Diese Schranken sind wiederum durch sog. Schranken-Schranken, insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der speziellen Ausprägung als sog. Wechselwirkungslehre und den Bestimmtheitsgrundsatz, begrenzt.¹⁹

3.1. Schutzbereich

3.1.1. Verständnis des Bundesverfassungsgerichts

Der sachliche Schutzbereich²⁰ der Meinungsfreiheit beruht auf einem weiten Meinungsbegriff. Dieser umfasst jegliche von einer Stellungnahme und vom Element des Dafürhaltens geprägten Werturteile, die sich nicht als wahr oder unwahr erweisen lassen und durch die subjektive Beziehung des Einzelnen zum Inhalt seiner Aussage gekennzeichnet sind.²¹ Für den durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG vermittelten Grundrechtsschutz kommt es nicht auf eine über diese Definitionselemente hinausgehende Bewertung der Meinung an, sodass unerheblich ist, ob und inwieweit die Meinung als begründet oder grundlos, emotional oder rational, wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos beurteilt wird.²² Vielmehr erzwingt die Verfassungsordnung der Bundesrepublik die Loyalität mit den in ihr zum Ausdruck gebrachten Werten nicht, sondern schützt sogar Meinungen, die auf ihre Änderung oder Abschaffung gerichtet sind.²³ Folglich sind Einordnung

18 Vgl. Hellmann/Gärtner, Neues beim Volksverhetzungstatbestand – Europäische Vorgaben und ihre Umsetzung, NJW 2011, 961, 966. Vgl. ferner dazu Birkenstock, Die Umsetzung der Vorgaben des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI vom 28.11.2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, ZIS 2010, 783, 788.

19 BVerfGE 124, 300 (331 f.) im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit.

20 Zum persönlichen Schutzbereich siehe Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 98. EL, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 23 ff. (März 2022).

21 Seit BVerfGE 7, 198 (210) st.Rspr. Siehe ferner BVerfGE 124, 300 (320). Vgl. dazu auch Schemmer, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 53. Ed., Art. 5 Rn. 4 (15.11.2022).

22 BVerfGE 90, 241 (247); 124, 300 (320).

23 BVerfGE 124, 300 (320 f.).

und Bewertung historischer Fakten Werturteile und vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG erfasst.

Von Meinungsäußerungen sind Tatsachenbehauptungen zu unterscheiden. Anders als bei Meinungen steht bei Tatsachenbehauptungen die „objektive Beziehung zwischen der Äußerung und der Realität im Vordergrund“ und sie lassen sich auf ihren Wahrheitsgehalt überprüfen.²⁴ Weil Tatsachen allerdings in der Regel die Grundlage für die Meinungsbildung darstellen, fallen sie dennoch nicht von vornherein aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit.²⁵ Nach dem Bundesverfassungsgericht sind lediglich solche Tatsachenbehauptungen aus dem sachlichen Schutzbereich ausgenommen, die bewusst oder erwiesen unrichtig sind.²⁶ Dem Bundesverfassungsgericht zufolge ist jedoch zu berücksichtigen, dass „die Anforderungen an die Wahrheitspflicht nicht so bemessen werden, dass darunter die Funktion der Meinungsfreiheit leidet und auch zulässige Äußerungen aus Furcht vor Sanktionen unterlassen werden“.²⁷

Wenn eine Tatsachenbehauptung eng mit einer Meinungsäußerung verbunden ist, ist eine Trennung angesichts der herausragenden Bedeutung des Grundrechts auf Meinungsfreiheit für den demokratischen und sozialen Rechtsstaat nur zulässig,²⁸ wenn der Sinn der Aussage dadurch nicht verfälscht wird.²⁹ Anderenfalls muss die Äußerung insgesamt, also einschließlich der Tatsachenbehauptung, als Meinungsäußerung angesehen werden, damit der Grundrechtsschutz der Meinungsfreiheit nicht verkürzt wird.³⁰ Beispielsweise hat das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf die Verfolgung von Juden unter der Herrschaft des Nationalsozialismus in Deutschland entschieden, dass diese wissenschaftlich zweifelsfrei erwiesen ist, sodass die Behauptung, diese habe nicht stattgefunden, als erwiesen unwahre Tatsachenbehauptung grundsätzlich nicht in den Schutzbereich des Grundrechts auf Meinungsfreiheit fällt.³¹

Vor diesem Hintergrund enthält § 130 Abs. 5 StGB n.F. mit den Tathandlungen des Leugnens, Billigens und gröblichen Verharmlosens einer Handlung der in den §§ 6 bis 12 VStGB bezeichneten Art unterschiedliche Äußerungsformen, die sich hinsichtlich der Eröffnung des Schutzbereiches der Meinungsfreiheit unterscheiden.

24 BVerfGE 90, 241, (247).

25 BVerfGE 90, 241 (247).

26 BVerfGE 90, 241 (247 f.).

27 BVerfGE 90, 241 (248).

28 Vgl. dazu die Bezeichnung als „schlechthin konstituierende“ durch BVerfGE 7, 198 (208).

29 BVerfGE 90, 241 (247).

30 BVerfGE 90, 241 (248).

31 BVerfGE 90, 241 (249). Aufgrund von Abgrenzungsschwierigkeiten wird teilweise vertreten, dass auch bewusst oder erwiesen unwahre Tatsachenbehauptung vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG miterfasst sein sollen, vgl. Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 98. EL, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 51 (März 2022); Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 1-2 Rn. 65.

3.1.2. Billigen und gröbliches Verharmlosen

Während Billigen im Sinne des § 130 Abs. 3 StGB nach der herrschenden Auffassung ein Befürworten, Gutheißen von Ereignissen oder Handlungen darstellt, bezieht sich Verharmlosen auf das Relativieren und Bagatellisieren entgegen der wirklichen Bedeutung von Handlungen.³² Aus gesetzessystematischen Gründen kann bezüglich des neuen § 130 Abs. 5 StGB begrifflich nichts anderes gelten. Allerdings setzt § 130 Abs. 5 StGB n.F. entsprechend Art. 1 Abs. 1 Buchstabe c des Rahmenbeschlusses voraus, dass das Verharmlosen gröblich ist. Auch wenn der Rahmenbeschluss nicht näher definiert, wann dies der Fall ist, lässt sich mit der Protokollerklärung Deutschlands zur förmlichen Annahme des Rahmenbeschlusses argumentieren, dass nur Tathandlungen unter Strafe zu stellen sind, „die aufgrund der Art ihrer Begehung eine bestimmte Erheblichkeitsschwelle überschreiten“.³³ Dementsprechend muss gröbliches Verharmlosen in einem besonderen, erheblichen Maße über einfaches Verharmlosen hinausgehen. Dies entspricht auch der Ansicht, dass mit Blick auf die Schutzwirkung der Meinungsfreiheit und aufgrund der weiten Auslegungsmöglichkeit bereits das einfache Verharmlosen gemäß Art. 130 Abs. 3 StGB restriktiv auszulegen ist.³⁴ Die Tathandlung des Verharmlosens kann sich im Übrigen in qualitativer Hinsicht mit der des Billigens überschneiden.³⁵

Sowohl mit dem Billigen als auch mit dem gröblichen Verharmlosen von Völkerrechtsverbrechen sind zwingend wertende Beurteilungen verbunden, sodass diese vom sachlichen Schutzbereich der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG umfasst sind.³⁶ Dies gilt unabhängig davon, ob das gebilligte oder gröblich verharmloste Völkerrechtsverbrechen als Ereignis hinreichend wissenschaftlich erwiesen ist, weil das Geschehen oder Ereignis nicht als solches bestritten wird.

3.1.3. Leugnen

Leugnen bedeutet indessen nach der herrschenden Ansicht im Rahmen des § 130 Abs. 3 StGB das Bestreiten, Inabredestellen oder Verneinen von historisch oder sonst wissenschaftlich erwiesenen Tatsachen.³⁷ Dies kann ebenfalls aus gesetzessystematischen Gründen auf den neuen § 130

32 Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 130 Rn. 8.

33 Vgl. dazu die Protokollerklärung Deutschlands zur förmlichen Annahme des Rahmenbeschlusses, Dokument des Rats der Europäischen Union Nr. 15699/1/08 REV 1 vom 25.09.2008, S. 5, abrufbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15699-2008-REV-1/de/pdf>.

34 Vgl. Ostendorf, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017, § 130 Rn. 28. Das Bundesverfassungsgericht legt Verharmlosens restriktiv aus, indem die Eignung einer Äußerung, den öffentlichen Frieden zu stören, durch Leugnen und Billigen, jedoch nicht im Fall des Verharmlosens indiziert ist. Die entsprechende Eignung ist dann eigens zu festzustellen, vgl. BVerfG, Beschluss vom 22.06.2018 – 1 BvR 2083/15 –, Rn. 23, juris.

35 Rackow, in: v. Heintschel-Heinegg BeckOK, StGB, 55. Ed. 01.11.2022, § 130 Rn. 35 (01.11.2022).

36 Vgl. dazu auch Toma, Zur Strafbarkeit und Strafwürdigkeit des Billigens, Leugnens und Verharmlosens von Völkermord und Menschlichkeitsverbrechen, 2014, S. 317.

37 BGH, Beschluss vom 03.05.2016 – 3 StR 449/15 –, Rn. 5, juris. Vgl. ferner BVerfG, Beschluss vom 22.06.2018 – 1 BvR 673/18 –, Rn. 33, juris. Vgl. Rackow, in: v. Heintschel-Heinegg BeckOK, StGB, 55. Ed. 01.11.2022, § 130 Rn. 34 (01.11.2022); Schäfer/Anstötz, in: Erb/Schäfer, MüKo StGB Bd. 3, 4. Auflage 2021, § 130, Rn. 80.

Abs. 5 StGB übertragen werden. Das bedeutet, dass ein Bestreiten von Ereignissen die wissenschaftlich noch nicht hinreichend erwiesen sind, das Tatbestandsmerkmal des Leugnens im Sinne des § 130 StGB nicht erfüllt.³⁸

Nach der zuvor ausgeführten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG grundsätzlich nicht eröffnet, soweit Völkerrechtsverbrechen in Gänze geleugnet werden, die – wie insbesondere die Judenverfolgung unter der Herrschaft des Nationalsozialismus – als das Geschehen als solches wissenschaftlich erwiesen sind, weil es das Bestreiten von erwiesenen Tatsachen darstellt.³⁹ Demgegenüber sind beispielsweise Wertungen bezüglich der „Schuld und Verantwortlichkeit für historische Ereignisse [...] komplexe Beurteilungen, die nicht auf eine Tatsachenbehauptung reduziert werden können.“⁴⁰ Sie können aufgrund ihrer wertenden Natur nicht geleugnet werden. Entsprechend müsste auch das Bestreiten der Einordnung eines bestimmten Geschehens als Völkermord im Sinne der §§ 6 bis 12 VStGB von der Meinungsfreiheit geschützt sein. Das Inabredestellen des dieser Einordnung zugrunde liegende Geschehens kann jedoch, soweit es erwiesen ist, eine nicht vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG erfasste Tatsachenbehauptung sein. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass der Schutzbereich in einem solchen Fall doch wieder greift, wenn die Leugnung einer bewusst oder erwiesen unwahren Tatsachenbehauptung mit einem Werturteil untrennbar verbunden ist.⁴¹ Mangels Trennbarkeit kommt dieser nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ebenfalls der Schutz des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG zugute.⁴²

In diesem Zusammenhang vertritt der Bundesgerichtshof, dass auch ein quantitatives Verharmlosen, wie das Anführen einer geringeren als tatsächlich nachgewiesener Anzahl der Opfer eines Völkermords, eine Form des teilweisen Leugnens darstellt, weil tatsächliche Ereignisse quantitativ heruntergespielt werden.⁴³ Dies dürfte nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ebenfalls nicht vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG miterfasst sein.⁴⁴

§ 130 Abs. 5 StGB n.F. ist daher also auf jeden Fall an Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG zu messen.

38 BGH, Beschluss vom 03.05.2016 – 3 StR 449/15 –, Rn. 5, juris. Vgl. Rackow, in: v. Heintschel-Heinegg BeckOK, StGB, 55. Ed. 01.11.2022, § 130 Rn. 34 (01.11.2022).

39 Vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 25.03.2008 – 1 BvR 1753/03 –, Rn. 43, juris. Im Ergebnis auch Toma, Zur Strafbarkeit und Strafwürdigkeit des Billigens, Leugnens und Verharmlosens von Völkermord und Menschlichkeitsverbrechen, 2014, S. 328.

40 BVerfGE 90, 241 (249 f.) in Bezug auf BVerfGE 90, 1 (20).

41 Vgl. zum „qualifizierten Leugnen“, Toma, Zur Strafbarkeit und Strafwürdigkeit des Billigens, Leugnens und Verharmlosens von Völkermord und Menschlichkeitsverbrechen, 2014, S. 328 m.w.N.

42 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 25.03.2008 – 1 BvR 1753/03 –, Rn. 43, juris mit Bezug auf BVerfGE 90, 241 (253).

43 BGH, Urteil vom 22.12.2004 – 2 StR 365/04 –, Rn. 24, juris. Vgl. Toma, Zur Strafbarkeit und Strafwürdigkeit des Billigens, Leugnens und Verharmlosens von Völkermord und Menschlichkeitsverbrechen, 2014, S. 90 m.w.N. Vgl. ferner Rackow, in: v. Heintschel-Heinegg BeckOK, StGB, 55. Ed. 01.11.2022, § 130 Rn. 35 (01.11.2022).

44 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 25.03.2008 – 1 BvR 1753/03 –, Rn. 43, juris.

3.2. Eingriff

Die strafrechtliche Sanktionierung von durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Äußerungen stellt zweifelsohne einen Eingriff dar.⁴⁵ Denn es handelt sich um ein finales, unmittelbares, mit Zwang durchsetzbares staatliches Handeln und somit, auch nach dem engsten vertretenen Eingriffsbegriff,⁴⁶ einen Eingriff in den sachlichen Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG.

3.3. Rechtfertigung

Das Grundrecht auf Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG wird nicht vorbehaltlos gewährleistet. Eingriffe in die Meinungsfreiheit können im Rahmen der Schranken gerechtfertigt sein, die Art. 5 Abs. 2 GG mit den allgemeinen Gesetzen, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und dem Recht der persönlichen Ehre bestimmt.

Diese Schranken sind wiederum durch verfassungsrechtliche Schranken-Schranken begrenzt, zu denen insbesondere der Grundsatz der Bestimmtheit und die Verhältnismäßigkeit in der bezüglich der Meinungsfreiheit speziellen Ausprägung als sog. Wechselwirkungslehre gehören.

3.3.1. Allgemeines Gesetz

Allgemeine Gesetze im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG, die grundsätzlich geeignet sind, das Grundrecht auf Meinungsfreiheit verfassungsgemäß einzuschränken, sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts solche Gesetze, „die nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung als solche richten, sondern dem allgemeinen Schutz eines schlechthin ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsguts dienen“.⁴⁷ Dieser Rechtsgüterschutz darf dabei nicht lediglich auf Verletzungen durch Meinungsäußerungen beschränkt sein, sondern muss im Rahmen der Gesamtrechtsordnung darüber hinaus auch andere mögliche Verletzungen dieser Rechtsgüter erfassen.⁴⁸

Erfolgt der Eingriff in die Meinungsfreiheit infolge eines Gesetzes, das nicht an den Inhalt einer Meinungsäußerung anknüpft, liegt ein allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG vor.⁴⁹ Liegt hingegen eine solche Anknüpfung an den Inhalt einer Meinungsäußerung vor, ist darauf abzustellen, ob der Eingriff in die Meinungsfreiheit einem von der Rechtsordnung geschützten

45 Vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 07.07.2020 – 1 BvR 479/20 –, Rn. 10, juris.

46 Vgl. zur Einordnung der vom BVerfG entwickelten Eingriffsdogmatik Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Vorb. vor Art. 1 Rn. 27 ff.

47 BVerfGE 124, 300 (321 f.) m.w.N. aus der st.Rspr.

48 BVerfGE 124, 300 (322).

49 BVerfGE 124, 300 (322).

Rechtsgut dient und zugleich nicht eine bestimmte Meinung sanktioniert.⁵⁰ Eine bestimmte Meinung wird sanktioniert, wenn die Sanktionierung nicht in Neutralität zu den verschiedenen politischen Strömungen und Weltanschauungen steht.⁵¹

§ 130 Abs. 5 StGB n.F. stellt die Billigung, Leugnung oder gröbliche Verharmlosung von Handlungen nach §§ 6 bis 12 VStGB unter Strafe, soweit die Tathandlung geeignet ist, zu Hass oder Gewalt aufzustacheln und den öffentlichen Frieden zu stören. Damit knüpft der Tatbestand zwar an den Inhalt von entsprechenden Meinungsäußerungen an. In diesem Rahmen nimmt er aber erstens Bezug auf allgemein geschützte Rechtsgüter, wie insbesondere den öffentlichen Frieden sowie Individualrechtsgüter wie die Ehre der Betroffenen, deren Verletzung im Zuge der sanktionierten Tathandlungen zu befürchten wäre. Zweitens ist § 130 Abs. 5 StGB n.F. politisch und weltanschaulich neutral, indem die Vorschrift allgemein und abstrakt Bezug nimmt auf Handlungen nach §§ 6 bis 12 VStGB, ohne zugrundeliegende politische Motivationen einzubeziehen. Im Gegensatz etwa zu § 130 Abs. 4 StGB, der dezidiert auf Geschehnisse im Zusammenhang mit dem Nationalsozialismus Bezug nimmt,⁵² spielt im Rahmen des § 130 Abs. 5 StGB n.F. keine Rolle, ob die Handlungen nach §§ 6 bis 12 VStGB aus rechts- oder linksgerichteter oder einer sonst politisch, weltanschaulich oder historisch einzuordnenden Motivation erfolgt sind. Sie dient dem Schutz von Gewaltopfern allgemein und stellt gezielt auf die Billigung, Leugnung und Verharmlosung der Gewalt- und Willkürherrschaft totalitärer Regime insgesamt ab.⁵³

Somit handelt es sich bei § 130 Abs. 5 StGB n.F. um ein allgemeines Gesetz nach Art. 5 Abs. 2 GG, das grundsätzlich dazu geeignet ist, das Grundrecht auf Meinungsfreiheit in verfassungsmäßiger Weise einzuschränken.⁵⁴

3.3.2. Verhältnismäßigkeit

Die Einschränkung der Meinungsfreiheit durch § 130 Abs. 5 StGB n.F muss allerdings in verhältnismäßiger Weise erfolgen, d.h. auf einem legitimen Zweck beruhen, geeignet, erforderlich und angemessen sein. Der besondere Wertgehalt der Meinungsfreiheit als einer für die freiheitliche demokratische Grundordnung konstitutive Kommunikationsfreiheit⁵⁵ ist stets bei der Abwägung

50 BVerfGE 124, 300 (322). Vgl. dazu, Starck/Paulus, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 282.

51 BVerfGE 124, 300 (323).

52 BVerfGE 124, 300 (325 f.). Vgl. ferner BVerfG, Beschluss vom 07.07.2020 – 1 BvR 479/20 –, Rn. 13, juris.

53 Vgl. BVerfGE 124, 300 (325) in Bezug auf § 130 Abs. 4 StGB als kein allgemeines Gesetz: „[§ 130 Abs. 4 StGB] 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.“

54 Vgl. Toma, Zur Strafbarkeit und Strafwürdigkeit des Billigens, Leugnens und Verharmlosens von Völkermord und Menschlichkeitsverbrechen, 2014, S. 336. Dazu auch Rhein-Fischer, Regieren der Erinnerung durch Recht: Die problematische Reform des Volksverhetzungstatbestandes nach § 130 (5) StGB n.F., vom 31.10.2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/regieren-der-erinnerung-durch-recht/>.

55 Vgl. BVerfGE 7, 198 (208).

der widerstreitenden Interessen im Rahmen einer materiellen Abwägung zu beachten, indem das Grundrecht auf Meinungsfreiheit im Rahmen der sog. Wechselwirkungslehre das einschränkende Gesetz wiederum selbst beschränkt und dessen Auslegung bestimmt.⁵⁶

3.3.2.1. Legitimer Zweck

Zunächst muss das Gesetz auf einem legitimen Zweck beruhen. § 130 Abs. 5 StGB n.F. benennt als Tatbestandsmerkmal ebenfalls wie § 130 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 StGB ausdrücklich die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören, dessen Schutz, wie zuvor erläutert (2.), insgesamt im Fokus des § 130 StGB steht. Im Zusammenhang mit § 130 Abs. 4 StGB hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass der öffentliche Frieden nur dann einen legitimen Zweck darstellt, wenn er an die Außenwirkung von Meinungsäußerungen anknüpft, um Friedlichkeit im Sinne einer Aufrechterhaltung eines friedlichen Miteinanders zu gewährleisten.⁵⁷ Dies hat das Bundesverfassungsgericht auch in Bezug auf § 130 Abs. 3 StGB bestätigt.⁵⁸ Für die Rechtfertigung von Eingriffen in die Meinungsfreiheit ist nach dem Bundesverfassungsgericht allerdings ein Verständnis des öffentlichen Friedens nicht tragfähig, das lediglich

auf den Schutz vor subjektiver Beunruhigung der Bürger durch die Konfrontation mit provokanten Meinungen und Ideologien oder auf die Wahrung von als grundlegend angesehenen sozialen oder ethischen Anschauungen zielt. Eine Beunruhigung, die die geistige Auseinandersetzung im Meinungskampf mit sich bringt und allein aus dem Inhalt der Ideen und deren gedanklichen Konsequenzen folgt, ist notwendige Kehrseite der Meinungsfreiheit und kann für deren Einschränkung kein legitimer Zweck sein. Die mögliche Konfrontation mit beunruhigenden Meinungen, auch wenn sie in ihrer gedanklichen Konsequenz gefährlich und selbst wenn sie auf eine prinzipielle Umwälzung der geltenden Ordnung gerichtet sind, gehört zum freiheitlichen Staat. Der Schutz vor einer Beeinträchtigung des „allgemeinen Friedensgefühls“ oder der „Vergiftung des geistigen Klimas“ sind ebenso wenig ein Eingriffsgrund wie der Schutz der Bevölkerung vor einer Kränkung ihres Rechtsbewusstseins durch totalitäre Ideologien oder eine offenkundig falsche Interpretation der Geschichte. Auch das Ziel, die Menschenrechte im Rechtsbewusstsein der Bevölkerung zu festigen, erlaubt es nicht, zuwiderlaufende Ansichten zu unterdrücken. Die Verfassung setzt vielmehr darauf, dass auch diesbezüglich Kritik und selbst Polemik gesellschaftlich ertragen, ihr mit bürgerschaftlichem Engagement begegnet und letztlich in Freiheit die Gefolgschaft verweigert wird. Demgegenüber setzte die Anerkennung des öffentlichen Friedens als Zumutbarkeitsgrenze gegenüber unerträglichen Ideen allein wegen der Meinung als solcher das in Art. 5 Abs. 1 GG verbürgte Freiheitsprinzip selbst außer Kraft.⁵⁹

56 Starck/Paulus, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 287.

57 BVerfGE 124, 300 (335).

58 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 22.06.2018 – 1 BvR 673/18 –, Rn. 36, juris.

59 BVerfGE 124, 300 (334).

Entsprechend dieser Ausführungen kriminalisiert § 130 Abs. 5 StGB n.F. keinen bestimmten Meinungsinhalt, sondern in erster Linie die Außenwirkung der Äußerungen, sodass der Schutz des öffentlichen Friedens auch in diesem Zusammenhang einen legitimen Zweck darstellt.

3.3.2.2. Geeignetheit

§ 130 Abs. 5 StGB n.F. müsste geeignet sein, den öffentlichen Frieden „in seinem Verständnis als Friedlichkeit der öffentlichen Auseinandersetzung zu schützen“.⁶⁰ Gesetze als staatliche Maßnahmen sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „bereits dann geeignet, wenn mit [ihrer] Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Es ist nicht erforderlich, dass der Erfolg in jedem Einzelfall auch tatsächlich erreicht wird oder jedenfalls erreichbar ist; die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt.“⁶¹

§ 130 Abs. 5 StGB n.F. verbietet das Leugnen, Billigen und gröbliche Verharmlosen von Völkerrechtsverbrechen gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe, Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen dessen Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung und stellt dies unter Strafe. Diese Äußerungsformen des Leugnens, Billigens oder auch gröbliche Verharmlosen von Völkerrechtsverbrechen können in der öffentlichen Diskussion und politischen Auseinandersetzung zu erheblichen Konflikten führen, insbesondere mit Blick auf die betroffenen Personengruppen. Ein strafbewehrtes Verbot der in § 130 Abs. 5 n.F. beschriebenen Äußerungen kann zur Vermeidung derartiger Konflikte beitragen und dadurch den Zweck der Friedlichkeit der öffentlichen Auseinandersetzung zumindest fördern. Es ist daher geeignet, das angestrebte legitime Ziel zu erreichen.⁶²

3.3.2.3. Erforderlichkeit

Weiterhin müsste das Gesetz auch erforderlich sein, um den öffentlichen Frieden zu schützen. Erforderlichkeit der Gesetzgebung setzt vorliegend voraus, dass kein milderes Mittel ersichtlich ist, das den Schutz des öffentlichen Friedens in Bezug auf die Eingriffe in die Meinungsfreiheit in gleich wirksamer Weise gewährleisten kann.⁶³

Innerhalb der Literatur wurde in Bezug auf die Umsetzung des Art. 1 Abs. 1 Buchstabe c des Rahmenbeschlusses und vor dem Hintergrund, dass von einer rein klarstellenden Funktion des § 130 Abs. 5 StGB n.F. ausgegangen wird, diskutiert, ob klarstellende bzw. deklarative Strafnormen, die

60 Vgl. BVerfGE 124, 300 (335) in Bezug auf § 130 Abs. 4 StGB.

61 BVerfGE 120, 224 (240).

62 Vgl. allgemein zur Geeignetheit der Bestrafung des Billigens, Leugnens und Verharmlosens von Völkerrechtsverbrechen zur Erfüllung des Zwecks des öffentlichen Friedens, Toma, Zur Strafbarkeit und Strafwürdigkeit des Billigens, Leugnens und Verharmlosens von Völkermord und Menschlichkeitsverbrechen, 2014, S. 341.

63 Vgl. BVerfGE 124, 300 (337).

bereits strafbare Handlungen erneut kriminalisieren, überhaupt erforderlich sind, weil sie Tatbestände schlicht wiederholen würden.⁶⁴ Fraglich ist jedoch, ob § 130 Abs. 5 StGB n.F. deklarativ ist oder nicht doch ein noch nicht kriminalisiertes Verhalten betrifft. Denn der Tatbestand des § 130 Abs. 5 StGB n.F. bezieht sich auf die Billigung, Leugnung oder gröblichen Verharmlosung von Handlungen, die geeignet ist, zum einen zu Hass oder Gewalt aufzustacheln und zum anderen den öffentlichen Frieden zu stören. § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB richtet sich indessen ausschließlich auf den Taterfolg des Aufstachelns, das geeignet sein muss, den öffentlichen Frieden zu stören. Im Unterschied dazu bezieht sich § 130 Abs. 5 StGB n.F. zumindest dem Wortlaut nach auf Tathandlungen, die dem eigentlichen Aufstacheln vorgelagert sein können und nicht zwingend dazu führen müssen. Zudem erfasst der zum Teil angeführte § 140 Nr. 2 StGB i.V.m. § 126 Abs. 1 StGB lediglich das Billigen von in § 126 Abs. 1 Nr. 3 StGB genannten rechtswidrigen Taten, die zwar auch §§ 6 ff. VStGB betreffen, allerdings in einer Weise, die geeignet ist, nur den öffentlichen Frieden zu stören. Da § 130 Abs. 5 StGB n.F. zusätzlich explizit die Eignung, zu Hass oder Gewalt aufzustacheln, fordert, regelt die Vorschrift dem reinen Wortlaut nach neue Straftatbestände, die nicht bereits durch andere Strafnormen erfasst waren.

Allerdings stellt sich unabhängig davon, ob § 130 Abs. 5 StGB n.F. deklarativ oder konstitutiv ist, die Frage, ob die Erforderlichkeit bei deklarativen, klarstellenden Vorschriften entsprechend der Auffassung innerhalb der Literatur überhaupt ausgeschlossen wäre. Soweit ersichtlich, wurde diese Konstellation noch nicht gerichtlich entschieden. Die Verneinung der Erforderlichkeit einer bloß klarstellenden Norm würde voraussetzen, dass das Unterlassen der Klarstellung einer Vorschrift, die in Bezug auf einen bestimmten Aspekt unpräzise ist, ein gleich geeignetes, milderes Mittel ist, das die betroffenen Grundrechte bei gleicher Zweckerfüllung weniger stark beschränken würde. Dies ist jedoch nicht erkennbar, weil gerade keine mildere Variante einer Norm erlassen wird, sondern ein Tatbestand nur klargestellt und im Grunde wiederholt wird. Gerade wenn lediglich klargestellt wird, was ohnehin schon verboten ist, wird durch die Klarstellung nicht intensiver in das Grundrecht eingegriffen als ohne Klarstellung. Das Unterlassen einer Klarstellung ist insofern kein milderer Eingriff. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass die bloße Klarstellung einer Norm nicht die Erforderlichkeit ausschließt.

3.3.2.4. Angemessenheit

Die Vorschrift des § 130 Abs. 5 StGB n.F. muss ferner angemessen sein. Das bedeutet, dass der legitime Zweck des öffentlichen Friedens zu der Beschränkung der Meinungsfreiheit in einem angemessenen Verhältnis stehen muss. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass meinungsbeschränkende Gesetze stets in Wechselwirkung mit der Meinungsfreiheit stehen und im Lichte des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gegebenenfalls einschränkend ausgelegt werden müssen.

Zwar bezieht sich § 130 Abs. 5 StGB auf Tathandlungen, die dem § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB vorgelagert sein können und geht insoweit auch über die Strafbarkeit der Äußerungen nach § 130 Abs. 3 StGB hinaus. Jedoch ist im Rahmen der Angemessenheit eines die Meinungsfreiheit einschrän-

64 Toma, Zur Strafbarkeit und Strafwürdigkeit des Billigens, Leugnens und Verharmlosens von Völkermord und Menschlichkeitsverbrechen, 2014, S. 343 f. m.w.N.

kenden Gesetzes besonders die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Wechselwirkungslehre zu berücksichtigen. Danach ergibt sich aus der grundlegenden Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für den freiheitlich-demokratischen Staat, dass

die allgemeinen Gesetze [...] in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung ihrerseits im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts gesehen und so interpretiert werden [müssen], daß der besondere Wertgehalt dieses Rechts, der in der freiheitlichen Demokratie zu einer grundsätzlichen Vermutung für die Freiheit der Rede in allen Bereichen, namentlich aber im öffentlichen Leben, führen muß, auf jeden Fall gewahrt bleibt. Die gegenseitige Beziehung zwischen Grundrecht und "allgemeinem Gesetz" ist also 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 im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen.⁶⁵

Folglich ist im Sinne dieser Wechselwirkungslehre auch § 130 Abs. 5 StGB n.F. mit Blick auf die Meinungsfreiheit restriktiv auszulegen. So ist bereits dem Wortlaut nach die Tathandlung des Verharmlosens auf ein „gröbliches“ Verharmlosen beschränkt. Auch die Eignung, zu Hass oder Gewalt gegen eine der in § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB bezeichneten Personenmehrheiten oder gegen einen Einzelnen wegen dessen Zugehörigkeit zu einer dieser Personenmehrheiten aufzustacheln und den öffentlichen Frieden zu stören, begrenzt die Strafbarkeit weiter. So wird beispielsweise vor dem Hintergrund der Wechselwirkungslehre vertreten, dass eine Eignung zur Aufstachelung zu Hass und Gewalt und zur Störung des öffentlichen Friedens erst vorliege, wenn die Äußernden zum Ausdruck bringen, sich mit den die Opfergruppen diskriminierenden Ideologien zu identifizieren, weil nur so feindliche Gefühle geschürt werden könnten.⁶⁶

Hinsichtlich des Verzichts auf die vom Rahmenbeschluss in Art. 1 Abs. 4 vorgesehene Möglichkeit, nur solche Tathandlungen unter Strafe zu stellen, die zuvor gerichtlich endgültig festgestellt worden sind, verlagern sich zwar streng genommen die für eine Verurteilung notwendigen vorgelegten Feststellungen auf die tatrichterliche Ebene. Die zuständigen amtsgerichtlichen Strafrichter könnten Schwierigkeiten haben, den Straftatbestand auszulegen. Eine weitere ausdrückliche Beschränkung der Strafbarkeit jedenfalls hinsichtlich des Leugnens oder gröblichen Verharmlosens auf gerichtlich festgestellte Völkerrechtsverbrechen hätte die gerichtliche Anwendung des § 130 Abs. 5 StGB n.F. erleichtert. Sollte allerdings ein Amtsgericht die für eine Verurteilung erforderlichen Feststellungen nicht treffen können, müsste nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ auch hinsichtlich § 130 Abs. 5 StGB n.F. ein Freispruch erfolgen. Außerdem dürfte es in einigen Fallkonstellationen gleichwohl möglich sein, auf Erkenntnisse und Feststellungen anderer Gerichte, wie z.B. des Internationalen Strafgerichtshofs, zurückzugreifen. Angesichts des

65 BVerfGE 7, 198 (208 f.) stRspr.

66 Rhein-Fischer, Regieren der Erinnerung durch Recht: Die problematische Reform des Volksverhetzungstatbestandes nach § 130 (5) StGB n.F., vom 31.10.2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/regieren-der-erinnerung-durch-recht/>.

Erfordernisses einer restriktiven Auslegung im Lichte der Meinungsfreiheit,⁶⁷ die der Wortlaut der Vorschrift zulässt, erscheint § 130 Abs. 5 StGB n.F. angemessen und verhältnismäßig. Dies entspricht letztlich auch der derzeitigen öffentlichen Diskussion von Rechtswissenschaftlern.⁶⁸

3.3.3. Bestimmtheit

§ 130 Abs. 5 StGB n.F. muss auch den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots entsprechen. Der Bestimmtheitsgrundsatz wird allgemein aus Art. 20 Abs. 3 GG und speziell in Bezug auf Strafnormen aus Art. 103 Abs. 2 GG entnommen.⁶⁹ Danach müssen unter anderem staatliche Eingriffe und insbesondere strafbares Verhalten für die Bürgerinnen und Bürger vorhersehbar sein und die effektive Kontrolle durch die Gerichte zur Wahrung der Rechtsordnung ermöglicht werden.⁷⁰ Diesbezüglich erscheint fraglich, ob die Begriffe der Eignung, zu Hass oder zu Gewalt aufzustacheln und den öffentlichen Frieden zu stören,⁷¹ des gröblichen Verharmlosens und Handlungen der in den §§ 6 bis 12 des VStGB bezeichneten Art hinreichend bestimmt sind.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Bestimmtheitsgebot sind allerdings wertausfüllungsbedürftige Begriffe nicht per se ausgeschlossen, sondern der Gesetzgeber kann Tatbestände derart gestalten, dass sie jedenfalls auslegbar sind.⁷² Die Bestimmtheit einer Strafnorm nach Art. 103 Abs. 2 GG richtet sich ihm zufolge nach einer wertenden Gesamtbeurteilung im Einzelfall, bei der die Besonderheiten des Straftatbestands einschließlich der Umstände, die zu der gesetzlichen Regelung führen, und die Schwere der angedrohten Strafe sowie der Kreis der Normadressaten zu berücksichtigen sind.⁷³ Ein unbestimmtes Gesetz ist erst verfassungswidrig im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG, wenn selbst das Risiko einer Bestrafung nicht mehr erkennbar oder eine restriktive und präzisierende Auslegung ausgeschlossen ist.⁷⁴ Außerdem kann ein sehr weiter Tatbestand auch durch höchstrichterliche Rechtsprechung hinreichend konkretisiert werden.⁷⁵

67 Vgl. Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 130 Rn. 8d.

68 Vgl. Kubiciel, Welcher Skandal?: Anmerkungen zur eher symbolischen Änderung des § 130 StGB, vom 27.10.2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/welcher-skandal/>; Rhein-Fischer, Regieren der Erinnerung durch Recht: Die problematische Reform des Volksverhetzungstatbestandes nach § 130 (5) StGB n.F., vom 31.10.2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/regieren-der-erinnerung-durch-recht/>.

69 Vgl. Rux, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 53. Ed., Art. 20 Rn. 182 f. (15.11.2022).

70 BVerfGE 156, 11 (44, Rn.86). Ferner zum Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG, BVerfGE 126, 170 (195).

71 Vgl. bereits zur Unbestimmtheit von Art. 1 Abs. 1 Buchstabe c des Rahmenbeschlusses mit der Wahrscheinlichkeit einer Aufstachelung, Zimmermann, ZIS 2009, 1, 7.

72 BVerfGE 126, 170 (196).

73 BVerfGE 126, 170 (196).

74 BVerfGE 126, 170 (196 f.).

75 BVerfGE 126, 170 (197).

Insoweit hat das Bundesverfassungsgericht insbesondere in Bezug auf den Begriff des öffentlichen Friedens im Kontext mit § 130 Abs. 3 StGB entschieden, dass dieser in Bezug auf Art. 103 Abs. 2 GG durch die weiteren Tatbestandsmerkmale näher konkretisiert werden kann und muss, was allerdings voraussetzt, dass diese wiederum im Lichte der Friedensstörung ausgelegt werden müssen.⁷⁶ Dies gilt auch für § 130 Abs. 5 StGB n.F. Dieser verlangt über die Störung des öffentlichen Friedens hinaus, dass die Handlungen auch geeignet sein müssen, zu Hass oder Gewalt aufzustacheln. Die Rechtsprechung hat auch diese zusätzliche Voraussetzung näher konkretisiert: Im Sinne des § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB wird darunter ein Verhalten verstanden, das auf die Gefühle oder den Intellekt eines anderen einwirkt und objektiv geeignet sowie subjektiv bestimmt ist, eine emotional gesteigerte, über die bloße Ablehnung oder Verachtung hinausgehende feindselige Haltung gegen den betroffenen Bevölkerungsteil zu erzeugen oder zu verstärken.⁷⁷ Die Eignung, zu Hass oder Gewalt aufzustacheln, könnte sich demnach nicht auf den Taterfolg als solchen, sondern auf eine entsprechende Gefährdung beziehen, dass durch die Handlung auf die Gefühle oder den Intellekt anderer eingewirkt wird. Insoweit spricht dies dafür, dass der Begriff des Aufstachelns zu Hass oder Gewalt ebenfalls ausreichend auslegbar ist. In Bezug auf das gröbliche Verharmlosen ist, wie bereits erläutert (3.1.2.), eine restriktive Auslegung anhand der bisherigen Rechtsprechung und unter Berücksichtigung einer besonderen Erheblichkeitsschwelle ebenfalls möglich.

Zum Teil wird bezüglich der Bestimmtheit des § 130 Abs. 5 StGB n.F. problematisiert, dass die den Mitgliedstaaten nach Art. 1 Abs. 4 des Rahmenbeschlusses eingeräumte Möglichkeit nicht umgesetzt wurde, die Leugnung und gröbliche Verharmlosung von Völkerrechtsverbrechen nur unter Strafe zu stellen, wenn die Völkerrechtsverbrechen gerichtlich festgestellt wurden.⁷⁸ Die Tathandlungen des Leugnens und jedenfalls quantitativen Verharmlosens bezögen sich anders als die Tathandlung des Billigens auf erwiesene Tatsachen, sodass ein Unterschied zwischen den Tathandlungen bestehe, der eine Umsetzung des Art. 1 Abs. 4 des Rahmenbeschlusses entgegen der Begründung im Gesetzesentwurf rechtfertigen könne.⁷⁹ Allerdings führt die Nichtumsetzung wegen der notwendigen inzidenten Prüfung von Völkerrechtsverbrechen allein zu den erläuterten praktischen Problemen und Schwierigkeiten auf der Normanwendungs- und Beweisebene. Außerdem beziehen sich auch andere Delikte auf §§ 6 ff. VStGB, wie zum Beispiel § 126 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Daher ist der Begriff einer Handlung der in den §§ 6 bis 12 VStGB bezeichneten Art trotz der Anwendungsprobleme grundsätzlich auslegbar und nicht unbestimmt im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG.

Im Ergebnis dürfte § 130 Abs. 5 StGB n.F. insgesamt hinreichend bestimmt sein.

76 BVerfG, Beschluss vom 22.06.2018 – 1 BvR 2083/15 –, Rn. 23, juris, in Bezug auf BVerfGE 124, 300 (339 ff.)

77 Vgl. BGH, Urteil vom 27.07.2017 – 3 StR 172/17 –, Rn. 30, juris.

78 Vgl. Rhein-Fischer, Regieren der Erinnerung durch Recht: Die problematische Reform des Volksverhetzungstatbestandes nach § 130 (5) StGB n.F., vom 31.10.2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/regieren-der-erinnerung-durch-recht/>.

79 Rhein-Fischer, Regieren der Erinnerung durch Recht: Die problematische Reform des Volksverhetzungstatbestandes nach § 130 (5) StGB n.F., vom 31.10.2022, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/regieren-der-erinnerung-durch-recht/>; Rackow, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, 55. Ed., StGB § 130 Rn. 8 (01.11.2022).

4. Verweis des Artikel 10-Gesetzes auf § 130 StGB

Außerdem wurde in Bezug auf die Vereinbarkeit des neuen § 130 Abs. 5 StGB mit der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gefragt, welche Bedeutung der Verweis des § 3 Abs. 1 Nr. 6 Buchstabe a des Artikel 10-Gesetzes⁸⁰ in diesem Zusammenhang hat. Denn danach dürfen Beschränkungen nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Artikel 10-Gesetzes unter den dort bezeichneten Voraussetzungen angeordnet werden, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht bestehen, dass jemand Straftaten nach den §§ 129a bis 130 StGB plant, begeht oder begangen hat.

Bei diesem Verweis auf § 130 StGB ist davon auszugehen, dass es sich um einen dynamischen Verweis handelt.⁸¹ Denn es wird nicht, wie bei einem starren Verweis, auf die Fassung eines Textes zu einem bestimmten Zeitpunkt oder während eines bestimmten Zeitraums Bezug genommen.⁸² Die Vorschrift bezieht sich vielmehr auf Straftaten nach § 130 StGB insgesamt. Demnach führt die Einfügung des § 130 Abs. 5 StGB n.F. dazu, dass die Beschränkungen nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Artikel 10-Gesetzes auch angeordnet werden dürfen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht bestehen, dass jemand eine durch § 130 Abs. 5 StGB n.F. sanktionierte Handlung plant, begeht oder begangen hat.

Zwar liegt damit eine Ausweitung der im Artikel 10-Gesetz enthaltenen Anordnungsbefugnisse vor. Jedoch führt dies vorliegend zu keinem anderen Ergebnis der Vereinbarkeit des § 130 Abs. 5 StGB n.F. mit der Meinungsfreiheit. Denn der Verweis des Artikel 10-Gesetzes auf im Strafgesetzbuch geregelten Straftatbestände wirkt sich nicht auf die Verfassungsmäßigkeit dieser Straftatbestände als solches aus und damit auch nicht auf die Vereinbarkeit des § 130 Abs. 5 StGB n.F. mit der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG.

5. Fazit

Die dargelegten Erwägungen legen es nahe, dass § 130 Abs. 5 StGB n.F. trotz der grundlegenden Eingriffsqualität und Anwendungsschwierigkeiten bei verfassungskonformer Auslegung mit der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG vereinbar ist. Denn die Billigung, Leugnung oder gröbliche Verharmlosung von Völkerrechtsverbrechen werden nur unter der Erfüllung weiterer Tatbestandsmerkmale unter Strafe gestellt, die zudem mit Blick auf die sog. Wechselwirkungslehre und damit im Lichte der Meinungsfreiheit restriktiv ausgelegt werden müssen. Insbesondere muss die Äußerung zusätzlich zu der Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören, geeignet sein, zu Hass oder Gewalt gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe, Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen dessen Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung aufzustacheln. Das Erfordernis der Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören, darf, wie das Bundesverfassungsgericht deutlich gemacht hat, nicht so weit ausgelegt werden, dass es die Bürger bereits

80 Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses, Artikel 10-Gesetz vom 26.06.2001 (BGBl. I S. 1254, 2298; 2017 I S. 154), zuletzt geändert am 05.07.2021 (BGBl. I S. 2274).

81 Vgl. allgemein zur Verweisungstechnik in Rechtsvorschriften, Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Teil B 4.1 Rn. 218 ff.

82 Vgl. Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Teil B 4.3 Rn. 239.

vor der Konfrontation mit beunruhigenden Meinungen schützt, auch wenn sie in ihrer gedanklichen Konsequenz gefährlich und selbst wenn sie auf eine prinzipielle Umwälzung der geltenden Ordnung gerichtet sein sollten.⁸³

Der Umstand, dass § 3 Abs. 1 Nr. 6 Buchstabe a des Artikel 10-Gesetzes auf § 130 StGB und damit auch auf den neuen Absatz 5 Bezug nimmt, hat keine Auswirkungen auf die Verfassungsmäßigkeit des § 130 Abs. 5 StGB n.F.

* * *

83 Vgl. BVerfGE 124, 300 (334).