

*Prof. i. R. Dr Dr h.c. Jan C. Joerden\**

## Zur Bestrafung der Holocaust-Leugnung (§ 130 Abs. 3 dStGB)<sup>1</sup>

### Strafbarkeit der Holocaust-Leugnung gemäß § 130 Abs. 3 dStGB

Der Auschwitz-Prozess hat ohne jede Frage Rechtsgeschichte geschrieben<sup>2</sup>. Obwohl dieser Prozess eigentlich schon deutlich früher hätte stattfinden sollen und seine Einleitung sich im Wesentlichen der Initiative eines Einzelnen, und zwar des damaligen hessischen Generalstaatsanwalts in Frankfurt am Main, *Fritz Bauer*<sup>3</sup>, verdankt, hat der Prozess doch in einer Weise zur strafrechtlichen „Aufarbeitung“<sup>4</sup> des Holocaust

143

\* Em. prof. Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder).

<sup>1</sup> Den nachfolgenden Text widme ich mit herzlichen Glückwünschen zum 70. Geburtstag Herrn Prof. Dr. hab. *Witold Kulesza*, Juristische Fakultät der Universität Lodz, dessen unermüdliches Eintreten für eine Welt, in der es keine ungesühnten Verbrechen von Unrechtsregimen mehr gibt, ich stets bewundert habe.

<sup>2</sup> Der erste Auschwitz-Prozess fand in den Jahren 1963-65 statt; dem schlossen sich weitere Auschwitz-Prozesse in den Jahren 1965/66, 1967/68 und in den 1970er Jahren an.

<sup>3</sup> *Fritz Bauer* war Oberstaatsanwalt in Frankfurt am Main und maßgeblich als Ankläger an der Einleitung der Auschwitz-Verfahren beteiligt. Näher zu ihm der kürzlich verstorbene Generalstaatsanwalt des Landes Brandenburg E.C. Rautenberg, *Die Bedeutung des Generalstaatsanwalts Dr. Fritz Bauer für die Auseinandersetzung mit dem NS-Unrecht*, „Forschungsjournal Soziale Bewegungen“ 2015, Heft 4, S. 162 ff. Siehe zu Fritz Bauer auch das Buch von R. Steinke, *Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht*, München 2013, mit allerdings partiell recht kritischer Rezension von E.C. Rautenberg, *Die Demontage des Generalstaatsanwalts Dr. Fritz Bauer*, „Neue Justiz“ 2014, Heft 9, S. 369 ff. und Antwort von R. Steinke, *Wissenschaftliche Standards verletzende Polemik – Eine Antwort auf Erardo C. Rautenberg*, „Neue Justiz“ 2014, Heft 12, S. 513 ff. sowie Replik von E.C. Rautenberg, *Die Antwort von Ronen Steinke auf meine Besprechung seines Buches „Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht“: Eine Replik*, „Forschungsjournal Soziale Bewegungen“ 2015, Heft 4, S. 374 ff.

<sup>4</sup> Ich verwende diesen Begriff in Anführungszeichen, da Geschichte – schon gar nicht die Geschichte monströser Verbrechen – eigentlich gar nicht „aufgearbeitet“ werden

beigetragen, wie seinerzeit wahrscheinlich nicht einmal von den Prozessbeteiligten vermutet worden war. Denn dieser Prozess hat öffentlich, d. h. vor den Augen und Ohren der Welt, klargelegt, welche Verbrechen in der Zeit des Nationalsozialismus vor allem an jüdischen und polnischen Bürgerinnen und Bürgern, aber auch an vielen Mitgliedern von Minderheiten, in Deutschland und in den von Deutschland besetzten Ländern Europas begangen wurden – Verbrechen, die jede Vorstellungskraft übersteigen. Nicht nur durch Quälerei und jede Art denkbarer Folter, sondern auch durch die gleichsam fabrikmäßige Tötung seiner Opfer hat sich das Unwesen des deutschen Nationalsozialismus tief in das kollektive Bewusstsein der Weltgemeinschaft eingebrannt.

Der Auschwitz-Prozess war nicht zuletzt deshalb ein Meilenstein der Justizgeschichte, weil er in seiner eindrucksvollen Beweisaufnahme jedenfalls einen Blick auf das Grauen in den Konzentrationslagern für die Öffentlichkeit festgehalten hat. Das Zeugnis der Opfer, soweit sie die Nazizeit überlebt haben, der Täter, aber auch die verwerteten Dokumente, haben nachhaltigen Nachweis über die Hölle von Auschwitz geführt, so dass über die Tatsachen des damaligen Geschehens heute nicht mehr nachvollziehbar *raisonniert* werden kann<sup>5</sup>.

Das konnte allerdings nicht verhindern, dass von interessierter politischer Seite die Feststellungen über den Holocaust im Allgemeinen und Auschwitz im Besonderen auf infame Weise in Zweifel gezogen wurden und werden. Der Gesetzgeber hat dem dadurch Rechnung zu tragen gesucht, dass er die Holocaust-Leugnung – auch als „Auschwitz-Lüge“ bezeichnet – im deutschen Strafgesetzbuch (dStGB) unter Strafandrohung gestellt hat<sup>6</sup>. Die betreffende Strafvorschrift in § 130 Abs. 3 dStGB lautet:

kann. Der Begriff wird indes so weit verbreitet verwendet, dass man nur schwer ganz ohne ihn auskommt. Er ist aber immer noch besser als der ebenfalls geläufige Begriff der „Vergangenheitsbewältigung“.

<sup>5</sup> Näher dazu insbesondere G. Werle, T. Wandres, *Auschwitz vor Gericht. Völkermord und bundesdeutsche Strafrechtswissenschaft*, München 1995.

<sup>6</sup> Ausführlich setzt sich mit der parallelen Strafvorschrift in Polen, die sich auf die „Auschwitz-Lüge“ bezieht, der *Jubilar* in folgendem Beitrag auseinander: W. Kulesza, „Auschwitz-Lüge“, [in:] J.C. Joerden, U. Scheffler, A. Sinn, G. Wolf (Hrsg.), *Vergleichende Strafrechtswissenschaft. Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag*, Berlin 2000, S. 331–342. In der deutschen Übersetzung des *Jubilar*s lautet sie: „Wer öffentlich und den Fakten entgegen, die Verbrechen, über die im Art. 1 Pkt. 1 die Rede ist, [die Naziverbrechen, kommunistische Verbrechen und Verbrechen gegen den Frieden oder die Kriegsverbrechen, die nach dem 1. September 1939 begangen wurden] verneint, unterliegt der Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren. Das Urteil wird öffentlich bekannt gegeben“ (Art. 55 des Gesetzes vom 18.12.1998 über das Institut des Nationalen Gedenkens – der Kommission zur Verfolgung der Verbrechen gegen die Polnische Nation). Erkennbar lässt sich die polnische Vorschrift nicht nur auf die Leugnung der

Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost.

Die hier in Bezug genommene Vorschrift des § 6 Abs. 1 im deutschen Völkerstrafgesetzbuch (dVStGB) ist an die Stelle des vormaligen § 220a dStGB a. F. getreten und erfasst – wie ihre Vorgängervorschrift – den Völkermord, indem sie diesen (hier leicht gekürzt) wie folgt tatbestandlich umschreibt:

Wer in der Absicht, eine nationale, rassische, religiöse oder ethnische Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören, 1. ein Mitglied der Gruppe tötet, 2. einem Mitglied der Gruppe schwere körperliche oder seelische Schäden [...] zufügt, 3. die Gruppe unter Lebensbedingungen stellt, die geeignet sind, ihre körperliche Zerstörung, [...] herbeizuführen, 4. Maßregeln verhängt, die Geburten innerhalb der Gruppe verhindern sollen, 5. ein Kind der Gruppe gewaltsam in eine andere Gruppe überführt, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

§ 130 Abs. 3 dStGB erfasst damit (einschließlich seiner Verweisung auf § 6 Abs. 1 dVStGB) insbesondere die Fälle, in denen jemand die Tatsache des Holocaust öffentlich in Abrede stellt, wenn dies in einer Weise geschieht, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören.

145

## Zur Kritik an der Regelung des § 130 Abs. 3 dStGB

Die Vorschrift des § 130 Abs. 3 dStGB hat allerdings auch juristische und rechtspolitische Kritik auf sich gezogen, und zwar durchaus nicht nur von interessierter Seite aus dem rechtsextremen politischen Lager, sondern auch von liberal eingestellten Juristen, die aus rechtsstaatlicher Perspektive Zweifel daran geäußert haben, ob man eine so strukturierte Vorschrift ins Strafgesetzbuch einstellen sollte<sup>7</sup>. Dabei seien hier anhand

---

Verbrechen des Holocaust („Auschwitz-Lüge“) beziehen, sondern u. a. auch auf die sog. Katyń-Lüge. Näher dazu W. Kulesza, A.a.O., S. 340 ff. und W. Kulesza, *Die Ermordung von Kriegsgefangenen während des 2. Weltkriegs. Ein Kriegsverbrechen oder eine Überschreitung von Berechtigungen?*, [in:] J.C. Joerden, K. Schmoller (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag*, Berlin 2017, S. 745–770, jeweils m. w. N.

<sup>7</sup> Vgl. zur Gesetzgebungsgeschichte der Vorschrift und zur kaum noch überschaubaren Debatte über das von ihr wohl geschützte Rechtsgut die umfangreichen Nachweise z. B. bei D. Sternberg-Lieben, U. Schittenhelm, *Kommentar zu § 130*, [in:] A. Eser (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar (Schönke/Schröder Kommentar)*, München 2019, Rn. 1a.

von zwei Haupteinwänden nur einige Schlaglichter auf diese Diskussion geworfen; zudem soll versucht werden, etwas näher zu klären, ob man diese Einwände entkräften kann.

## Unzulässige „Einzelfallregelung“?

Der erste Einwand gegen die Fassung von § 130 Abs. 3 dStGB besteht darin, dass es sich hierbei gewissermaßen um eine (unzulässige) Einzelfallregelung in dem Sinne handeln könnte, dass nur die Billigung, Leugnung oder Verharmlosung einer unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangenen Handlung des Völkermordes unter Strafe gestellt wird. Weshalb aber wird nicht auch die Billigung, Leugnung oder Verharmlosung anderer Fälle von Völkermord, die es in Europa und darüber hinaus auch gab und immer noch gibt, unter Strafe gestellt? Zwar hat der sog. Historikerstreit<sup>8</sup>, in dem es vor allem um den singulären Charakter des Holocaust im Vergleich zu anderen Verbrechen von Unrechtsregimen im 20. Jahrhundert – insbesondere des Stalinismus – ging, deutlich gemacht, dass es schon eine nicht gerechtfertigte Verharmlosung des Holocaust sein kann, wenn man ihn einfach in eine Reihe mit den Verbrechen anderer Regime in Europa oder der Welt stellt.

Dieses durchaus plausible Verdikt gegen eine *Relativierung* des Holocaust scheint indes noch keinen *hinreichenden* Grund dafür abzugeben, dass man in Deutschland bisher *nur* die Billigung, Leugnung und Verharmlosung des Holocaust (in einer zur Störung des öffentlichen Friedens geeigneten Weise) unter Strafe stellt. So wenig wie dadurch, dass man Mord und Totschlag beide als „Unrecht“ bezeichnet, in Abrede gestellt wird, dass – zumindest in der Sprache des deutschen Strafgesetzbuchs<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Vgl. dazu die teils wissenschaftlich, teils politisch geführte Kontroverse zwischen Ernst Nolte und Jürgen Habermas in den Jahren 1987/88 u. a. um die Fragen, ob der Holocaust ein historisch singuläres und damit unvergleichliches Geschehen war oder ob man dieses Geschehen mit dem Geschehen in den sowjetischen Gulags der Stalin-Zeit vergleichen könne. Eine positive Antwort auf die erste Frage wurde dabei in dieser Kontroverse Habermas und auf die zweite Frage Nolte zugeschrieben.

<sup>9</sup> § 211 dStGB lautet:

„Mord. (1) Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

(2) Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet“.

Demgegenüber lautet § 212 dStGB:

„Totschlag. (1) Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen“.

– der Mord ein gravierenderes Unrecht darstellt als der Totschlag, würde durch eine Erstreckung der Strafbarkeit auf *alle* Fälle der Billigung, Leugnung oder Verharmlosung von Völkermord auf der Welt einer Relativierung des Holocaust das Wort geredet. Möglicherweise könnte man für diese Untaten außerhalb des Holocaust als Bezugspunkt der Vorschrift einen anderen Absatz (oder sogar eine andere Strafvorschrift mit eventuell niedrigerem Strafraumen) ins dStGB einfügen. Aber selbst sofern das nicht so gemacht würde, bliebe auch innerhalb eines von § 130 Abs. 3 dStGB bisher normierten Strafraumens von bis zu 5 Jahren ausreichend Spielraum, um die unterschiedlichen Geschehensbezüge der Tathandlungen bei der Strafzumessung (§ 46 dStGB) angemessen berücksichtigen zu können.

Dennoch überzeugt der Einwand der „Einzelfallregelung“ letztlich nicht. Denn die Regelung des § 130 Abs. 3 dStGB bleibt trotz ihrer Bezugnahme auf den spezifischen Fall des Holocaust eine Norm, die unterschiedliche Fälle der Tatbegehung zusammenfasst und unterschiedliche Personen als mögliche Opfer zu schützen sucht. Im Vordergrund für die Strafandrohung steht ausweislich des Normtextes das Verbot eines Verhaltens, das „geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören“ (§ 130 Abs. 3 dStGB). Dass aber die Behauptung, der Holocaust habe gar nicht stattgefunden, in Deutschland eher geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, als Behauptungen über angeblich nicht geschehene Untaten anderer Staaten, liegt auf der Hand.

147

## Unzulässige „Zensur“?

Aber es gibt noch einen zweiten wichtigen Einwand gegen einen Tatbestand, der wie § 130 Abs. 3 dStGB u. a. die Leugnung eines historischen Ereignisses wie des Holocaust unter Strafe stellt. Dieser Einwand rückt die Vorschrift in die Nähe einer Zensurvorschrift, die in nicht gerechtfertigter Weise die Diskussion – und ginge diese auch von falschen Voraussetzungen aus – über geschichtliche Ereignisse einschränke. So dürfte etwa die historische These, bei der Ermordung Caesars habe auch sein Sohn Brutus mitgewirkt, – so viel auch *dafür* sprechen möge – nicht von dem Gesetzgeber sakrosankt gestellt werden, noch dazu durch eine Strafnorm mit ja nicht unerheblicher Strafandrohung. Und dies unabhängig davon, ob es nun um ein Ereignis wie die Ermordung Caesars oder einen wesentlich gravierenderen historischen Vorgang im Weltmaßstab wie den Holocaust geht<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Damit ist allerdings nichts gegen eine moralische Verpflichtung zur Erinnerung gesagt; vgl. in diesem Zusammenhang etwa die Beiträge in: *Gedächtnis und Gewalt. Nationale*

Auch in anderen Strafrechtsordnungen gibt es durchaus Bestrebungen, ähnliche Verbote im Hinblick auf Äußerungen über historische Ereignisse zu etablieren<sup>11</sup>, die nicht unproblematisch sind. Ein Beispiel geht zurück auf das Edikt von Nantes aus dem Jahre 1598. Dort lautete ein Passus<sup>12</sup>:

Wir verbieten allen Unseren Untertanen, wes Standes und Berufes sie auch seien, die Erinnerung daran aufzufrischen, sich anzugreifen, nachzutragen, zu beleidigen, noch einander durch Vorwürfe über das, was vergangen ist, herauszufordern, aus welchem Grunde oder unter welchem Vorwande es auch sei; noch auch darüber zu disputieren, zu streiten, zu hadern, noch sich zu beschimpfen oder mit Tat oder Wort zu beleidigen; vielmehr sollen sie sich friedlich

und transnationale Erinnerungsräume im östlichen Europa, Hrsg. K. Schoor, S. Schüler-Springorum, Göttingen 2016.

<sup>11</sup> Vgl. für Polen wiederum W. Kulesza (ob. Fn. 4), sowie W. Kulesza, *Öffentliche Propagierung der faschistischen oder kommunistischen Staatsform und hate speech als Straftaten*, [in:] J.C. Joerden, A.J. Szwarc (Hrsg.), *Strafrechtlicher Reformbedarf. Materialien einer deutsch-japanisch-polnisch-türkischen Tagung im Jahre 2015 in Rzeszów und Kraków (Polen)*, Poznań 2016, S. 215–240, insbes. S. 224 ff. – Weitere Beispiele für solche Regelungen und Regelungsversuche sind (abgesehen von der Holocaust-Leugnung, die in vielen, vor allem europäischen, Ländern strafbar ist) etwa aus Frankreich (im Hinblick auf die Armenien-Problematik) und aus Spanien (im Hinblick auf Zeit der Franco-Diktatur) bekannt geworden. Ausführliche Nachweise und wichtige Argumente dazu etwa bei C. Mylonopoulos, *Zur Strafbarkeit der Leugnung historischer Tatsachen* im Internet unter: <http://www.mylonopoulos.gr/de/publication/article/73/zur-strafbarkeit-der-leugnung-historischer-tatsachen.html> (letzter Zugriff: 20.12.2019); s. weiterhin M. Matuschek, *Erinnerungsstrafrecht. Eine Neubegründung des Verbots der Holocaustleugnung auf rechtsvergleichender und sozialphilosophischer Grundlage*, Berlin 2012; F. Hanschmann, *Geschichtsbezogene Strafrechtsvorschriften als Herausforderung der Meinungsfreiheit*, „Kritische Justiz“ 2013, Heft 3, S. 307–324. – Speziell zu der allerdings etwas anderen Stoßrichtung des „Gesetzes zur Wiedererlangung des historischen Gedächtnisses“ von 2007 in Spanien s. F. Munoz-Conde, *Strafrechtliche Aufarbeitung des Franco-Regimes in Spanien: Der Fall Garzón*, [in:] J.C. Joerden, K. Schmoller (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag*, Berlin 2017, S. 795–817, insbes. S. 796.

<sup>12</sup> Hier wiedergegeben in der deutschen Übersetzung nach: „Das Edikt von Nantes vom April 1598 (Kernstück)“, Übersetzung von E. Mengin, [in:] *Das Edikt von Nantes. Das Edikt von Fontainebleau (= Rechtsurkunden zur Geschichte der Hugenotten)*, Flensburg 1963, S. 21–56, S. (3). Erreichbar im Internet unter: <https://www.hugenottenmuseum.de/hugenotten/edikte/01-edikt-nantes-1598-volltext.pdf> (letzter Zugriff: 20.12.2019). Die französische Originalfassung lautet: „Défendons à tous nos sujets, de quelque état et qualité qu'ils soient, d'en renouveler la mémoire, s'attaquer, ressentir, injurier, ni provoquer l'un l'autre par reproche de ce qui s'est passé, pour quelque cause et prétexte que ce soit, en disputer, contester, quereller ni s'outrager ou s'offenser de fait ou de parole, mais se contenir et vivre paisiblement ensemble comme frères, amis et concitoyens, sur peine aux contrevenants d'être punis comme infracteurs de paix et perturbateurs du repos public“. Hier zitiert nach dem Internet unter: <https://www.museeprotestant.org/de/notice/das-edikt-von-nantes-1598/> (letzter Zugriff: 20.12.2019).

mit einander wie Brüder, Freunde und Mitbürger halten und also leben, bei Strafe des Friedensbruches und der öffentlichen Ruhestörung für die Zuwiderhandelnden.

In ähnlicher Weise hat die französische Regierung es unlängst unternommen, die Leugnung des an den Armeniern begangenen Völkermords unter Strafe zu stellen. Dass dabei durchaus politische Erwägungen, auch ganz konkret im Hinblick auf die Gefahr einer Störung des öffentlichen Friedens, eine Rolle gespielt haben, ist unstrittig. Gleichwohl haben sich viele Stimmen gegen dieses Verbot mit dem Argument gewendet, man dürfe mit einem solchen „*Loix memorielles*“ die wissenschaftliche und öffentliche Auseinandersetzung über ein historisches Ereignis nicht abschneiden und eine bestimmte Ansicht von der Geschichte für alle Zeiten zementieren. Und dies obwohl sich in Europa und darüberhinaus in der Welt wahrlich eine Fülle von weiteren Beispielen maßloser Gräueltaten von Regierungen und Staaten, etwa der Stalinismus, die sog. Kulturrevolution, die Untaten Pol Pots, bis hin zu den Ereignissen im ehemaligen Jugoslawien anbieten, um daran Verbote gegen ein Bestreiten des Geschehenen zu knüpfen. Inzwischen ist der Vorstoß der französischen Regierung zur gesetzlichen Fixierung möglicher Äußerungen über die Ereignisse in Armenien allerdings am Conseil d’Etat<sup>13</sup> gescheitert. Dies könnte darauf hindeuten, dass auch die Strafbarkeit der Holocaust-Leugnung im dStGB nicht (mehr) zu rechtfertigen ist.

## Zur Rechtfertigung der Regelung des § 130 Abs. 3 dStGB

### Identitätsstiftendes Narrativ für Europa?

Ein Versuch, die Vorschrift in § 130 Abs. 3 des dStGB gleichwohl zu begründen, besteht darin, die Tatsache des Holocaust als Grundlage eines identitätsstiftenden Narrativs für Europa zu erweisen. Weil das heutige Europa in historischer Perspektive sicherlich nur sehr unvollständig erklärt werden könnte, ohne auf den Holocaust einzugehen, könnte man die These aufstellen, dass Europa heute gerade auch durch die leidvolle Erfahrung des Holocaust definiert wird und sich selbst definiert. Ein – und sei es auch nur verbaler – Angriff auf dieses Narrativ durch Leugnung eben dieser historischen Grundlagen Europas stelle daher zugleich

<sup>13</sup> In Deutschland am ehesten dem Bundesverwaltungsgericht vergleichbar.

einen Angriff auf die Konstitution Europas überhaupt dar, was ein entsprechendes strafrechtliches Verbot rechtfertigt.

Man kann nun allerdings durchaus bezweifeln, ob die Tatsache des Holocaust für die Identitätsfindung Europas wirklich in allen Teilen Europas eine so herausragende und insoweit zudem singuläre Rolle spielt. Etwa in Teilen Osteuropas wird oftmals die Leidenszeit unter dem Einfluss des Stalinismus als wesentlich prägender für die dortigen Gesellschaften beschrieben, und zwar weitgehend ungeachtet des bereits erwähnten Historikerstreits in Deutschland, einfach schon deshalb, weil die eigene Betroffenheit anders wahrgenommen wird. In anderen Teilen Europas, etwa in Irland, mag demgegenüber die Leidenszeit der Kolonialgeschichte im Vordergrund stehen. Einmal mehr zeigt sich daran, dass es jedenfalls kaum für *alle* europäischen Völker plausibel ist, die Schreckenszeit des Holocaust zu der *einzigsten* identitätsstiftenden Leidenserfahrung Europas zu machen. Und wenn der Holocaust in Europa ein Narrativ unter vielen wäre, ließe sich kaum plausibel machen, weshalb er nur allein (singulär) vor Leugnung geschützt werden sollte.

## Rechtsgüterschutz

150

Deshalb dürfte es sich empfehlen, die Rechtfertigung für die Norm des § 130 Abs. 3 dStGB stärker auf die traditionellen Begründungsansätze zu beziehen, die im Strafrecht auch bei anderen Straftaten eine zentrale Rolle spielen. Trotz nicht völlig ausgetragener Debatten hierzu steht für das Strafrecht der Gedanke des Rechtsgüterschutzes dabei im Vordergrund<sup>14</sup>. Wo kein Rechtsgut geschützt wird (bzw. werden soll), sollte das Strafrecht sich zurückhalten. Jedenfalls der strafrechtliche Schutz von rechtlich relevanten Interessen gegen den (zurechenbar freien) Willen *ihres Inhabers* kann auf diese Weise als nicht begründbar ausgeschieden werden<sup>15</sup>. Zumindest ist dies nach wie vor das stärkste Argument

<sup>14</sup> Allgemein zur Debatte über den Rechtsgüterschutz im Strafrecht vgl. etwa K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtssprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage; zugleich ein Beitrag zur Lehre von der 'Sozialschädlichkeit' des Verbrechen*, Frankfurt am Main 1972; T. Hörnle, *Grob anstößiges Verhalten: Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt am Main 2004; M. Kubiciel, *Die Flexibilisierung des Strafrechts. Aktivierung des Strafrechts durch die Rechtsgutslehre*, [in:] E. Hilgendorf, H. Kudlich, B. Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts. Bd 1. Grundlagen des Strafrechts*, Heidelberg 2019, § 24, Rn. 46–53.

<sup>15</sup> Vgl. dazu in Deutschland auch die Straflosigkeit des Versuchs der Selbsttötung sowie der Selbstverletzung (innerhalb gewisser Grenzen, deren Fixierung noch umstritten ist und sich in Deutschland im Rahmen des undeutlichen Begriffs der „guten Sitten“ in § 228 dStGB abspielt). Immer noch umstritten ist in Deutschland die Strafbarkeit des

etwa gegen eine Strafbarkeit von Homosexualität zwischen mündigen Erwachsenen<sup>16</sup>. Aber auch der Schutz bloßer Ordnungsvorschriften, bei denen keine Gefahr einer individuellen Rechtsgutsbeeinträchtigung zu besorgen ist, sollte dem Ordnungswidrigkeitenrecht, nicht aber dem massiven Eingriff des Strafrechts überantwortet werden. Ginge es daher bei § 130 Abs. 3 dStGB nur um den Schutz der historischen Wahrheit vor Leugnung, wäre die Vorschrift mangels hinreichender Rechtsgutsbezogenheit nicht mehr haltbar.

Als zu schützende Rechtsgüter kommen nun aber durchaus zum einen die Rechtsgüter derjenigen in Betracht, die unter dem Holocaust gelitten haben. Das sind nicht nur diejenigen, die selbst verfolgt und in Konzentrationslagern gequält wurden oder zu Tode gekommen sind, sondern auch ihre Nachfahren und weiteren Verwandten. Wie durch die Beleidigungsdelikte bestätigt wird, ist auch die Ehre, der gute Ruf, ein durchaus mit Mitteln des Strafrechts zu schützendes Rechtsgut. Insbesondere die Verleumdung nach § 187 dStGB<sup>17</sup> eröffnet einen dem § 130 Abs. 3 dStGB vergleichbaren Strafrahmen; und auch, wer das Andenken Verstorbener verunglimpft, kann mit einer Freiheitsstrafe belegt werden; vgl. § 189 dStGB<sup>18</sup>.

Nun ist die bloße Leugnung des Holocaust allerdings in aller Regel kein unmittelbar individuenbezogenes Verhalten. Gleichwohl wird aber dadurch konkludent auch die Ehre derjenigen herabgesetzt, die sich zu Recht auf ihr Schicksal in den grausamen Mühlen des Nationalsozialismus beziehen. Es kann daher durchaus als ehrverletzend verstanden werden, wenn jemand mit seinen öffentlichen Äußerungen insinuiert, dass diejenigen, die ihre eigene Identität zumindest auch durch das Erleiden des

---

sog. Geschwisterinzests. Vgl. § 173 Abs. 2 Satz 2 dStGB (Beischlaf zwischen leiblichen Geschwistern), den das deutsche Bundesverfassungsgericht für verfassungsgemäß hält; s. dazu Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26.02.2008, 2 BvR 392/07, „Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts“ 2008, Bd 120, Nr. 7, S. 224, mit der davon abweichenden Meinung von W. Hassemer, „Neue Juristische Wochenschrift“ 2008, Heft 16, S. 1142.

<sup>16</sup> Vgl. dazu § 175 dStGB a. F., der solches Verhalten noch unter Strafe stellte; er wurde erst im Jahre 1994 aus dem dStGB gestrichen.

<sup>17</sup> § 187 dStGB lautet: „*Verleumdung*. Wer wider besseres Wissen in Beziehung auf einen anderen eine unwahre Tatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen oder dessen Kredit zu gefährden geeignet ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe und, wenn die Tat öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) begangen ist, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“.

<sup>18</sup> § 189 dStGB lautet: „*Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener*. Wer das Andenken eines Verstorbenen verunglimpft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“.

Holocaust definieren, ihrerseits die Unwahrheit sagen, wenn sie an diese Tatsache erinnern. Der Holocaust-Leugner schneidet mithin diesen Personen die Ehre ab, wenn er öffentlich durch die Holocaust-Leugnung kundtut, dass dessen Opfer in Wahrheit nur Lügner seien. Da diese Äußerung öffentlich geschieht, bedarf es dazu auch gar keiner weiteren Individualisierung auf konkrete Personen. Vielmehr wird die gesamte Gruppe der Betroffenen in ihrer Ehre verletzt.

Die Strafrechtslehre kennt auch sonst durchaus die Figur der Beleidigung unter einer Kollektivbezeichnung. Wenn den Mitgliedern einer Gruppe, die kollektiv als die Mitglieder dieser Gruppe bezeichnet werden, die Ehre abgeschnitten wird, kann dies strafbar sein, sofern die Gruppe hinreichend abgrenzbar erscheint. Die Beleidigung etwa des Kollektivs der Menschheit, z. B. in dem Ausruf: „Alle Menschen sind Verbrecher“ erfüllt diese Voraussetzung allerdings nicht, weil die Gruppe nicht hinreichend eingegrenzt ist. Aber die Gruppe derjenigen, die unter dem Holocaust gelitten haben, erscheint als hinreichend bestimmt und ist auch individualisierbar. Im Hinblick auf diese Gruppe daher öffentlich (ggf. konkludent) zu behaupten, auch ohne sie explizit zu erwähnen, der Holocaust habe gar nicht stattgefunden oder sei viel harmloser gewesen, beeinträchtigt die Individuen dieser Gruppe daher durchaus in ihrer Ehre, womit jedenfalls ein erster Rechtsgutsbezug der Verbotsnorm des § 130 Abs. 3 dStGB gezeigt wäre.

152

### **Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens**

Über die Billigung, Leugnung oder Verharmlosung des Holocaust hinaus verlangt § 130 Abs. 3 dStGB – wie oben schon kurz erwähnt – aber auch noch die Eignung der betreffenden Äußerungen, den öffentlichen Frieden zu stören. Soweit darunter nur die Eignung zu einer allgemeinen Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung gemeint wäre, könnte diese Klausel kaum als Herstellung eines ausreichenden Rechtsgutsbezugs angesehen werden. Erst wenn man mit bedenkt, dass durch die genannten Äußerungen der öffentliche Friede gerade für diejenigen gestört werden kann, die vom Holocaust betroffen waren, wird die Dimension der Friedensstörung hinreichend deutlich. Denn nun wird klar, dass es gerade um die nicht aus der Luft gegriffene Furcht der Betroffenen des Holocaust geht, eine solche Zeit könne sich wiederholen, wenn ihr Gegebensein schon in Abrede gestellt wird. Ist die Eignung der Holocaust-Leugnung (im konkreten Fall einer entsprechenden Äußerung) daher zur Störung des öffentlichen Friedens zu bejahen, kann kaum noch bezweifelt werden, dass hierdurch ein zusätzlicher individueller

Rechtsgutsbezug gegeben ist, der die Rechtfertigung einer Strafnorm zu unterstützen vermag. Ähnlich wie bei einer Bedrohung mit einem Verbrechen, die nach § 241 dStGB unter Strafe gestellt ist, geht es hier um den berechtigten Wunsch des Opfers, nicht hinsichtlich seiner Existenzsorgen massiv in Furcht versetzt zu werden.

Interpretiert man den Begründungshintergrund für § 130 Abs. 3 dStGB in dieser Weise, dann werden damit aber zugleich auch seine Begrenzungen mitgedacht. Denn fehlt es an der Rechtsgutsbezogenheit der Tat handlung oder kommt diese in Wegfall, so steht auch die Norm des § 130 Abs. 3 dStGB nicht mehr auf einem überzeugenden Fundament. In ihrer Ehre betroffen sind durch die Leugnung des Holocaust zweifellos diejenigen Personen, die unmittelbar unter dem Holocaust gelitten haben. Soweit sie im Holocaust ihr Leben verloren haben, geht es – wie ausgeführt – jedenfalls noch um den Schutz ihres Andenkens und den Schutz derjenigen, die dieses Andenken bewahren. Deshalb sind auch die Angehörigen, Nachfahren, Verwandten und Freunde, die den unmittelbaren Opfern des Holocaust das Andenken bewahren, durchaus selbst Opfer der mit der Holocaust-Leugnung verbundenen Ehrabschneidung<sup>19</sup>.

Wenn allerdings diese Kette der Erinnerungen und des Andenkens im Laufe der Zeit verloren geht, könnte in ferner Zukunft der Zeitpunkt

<sup>19</sup> Am Rande sei hier vermerkt, dass eine Verfolgung der Straftat nach § 130 Abs. 3 dStGB *keinen* Strafantrag erfordert. Dies ist aber anders bei § 185 dStGB (Beleidigung) und § 189 dStGB (Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener), die ja subsidiär zu § 130 Abs. 3 dStGB bei einer Holocaust-Leugnung ebenfalls in Betracht kommen. Zum Strafantragserfordernis gilt bei diesen Delikten § 194 dStGB, der Folgendes normiert.

„*Strafantrag.* (1) Die Beleidigung wird nur auf Antrag verfolgt. Ist die Tat durch Verbreiten oder öffentliches Zugänglichmachen einer Schrift (§ 11 Abs. 3), in einer Versammlung oder dadurch begangen, dass beleidigende Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden sind, so ist ein Antrag nicht erforderlich, wenn der Verletzte als Angehöriger einer Gruppe unter der nationalsozialistischen oder einer anderen Gewalt- und Willkürherrschaft verfolgt wurde, diese Gruppe Teil der Bevölkerung ist und die Beleidigung mit dieser Verfolgung zusammenhängt. Die Tat kann jedoch nicht von Amts wegen verfolgt werden, wenn der Verletzte widerspricht. Der Widerspruch kann nicht zurückgenommen werden. Stirbt der Verletzte, so gehen das Antragsrecht und das Widerspruchsrecht auf die in § 77 Abs. 2 bezeichneten Angehörigen über.

(2) Ist das Andenken eines Verstorbenen verunglimpft, so steht das Antragsrecht den in § 77 Abs. 2 bezeichneten Angehörigen zu. Ist die Tat durch Verbreiten oder öffentliches Zugänglichmachen einer Schrift (§ 11 Abs. 3), in einer Versammlung oder durch eine Darbietung im Rundfunk begangen, so ist ein Antrag nicht erforderlich, wenn der Verstorbene sein Leben als Opfer der nationalsozialistischen oder einer anderen Gewalt- und Willkürherrschaft verloren hat und die Verunglimpfung damit zusammenhängt. Die Tat kann jedoch nicht von Amts wegen verfolgt werden, wenn ein Antragsberechtigter der Verfolgung widerspricht. Der Widerspruch kann nicht zurückgenommen werden. (3) [...] (4) [...]“.

kommen, ab dem man die Rechtsgutsbezogenheit der Holocaust-Leugnung in Zweifel ziehen muss. Etwaige Gefährdungen des öffentlichen Friedens durch solche Äußerungen wären dann nur noch unter dem Aspekt der allgemeinen Volksverhetzung gem. § 130 Abs. 1 oder 2 (ggf. i. V. m. den Abs. 4–7) dStGB<sup>20</sup> strafrechtlich zu erfassen, nicht aber mehr als eine gegenüber diesen Delikten mit erhöhter Strafandrohung versehene Straftat

<sup>20</sup> § 130 dStGB lautet:

„*Volksverhetzung*. (1) Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören,

1. gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung zum Hass aufstachelt, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordert oder

2. die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er eine vorbezeichnete Gruppe, Teile der Bevölkerung oder einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdete, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. eine Schrift (§ 11 Absatz 3) verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich macht oder einer Person unter achtzehn Jahren eine Schrift (§ 11 Absatz 3) anbietet, überlässt oder zugänglich macht, die

a) zum Hass gegen eine in Absatz 1 Nummer 1 bezeichnete Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer in Absatz 1 Nummer 1 bezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung aufstachelt,

b) zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen in Buchstabe a genannte Personen oder Personenmehrheiten auffordert oder

c) die Menschenwürde von in Buchstabe a genannten Personen oder Personenmehrheiten dadurch angreift, dass diese beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdete werden,

2. einen in Nummer 1 Buchstabe a bis c bezeichneten Inhalt mittels Rundfunk oder Telemedien einer Person unter achtzehn Jahren oder der Öffentlichkeit zugänglich macht oder

3. eine Schrift (§ 11 Absatz 3) des in Nummer 1 Buchstabe a bis c bezeichneten Inhalts herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, bewirbt oder es unternimmt, diese Schrift ein- oder auszuführen, um sie oder aus ihr gewonnene Stücke im Sinne der Nummer 1 oder Nummer 2 zu verwenden oder einer anderen Person eine solche Verwendung zu ermöglichen.

(3) [Dieser Absatz wurde schon oben im Text unter I. zitiert]

(4) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt.

(5) Absatz 2 Nummer 1 und 3 gilt auch für eine Schrift (§ 11 Absatz 3) des in den Absätzen 3 und 4 bezeichneten Inhalts. Nach Absatz 2 Nummer 2 wird auch bestraft, wer einen in den Absätzen 3 und 4 bezeichneten Inhalt mittels Rundfunk oder Telemedien einer Person unter achtzehn Jahren oder der Öffentlichkeit zugänglich macht.

(6) In den Fällen des Absatzes 2 Nummer 1 und 2, auch in Verbindung mit Absatz 5, ist der Versuch strafbar.

gem. § 130 Abs. 3 dStGB. Im Hinblick auf den Holocaust und seine Fortwirkungen ist dieser Zeitpunkt aber aus den genannten Gründen jedenfalls noch lange nicht gekommen. Unabhängig vom Bestehen einer strafrechtlichen Verpflichtung zur Unterlassung der in § 130 Abs. 3 dStGB genannten Handlungsalternativen<sup>21</sup> bleibt aber ohnehin die moralische Verpflichtung jedes Einzelnen zur Wahrhaftigkeit über die Ereignisse des Holocaust und zur respektvollen Erinnerung unberührt<sup>22</sup>.

## Literatur

Amelung K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtssprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage; zugleich ein Beitrag zur Lehre von der 'Sozialschädlichkeit' des Verbrechens*, Frankfurt am Main 1972.

*Gedächtnis und Gewalt. Nationale und transnationale Erinnerungsräume im östlichen Europa*, Hrsg. K. Schoor, S. Schüler-Springorum, Göttingen 2016.

Hanschmann F., *Geschichtsbezogene Strafrechtvorschriften als Herausforderung der Meinungsfreiheit*, „Kritische Justiz“ 2013, Heft 3.

Hörnle T., *Grob anstößiges Verhalten: Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt am Main 2004.

Kubiciel M., *Die Flexibilisierung des Strafrechts. Aktivierung des Strafrechts durch die Rechtsgutslehre*, [in:] E. Hilgendorf, H. Kudlich, B. Valerius (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts. Bd 1. Grundlagen des Strafrechts*, Heidelberg 2019.

Kulesza W., „Auschwitz-Lüge“, [in:] J.C. Joerden, U. Scheffler, A. Sinn, G. Wolf (Hrsg.), *Vergleichende Strafrechtswissenschaft. Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarz zum 70. Geburtstag*, Berlin 2000.

Kulesza W., *Die Ermordung von Kriegsgefangenen während des 2. Weltkriegs. Ein Kriegsverbrechen oder eine Überschreitung von Berechtigungen?*, [in:] J.C. Joerden, K. Schmoller (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag*, Berlin 2017.

Kulesza W., *Öffentliche Propagierung der faschistischen oder kommunistischen Staatsform und hate speech als Straftaten*, [in:] J.C. Joerden, A.J. Szwarz (Hrsg.), *Strafrechtlicher Reformbedarf. Materialien einer deutsch-japanisch-polnisch-türkischen Tagung im Jahre 2015 in Rzeszów und Kraków (Polen)*, Poznań 2016.

Matuschek M., *Erinnerungsstrafrecht. Eine Neubegründung des Verbots der Holocaustleugnung auf rechtsvergleichender und sozialphilosophischer Grundlage*, Berlin 2012.

(7) In den Fällen des Absatzes 2, auch in Verbindung mit Absatz 5, und in den Fällen der Absätze 3 und 4 gilt § 86 Abs. 3 entsprechend“.

<sup>21</sup> Vgl. oben im Text unter I.

<sup>22</sup> Vgl. noch einmal die Literaturangabe in ob. Fn. 8.

- Mengin E., *Das Edikt von Nantes vom April 1598 (Kernteil)*, Übersetzung von Ernst Mengin, [in:] Deutscher Hugenottenverein (Hrsg.), *Das Edikt von Nantes. Das Edikt von Fontainebleau (= Rechtsurkunden zur Geschichte der Hugenotten)*, Flensburg 1963.
- Munoz-Conde F., *Strafrechtliche Aufarbeitung des Franco-Regimes in Spanien: Der Fall Garzón*, [in:] J.C. Joerden, K. Schmoller (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag*, Berlin 2017.
- Mylonopoulos C., *Zur Strafbarkeit der Leugnung historischer Tatsachen*.
- Rautenberg E.C., *Die Antwort von Ronen Steinke auf meine Besprechung seines Buches „Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht“: Eine Replik*, „Forschungsjournal Soziale Bewegungen“ 2015, Heft 4.
- Rautenberg E.C., *Die Bedeutung des Generalstaatsanwalts Dr. Fritz Bauer für die Auseinandersetzung mit dem NS-Unrecht*, „Forschungsjournal Soziale Bewegungen“ 2015, Heft 4.
- Rautenberg E.C., *Die Demontage des Generalstaatsanwalts Dr. Fritz Bauer*, „Neue Justiz“ 2014, Heft 9.
- Steinke R., *Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht*, München 2013.
- Steinke R., *Wissenschaftliche Standards verletzende Polemik – Eine Antwort auf Erardo C. Rautenberg*, „Neue Justiz“ 2014, Heft 12.
- Sternberg-Lieben D., Schittenhelm U., *Kommentar zu § 130*, [in:] A. Eser (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar (Schönke/Schröder Kommentar)*, München 2019.
- Werle G., Wandres T., *Auschwitz vor Gericht. Völkermord und bundesdeutsche Straffjustiz*, München 1995.

## Rechtsprechung

Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26.2.2008, 2 BvR 392/07, „Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts“, Bd 120, Nr. 7.

## Internetquellen

- <http://www.mylonopoulos.gr/de/publication/article/73/zur-strafbarkeit-der-leugnung-historischer-tatsachen.html> (letzter Zugriff: 20.12.2019).
- <https://www.hugenottenmuseum.de/hugenotten/edikte/01-edikt-nantes-1598-volltext.pdf> (letzter Zugriff: 20.12.2019).
- <https://www.museeprotestant.org/de/notice/das-edikt-von-nantes-1598/> (letzter Zugriff: 20.12.2019).