

# Hassrede und extremistische Meinungsäußerungen in der Rechtsprechung des EGMR und nach dem *Wunsiedel*-Beschluss des BVerfG

Matthias Hong\*

I.	Einleitung	74
II.	Rechtsprechung des EGMR zur Beurteilung rassistischer und sonstiger rechtsextremistischer Meinungsäußerungen nach Art. 10 und 17 EMRK	76
	1. Rechtsprechung der Europäischen Kommission für Menschenrechte zur Einordnung rechtsradikaler Äußerungen nach Art. 17 EMRK – Hintergrund für die heutige Rechtsprechung des EGMR	77
	2. <i>Jersild</i> -Urteil (1994) (Journalisten-Interview mit Rechtsextremen)	80
	3. <i>Lehideux</i> und <i>Isorni</i> -Urteil (1998) (Zeitungsanzeige in Verteidigung des Marschalls <i>Pétain</i> )	81
	a) Weit gefasste <i>obiter dicta</i> über “Leugnung oder Revision klar etablierter historischer Tatsachen” und “Rechtfertigung einer Pro-Nazi-Politik”	82
	b) Entscheidungstragendes “distinguishing”	84
	4. Restriktive Unzulässigkeitsentscheidungen der Sektionen	86
	a) <i>Witzsch</i> ( <i>No. 1</i> ) (1999) (Holocaust-Leugnung)	86
	b) <i>Schimanek</i> (2000) (österreichisches Verbot nationalsozialistischer Wiederbetätigung konventionskonform)	87
	c) <i>Garaudy</i> (2003) (Buch “Gründungsmythen der israelischen Politik”)	89
	aa) Leugnung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit	90
	bb) Kritik am Staat Israel und der jüdischen Gemeinschaft	92
	cc) Bewertung	93
	(1) Vergleiche mit anderen Menschenrechtsverletzungen als von Art. 10 EMRK nicht geschützte Verharmlosungen des Holocaust?	94
	(2) Kritik an der Legitimität der Nürnberger Prozesse als Leugnung oder Revision klar etablierter historischer Tatsachen?	96
	d) <i>R. L. v. Schweiz</i> (2003)	97
	e) <i>W. P. u.a. v. Polen</i> (2004)	98
	f) <i>Norwood</i> (2004) (Plakat brennender Zwillingsstürme mit der Aufschrift: “Islam raus aus Britannien – Schützt das Britische Volk”)	99
	g) <i>Witzsch</i> ( <i>No. 2</i> ) (2005) (Leugnung der Verantwortlichkeit <i>Hitlers</i> und der NSDAP für den Holocaust) – Verhinderung von Äußerungen, die “dem Wortlaut und Geist der Konvention zuwiderlaufen”	100
	h) <i>Soulas</i> (2008) – Schwerekriterium für die Anwendung des Art. 17 EMRK?	103
	5. <i>Kononov</i> -Urteil (2008) – “Nazi-Malus” bei der Beurteilung der Bestrafung von Kriegsverbrechen nach dem Rückwirkungsverbot (Art. 7 Abs. 1 EMRK)?	103
	a) Mehrheitsmeinung	104
	b) Abweichende Meinung	106
	c) Bewertung	107

\* Akademischer Rat auf Zeit an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.

	6. <i>Féret</i> -Urteil (2009) (Verurteilung eines Parlamentariers und Parteivorsitzenden für fremdenfeindliche Flugblätter)	107
III.	Gegenläufige Bereiche der Rechtsprechung des EGMR	108
	1. <i>Leroy</i> (2008) (Karikatur zum 11.9.2001)	108
	2. <i>Orban</i> (2009) (General <i>Aussaresses</i> -Buch zu Folterungen im Algerien-Krieg – eine Anwendung des Art. 17 EMRK)	110
	3. Rechtsprechung zur Auswirkung der Mitgliedschaft in nicht verbotenen Parteien und Vereinigungen auf Tätigkeiten im öffentlichen Dienst	111
	4. <i>Vajnai</i> (2008) (Bestrafung wegen Tragens eines roten Sterns – Verletzung von Art. 10 EMRK)	112
IV.	Vergleichender Blick auf den <i>Wunsiedel</i> -Beschluss des BVerfG von 2009	114
	1. Das Verbot des Sonderrechts gegen “bestimmte Meinungen” aus Art. 5 Abs. 2 GG als Verbot der Standpunktdiskriminierung – ein Mittelweg zwischen EGMR und U.S. Supreme Court	115
	2. Strikter Charakter des Sonderrechtsverbots aus Art. 5 Abs. 2 GG	117
	3. Die Ausnahme vom Sonderrechtsverbot – und ihr singulärer Charakter	118
	4. Das Verbot von Sonderrecht gegen Meinungen “als solche” als Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung	121
	5. Fazit zu den Auswirkungen des <i>Wunsiedel</i> -Beschlusses auf den Vergleich mit dem EGMR	124
V.	Schlussbemerkung	125

## Abstract

Der Beitrag untersucht, welchen Schranken Hassrede und extremistische Meinungsäußerungen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zu Art. 10 und Art. 17 EMRK unterworfen werden können. Dabei wirft er neben einzelnen Bezugnahmen auf den U. S. Supreme Court vergleichende Blicke vor allem auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) – namentlich auch auf den *Wunsiedel*-Beschluss von 2009.

## I. Einleitung

Die normative Ausgangslage nach dem Grundgesetz (GG) und nach der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) unterscheidet sich im Bereich von Hassrede und extremistischen Meinungsäußerungen erheblich, obwohl zwischen dem Schutz der Meinungsfreiheit nach beiden Grundrechtsordnungen ansonsten weitreichende Parallelen bestehen. Bedeutsam erscheinen vor allem zwei Unterschiede: Zum einen spielt die Frage der Allgemeinheit beschränkender Regelungen, anders als in Art. 5 Abs. 2 GG, in der weit gefassten Schranken-

klausele des Art. 10 Abs. 2 EMRK<sup>1</sup> jedenfalls deren Wortlaut nach keine Rolle. Das grundrechtsgeschichtlich so bedeutsame Gebot der Inhaltsneutralität von Eingriffen in die Meinungsfreiheit, das in den Vereinigten Staaten von Amerika einen Kernbestandteil der Redefreiheit bildet<sup>2</sup> und das in den "Sonderrechtselementen" der Definition der Allgemeinheit nach Art. 5 Abs. 2 GG durch das BVerfG seit jeher aufscheint,<sup>3</sup> findet in der Rechtsprechung des EGMR jedenfalls bislang kaum einen Niederschlag.<sup>4</sup> Zum anderen enthält die Konvention mit Art. 17 EMRK<sup>5</sup> eine Generalklausel zum Schutz vor einer Ausnutzung der Konventionsrechte für konventionsfeindliche

<sup>1</sup> Art. 10 Abs. 2 EMRK (deutsche Übersetzung): "Die Ausübung dieser Freiheiten ist mit Pflichten und Verantwortung verbunden; sie kann daher Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale Sicherheit, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung."

<sup>2</sup> Vgl. zu den Verboten der Inhalts- und Standpunktdiskriminierung nach dem ersten Zusatz der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika insbesondere *W. Brugger*, Verbot oder Schutz von Hassrede, AöR 128 (2003), 372 (381 f.), m. w. N. in Fn. 38); *Rosenberger v. University of Virginia*, 515 U.S. 819, 828-829 (1995) ("It is axiomatic that the government may not regulate speech based on its substantive content or the message it conveys. [...] Discrimination against speech because of its message is presumed to be unconstitutional. [...] When the government targets not subject matter but particular views taken by speakers on a subject, the violation of the First Amendment is all the more blatant. [...] Viewpoint discrimination is thus an egregious form of content discrimination."); *R. A. V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 387-390 (1992); *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 360-368 (2003).

<sup>3</sup> Vgl. stRspr. seit BVerfGE 7, 198 (209 f.) – *Lüth* (Gesetze, "die nicht eine Meinung als solche verbieten, sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten", dem Schutz eines "ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung" zu schützenden Rechtsguts dienen).

<sup>4</sup> Allerdings ist im *Kononov*-Urteil von 2008 die Frage, ob die Konvention es erlaubt bei der Beurteilung von Kriegsverbrechen im Rahmen des Rückwirkungsverbot auf den politischen Standpunkt abzustellen, von dem aus sie begangen wurden ("pro-Nazi" oder "anti-Nazi"), in anderem Kontext relevant geworden (EGMR, *Kononov v. Lettland*, Urteil vom 24.7.2008, nicht rechtskräftig – Entscheidung durch die Große Kammer steht aus); s. näher unten. Vgl. auch EGMR, *Bürgervereinigung Radko und Paunovski v. Mazedonien*, Urteil vom 15.1.2009, No. 74651/01, § 76 ("the Court points out that it is not in a position nor is it its role to take the side of any of the parties as to the correctness of the applicants' ideas") – zu einem Vereinigungsverbot. Alle Entscheidungen des EGMR sowie der Europäischen Kommission für Menschenrechte (EKMR) werden in diesem Beitrag, soweit nicht anders angegeben, nach der auf der Homepage des Gerichtshofs zugänglichen Fassung der HUDOC-Datenbank zitiert.

<sup>5</sup> Art. 17 EMRK (deutsche Übersetzung): "Diese Konvention ist nicht so auszulegen, als begründe sie für einen Staat, eine Gruppe oder eine Person das Recht, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung vorzunehmen ["to engage in any activity or perform any act"/"de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte"], die darauf abzielt, die in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten abzuschaffen oder sie stärker einzuschränken, als es in der Konvention vorgesehen ist."

Handlungen, die der EGMR auch auf die Meinungsfreiheit anwendet und tendenziell weit auslegt. Auch darin liegt ein wesentlicher Unterschied zur deutschen Verfassung. Diese konkretisiert den Gedanken der streitbaren Demokratie statt in einer derartigen Generalklausel in spezifischen Regelungen, insbesondere zur Verwirkung von Grundrechten (Art. 18 GG) sowie zu Vereins- und Parteiverboten (Art. 9 und Art. 21 GG), welche das BVerfG als grundsätzlich abschließend versteht.<sup>6</sup> Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden die Rechtsprechung des EGMR zu rassistischer Hassrede und sonstiger rechtsextremistischer Rede im Kontext des Art. 17 EMRK ausgewertet (II.) und seiner Rechtsprechung zu einigen anderen Bereichen politischer Rede gegenübergestellt werden (III.). Im Anschluss wird untersucht, ob sich an dem Befund eines deutlichen Kontrastes zwischen der Rechtsprechung von EGMR und BVerfG in diesem Bereich durch den *Wunsiedel*-Beschluss Grundlegendes geändert hat (IV.).

## II. Rechtsprechung des EGMR zur Beurteilung rassistischer und sonstiger rechtsextremistischer Meinungsäußerungen nach Art. 10 und 17 EMRK

Der EGMR gibt Art. 17 EMRK eine weite Auslegung, nach der diese Bestimmung grundsätzlich auch auf Meinungsäußerungen anwendbar ist. Auch wenn dies nach dem Wortlaut der Bestimmung keineswegs als zwingend erscheint, dürfte diese ständige Rechtsprechung als irreversibel anzusehen sein. Welche Auswirkungen die Anwendung des Art. 17 EMRK auf die Anwendbarkeit des Art. 10 EMRK hat, ist allerdings bislang alles andere als geklärt. Insbesondere ist unklar, ob bei Äußerungen, die Art. 17 EMRK unterfallen, eine Grundrechtsverletzung schon *per se* ausgeschlossen ist, weil Art. 17 EMRK bereits die Anwendung des Art. 10 EMRK ausschließt (Nichtanwendungsmodell), oder ob gleichwohl die Rechtfertigungsanforderungen von Art. 10 Abs. 2 EMRK zu wahren sind (Rechtfertigungsmodell).<sup>7</sup> Das betrifft zunächst die Voraussetzungen der gesetzlichen Anordnung (*prescribed by law*) und des legitimen Ziels (*legitimate aim*), aber auch

<sup>6</sup> Vgl. BVerfGE 111, 147 (158 f.).

<sup>7</sup> Vgl. für das Rechtfertigungsmodell eintretend etwa: *Y. Arai*, in: D. J. Harris/M. O'Boyle u. a., *Law of the European Convention on Human Rights*, 2. Aufl. 2009, Kapitel 11, 449 f. Zu dem davon wiederum zu unterscheidenden Ansatz, die Rechtfertigung anhand eines Konventionsrechtes unabhängig von Art. 17 EMRK zu überprüfen und allein auf das Ergebnis dieser Prüfung abzustellen ("absorption approach") vgl. m. Nw. aus der Spruchpraxis: *C. Flinterman*, in: P. van Dijk u. a. (Hrsg.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. Aufl. 2006, Kapitel 36, 1089 ff.

die Notwendigkeitsprüfung (necessary in a democratic society), namentlich etwa die Frage, ob der Gerichtshof in einem derartigen Fall, wie er es sonst im Bereich des Art. 10 EMRK regelmäßig zu tun pflegt, auch die Verhältnismäßigkeit der Strafhöhe überprüft.

## 1. Rechtsprechung der Europäischen Kommission für Menschenrechte zur Einordnung rechtsradikaler Äußerungen nach Art. 17 EMRK – Hintergrund für die heutige Rechtsprechung des EGMR

Die Aussagen des EGMR zu Art. 17 EMRK sind vor dem Hintergrund der vorangegangenen Spruchpraxis der Europäischen Kommission für Menschenrechte zu betrachten. In dieser war zunächst nicht deutlich, ob die Anwendung des Art. 17 EMRK zur Unanwendbarkeit des Art. 10 EMRK insgesamt führen sollte.

Die *Glimmerveen*-Entscheidung von 1979, nach der die Beschwerdeführer sich für ihre ausländerfeindlichen Äußerungen<sup>8</sup> „aufgrund“ der Bestimmung des Art. 17 EMRK auf Art. 10 EMRK „nicht berufen“ konnten,<sup>9</sup> konnte in diese Richtung gedeutet werden. In der Entscheidung *X. v. Deutschland* von 1982<sup>10</sup> hat die Kommission jedoch eine Verurteilung zur Unterlassung der Bezeichnung des Holocaust als zionistischer Schwindel an Art. 10 Abs. 2 EMRK gemessen und für gerechtfertigt erachtet, ohne auf Art. 17 EMRK einzugehen. In der *Kühnen*-Entscheidung von 1988 hat die

---

<sup>8</sup> In den Flugblättern, die bei dem Beschwerdeführer beschlagnahmt wurden und für deren auf Verteilung gerichteten Besitz er zu einer zweiwöchigen Haftstrafe verurteilt wurde, wurde von den Behörden gefordert, dafür zu sorgen, dass ausländische Arbeitnehmer die Niederlande zu verlassen hätten (“The truth is that the major part of our population since a long time has had enough of the presence in our country of hundreds of thousands of Surinamers, Turks and other so-called guest workers, who, moreover, are not at all needed here and that the authorities as servants of our people merely have to see to it that these undesired aliens leave our country as soon as possible”; “As soon as the Nederlandse Volks Unie will have gained political power in our country, it will put order into business and, to begin with will remove all Surinamers, Turks and other so-called guest workers from the Netherlands ...”); EKMR, *Glimmerveen und Hagenbeck v. Niederlande*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 11.10.1979, No. 8348/78 und No. 8406/78, DR 18, 187 (188 f.).

<sup>9</sup> “Consequently, the Commission finds that the applicants cannot, by reason of the provisions of Article 17 of the Convention, rely on Article 10 of the Convention”; EKMR, *Glimmerveen und Hagenbeck v. Niederlande* (Anm. 8), DR 18, 187 (196). Vgl. zuvor auch EKMR, *KPD v. Deutschland*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 20.7.1957 (französisch), Umdruck, Seite 5 (das Verbot der KPD betreffend).

<sup>10</sup> EKMR, *X. v. Deutschland*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 16.7.1982, No. 9235/81, DR 29, 194 (197-198).

Kommission dann der *Glimmerveen*-Entscheidung eine Interpretation gegeben, nach der sie mit der gleichzeitigen Prüfung grundrechtlicher Rechtfertigungsanforderungen durchaus vereinbar ist. Die Kommission hat dort einerseits unter Verweis auf *Glimmerveen* ausgeführt, Art. 17 EMRK schließe eine Berufung auf Art. 10 EMRK aus (“that the freedom of expression [...] may not be invoked in a sense contrary to Article 17”). Andererseits hat sie nicht nur einen Eingriff (“interference”) in das Recht bejaht (dies hatte bereits die *Glimmerveen*-Entscheidung getan), sondern zudem auch ausdrücklich geprüft, ob der Eingriff den Rechtfertigungsanforderungen des Art. 10 Abs. 2 EMRK genügt. Insbesondere hat die Kommission geprüft, ob der Eingriff auf gesetzlicher Grundlage erfolgte (“gesetzlich vorgesehen”; “prescribed by law”) und einem der in Art. 10 Abs. 2 EMRK genannten legitimen Eingriffszwecke (legitimate aim) diene. Erst im Rahmen der anschließenden Prüfung der Notwendigkeit des Eingriffs in einer demokratischen Gesellschaft (necessary in a democratic society) hat sie Art. 17 EMRK herangezogen.<sup>11</sup> Diesem in der *Kühnen*-Entscheidung entwickelten Prüfungsprogramm folgten etwa auch die folgenden in den 1990er Jah-

---

<sup>11</sup> EKMR, *Kühnen v. Deutschland*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 12.5.1988, No. 12194/86, DR 56, 205 ff. (Umdruck, 5: “As to the necessity of the measure within the meaning of Article 10 para. 2 [Art. 10-2] of the Convention the Commission refers further to Article 17 [Art. 17] of the Convention.”). Für die Abweisung der konkreten Beschwerde als unzulässig verwies die Kommission zum einen (ausführlicher im Rahmen der Prüfung des legitimen Ziels) darauf, dass die strafrechtliche Verurteilung (nach § 86 StGB), sich auf das aggressive Eintreten des Beschwerdeführers für eine Wiedereinführung der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei (NSDAP) und des Nationalsozialismus stützte (“the Commission notes the judgment [...] according to which the applicant’s publications aggressively advocated the reinstatement of the NSDAP and of national socialism and with it the state of violence and illegality which existed in Germany between 1933 and 1945”). Zum anderen verwies sie auf die von dem Strafgericht festgestellte Eignung der Publikationen des Beschwerdeführers, antisemitische Haltungen wiederzubeleben (“The [...] Court also found that the applicant’s publications could revive antisemitic sentiments, inter alia, as they depreciated Zionism and emphasised pride of race. The Commission accordingly considers that the applicant’s policy clearly contains elements of racial and religious discrimination.”).

Vgl. ebenfalls den Rechtfertigungsansatz verfolgend: EKMR, *Ochensberger v. Österreich*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 2.9.1994, No. 21318/93 (zu dem dortigen Inhalt der Äußerungen: “the Commission particularly notes the findings [...] that the applicant’s publications incited the reader to racial hatred, antisemitism and xenophobia”); EKMR, *H., W., P. und K. v. Österreich*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 12.10.1989, No. 12774/87 (“The prohibition against activities involving expression of National Socialist ideas is [...] covered by Article 10 para. 2 [Art. 10-2] of the Convention.”; siehe allerdings dort auch die zu Art. 17 EMRK getroffene Aussage: “The Commission notes that National Socialism is a totalitarian doctrine incompatible with democracy and human rights and that its adherents undoubtedly pursue aims of the kind referred to in Article 17 (Art. 17).”).

ren ergangenen Kommissionsentscheidungen zur Holocaust-Leugnung: *F. P., Walendy, Remer, Honsik, NPD, Rebhandl* und *Marais*.<sup>12</sup>

Das BVerfG entwickelte seine Rechtsprechung zur Holocaust-Leugnung gleichsam im Dialog mit der Kommission. In der Kammerentscheidung von 1992, die zu der *Walendy*-Entscheidung führte, hatte es festgehalten, dass die Holocaust-Leugnung als erwiesen unwahre Tatsachenbehauptung nicht dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit unterfalle.<sup>13</sup> Es bekräftigte diesen Standpunkt in dem Senatsbeschluss von 1994 zur Holocaust-Leugnung, der wiederum dem *NPD*-Beschluss der Kommission vorausging.<sup>14</sup> Häufig übersehen wird allerdings, dass gerade dieser Senatsbeschluss ausdrücklich die Möglichkeit offen hält, dass auch erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen wie die Holocaust-Leugnung über die Brücke der Werturteile, also soweit sie die Voraussetzung für solche bilden, in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit gelangen können.<sup>15</sup> Die Kommission ließ die Entscheidungen des BVerfG unbeanstandet, behandelte dabei jedoch die entsprechenden staatlichen Maßnahmen als Eingriffe in das Konventionsrecht, deren Rechtfertigung sie dann freilich ohne Umschweife bejahte.

---

<sup>12</sup> EKMR, *F. P. v. Deutschland*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 29.3.1993, No. 19459/92; EKMR, *Walendy v. Deutschland*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 11.1.1995, No. 21128/92; EKMR, *Remer v. Deutschland*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 6.9.1995, No. 25096/94; EKMR, *Honsik v. Österreich*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 18.10.1995, No. 25062/94, DR 83-A, 77; EKMR, *Nationaldemokratische Partei Deutschlands v. Deutschland*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 29.11.1995, No. 25992/94; EKMR, *Rebhandl v. Österreich*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 16.1.1996, No. 24398/94; EKMR, *Marais v. Frankreich*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 24.6.1996, No. 31159/96.

<sup>13</sup> BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 9.6.1992 – 1 BvR 824/90 –, Rn. 12, 14, 17; vgl. auch den am selben Tag ergangenen Beschluss derselben Kammer – 1 BvR 977/91 – sowie bereits die Entscheidung des BVerfG von 1982, die der Kommissionsentscheidung in der Sache *X. v. Deutschland* vorausging (siehe die Wiedergabe des Entscheidungsinhalts in: EKMR, *X. v. Deutschland* [Anm. 10], DR 29, 194 [196] [“The applicant then filed a constitutional complaint invoking in particular his freedom of expression under Article 5, paragraph 1 of the Basic Law. However, on ... March 1980 a three judge panel of the Federal Constitutional Court rejected his constitutional complaint as inadmissible. It considered that the Federal Court of Justice had rightly come to the conclusion that the incriminated statements were untrue. They therefore did not enjoy the protection of Article 5, paragraph 1.”]).

<sup>14</sup> BVerfGE 90, 241 (249).

<sup>15</sup> Vgl. BVerfGE 90, 241 (249 ff., insbes. 250): “Aber auch wenn man die Äußerung [...] nicht für sich nimmt, sondern im Zusammenhang mit dem Thema der Versammlung betrachtet und sie insoweit als Voraussetzung für die Meinungsbildung zur ‘Erpreßbarkeit’ der deutschen Politik ansieht, halten die angegriffenen Entscheidungen einer verfassungsrechtlichen Nachprüfung stand. Die untersagte Äußerung genießt dann zwar den Schutz des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG. Doch ist ihre Einschränkung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.”

## 2. *Jersild*-Urteil (1994) (Journalisten-Interview mit Rechtsextremen)

Das *Jersild*-Urteil von 1994 betraf die strafrechtliche Verurteilung eines Journalisten für ein Fernsehinterview mit einer Gruppe junger Rechtsradikaler, in dem diese sich rassistisch geäußert hatten. Die Große Kammer unterschied zwischen der Berichterstattung des Journalisten und den Äußerungen der Rechtsradikalen selbst. Sie stellte fest, dass die Verurteilung des Journalisten gegen Art. 10 EMRK verstoße. Sie führte jedoch (*obiter dictum*) auch aus, keinen Zweifel könne es daran geben, dass die Äußerungen der Rechtsradikalen selbst nicht von Art. 10 EMRK geschützt seien.<sup>16</sup> Art. 17 EMRK wird nicht ausdrücklich genannt; der Gerichtshof zitiert jedoch die *Kühnen*-Entscheidung und die *Glimmerveen*-Entscheidung der Kommission, in denen diese auf Art. 17 EMRK abgestellt hatte.

Die Verurteilung der Rechtsradikalen beruhte auf herabsetzenden Äußerungen über Menschen schwarzer Hautfarbe sowie über Gruppen ausländischer Arbeiter in Dänemark.<sup>17</sup> Der Gerichtshof betonte in seiner Entschei-

<sup>16</sup> EGMR, *Jersild v. Dänemark*, 23.09.1994, Series A, No. 298, § 35.

Die Verurteilungen beruhten auf Art. 266 lit. b des dänischen Strafgesetzbuches (vgl. § 19): “Any person who, publicly or with the intention of disseminating it to a wide circle (“videre kreds”) of people, makes a statement, or other communication, threatening, insulting or degrading a group of persons on account of their race, colour, national or ethnic origin or belief shall be liable to a fine or to simple detention or to imprisonment for a term not exceeding two years.”

Vgl. NStZ 1995, 237 (238) (“Die Anklage stützte sich auf Art. 266 lit. b des dänischen Strafgesetzbuchs, wonach mit Geldstrafe, einfacher Haft oder Freiheitsstrafe nicht über 2 Jahre bestraft wird, wer öffentlich oder mit der Absicht, sie einem weiteren Personenkreis zugänglich zu machen, eine Äußerung abgibt oder sonst eine Mitteilung macht, die eine Personengruppe wegen ihrer Rasse, Hautfarbe, nationalen oder ethnischen Herkunft oder ihres Glaubens bedroht, beleidigt oder herabwürdigt.”).

<sup>17</sup> Vgl. die Übersetzung in: NStZ 1995, 237 (238):

- “Die amerikanischen Nordstaaten wollten, daß die Niggers freie Menschen sein sollten. Oh Mann, das sind keine Menschen, das sind Tiere.”

- “Du brauchst nur ein Bild von einem Gorilla zu nehmen, Mann, und dann einen Nigger anzuschauen – derselbe Körperbau, alles gleich, flache Stirn und so weiter.”

- “Ein Nigger ist kein Mensch, er ist ein Tier, das gilt für alle anderen ausländischen Arbeiter genauso, für Türken, Jugoslawen und wie sie alle heißen.”

- “Es ist nun einmal so, daß die ‘Perkere’ (dänisches Schimpfwort für ausländische Arbeiter) sind, und eben das wollen wir nicht, klar, und wir wollen auch nicht ihre Mentalität [...] Was wir nicht schätzen, ist, daß sie überall in dieser Zimbabwe-Kleidung herumlaufen und diese Hula-hula-Sprache auf der Straße sprechen.”

- “Es sind Drogen, die sie verkaufen, oh Mann, die Hälfte der Insassen des Vestre-Gefängnisses sitzt da wegen Drogen. Das sind Leute, die ihre Zeit mit Drogenhandel verbringen.”

- “Alle diese ‘Perkere’ sitzen dort wegen Drogen.”

derung, dass er sich “der überragenden Bedeutung des Kampfes gegen Rassendiskriminierung in allen Formen und Begehungsweisen bewusst sei”.<sup>18</sup> Er verwies auf das UN-Übereinkommen gegen Rassendiskriminierung von 1966, dessen Ziele und Zwecke dementsprechend von großem Gewicht für die Entscheidung seien, ob die Verurteilung des Beschwerdeführers “notwendig” im Sinne des Art. 10 Abs. 2 EMRK gewesen sei.

Eine Bestrafung derartiger rassistischer Äußerungen dürfte auch vor Art. 5 Abs. 1 GG jedenfalls dann Bestand haben können, wenn sie auf der Grundlage eines allgemeinen Gesetzes nach Art. 5 Abs. 2 GG erfolgt und die Äußerungen sich als Verletzung des individuellen Persönlichkeitsrechts aller Mitglieder bestimmter Gruppen in Dänemark ansässiger ausländischer Arbeiter unter einer Sammelbezeichnung darstellen. Soweit sich die Äußerungen ihrem Wortlaut nach auf *alle* Menschen schwarzer Hautfarbe beziehen, stellt sich hingegen nach dem Grundgesetz das Problem, dass die persönliche Betroffenheit des einzelnen Mitglieds einer Gruppe umso schwächer wird, je größer das Kollektiv ist, auf das sich eine herabsetzende Äußerung bezieht.<sup>19</sup> Aufgrund der Unüberschaubarkeit der Gruppe aller Menschen schwarzer Hautfarbe wird eine individuelle Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigung und damit das Vorliegen eines hinreichend gewichtigen rechtfertigenden Rechtsguts fraglich. Die Äußerungen könnten dann vielmehr als Ausdruck eines politischen Standpunkts anzusehen sein, der die gleiche Menschenwürde aller aus rassistischen Gründen bestreitet. Dies ist ein Standpunkt, der den Wertungen des Grundgesetzes zwar inhaltlich diametral zuwiderläuft – dessen Äußerung die Verfassung jedoch möglicherweise gleichwohl schützt, solange dadurch nicht in allgemeiner Weise geschützte Rechtsgüter, wie das Persönlichkeitsrecht, konkret beeinträchtigt werden.<sup>20</sup>

### 3. *Lehideux* und *Isorni*-Urteil (1998) (Zeitungsanzeige in Verteidigung des Marschalls *Pétain*)

Von besonderer Bedeutung für den vorliegenden Zusammenhang ist das *Lehideux*-Urteil des EGMR von 1998. Das Urteil der Großen Kammer be-

<sup>18</sup> EGMR, *Jersild* (Anm. 16), § 30.

<sup>19</sup> Vgl. BVerfGE 93, 266 (300 f.) (für die Beleidigung).

<sup>20</sup> Vgl. BVerfGE 113, 63 (82) (“Kritik an der Verfassung und ihren wesentlichen Elementen” ist ebenso erlaubt wie “die Äußerung der Forderung, tragende Bestandteile der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zu ändern”); BVerfGE 111, 147 (159) (Ermächtigungen zur Beschränkung grundrechtlicher Freiheiten knüpfen nicht an die Gesinnung, sondern an Bedrohungen für Rechtsgüter an, die aus konkretem Verhalten folgen).

traf strafrechtliche Verurteilungen der beiden Beschwerdeführer wegen einer ganzseitigen Anzeige in der Tageszeitung *Le Monde*. Die Beschwerdeführer wurden aufgrund der Anzeige wegen "öffentlicher Verteidigung der Verbrechen der Kollaboration mit dem Feind" verurteilt.<sup>21</sup> Die Anzeige wurde von der "Vereinigung für die Verteidigung des Andenkens von Marschall *Pétain*" und der "Nationalen *Pétain*-Verdun Vereinigung" initiiert. Sie bewertete die Rolle des Marschalls *Pétain* im *Vichy*-Regime positiv im Sinne der sog. "Doppelspiel-Theorie". Es wurde unter anderem ausgeführt, *Pétain* habe die Franzosen vor deutscher Übermacht und Barbarei beschützt und sein Möglichstes getan, um sein Land zu retten.

**a) Weit gefasste *obiter dicta* über "Leugnung oder Revision klar etablierter historischer Tatsachen" und "Rechtfertigung einer Pro-Nazi-Politik"**

Im *Lehideux*-Urteil ging der EGMR zum einen *obiter dictum* davon aus, dass es eine "Kategorie klar etablierter historischer Tatsachen – wie den Holocaust –" gebe, deren "Leugnung oder Revision" durch Art. 17 EMRK dem Schutz des Art. 10 EMRK entzogen werde ("removed from the protection of Article 10 by Article 17").<sup>22</sup> Zum anderen führte der Gerichtshof, insoweit ohne ausdrückliche Nennung des Art. 17 EMRK, aber unter Verweis auf das *Jersild*-Urteil aus, es gebe "keinen Zweifel", dass die "Rechtfertigung einer Pro-Nazi-Politik, wie jede andere Bemerkung, die sich gegen die der Konvention zugrunde liegenden Werte richte", nicht den Schutz des Art. 10 EMRK genießen dürfe.<sup>23</sup>

Das Verhältnis dieser beiden Kategorien (Kategorie klar etablierter historischer Tatsachen und Kategorie der "gegen die Werte der Konvention gerichteten" Aussagen, insbesondere der "Rechtfertigung einer Pro-Nazi-

<sup>21</sup> Art. 24 des französischen Gesetzes über die Pressefreiheit von 1881 (EGMR, *Jersild* [Anm. 16], § 30) ("section 24 provided that 'anyone who, by one of the means set out in section 23, has made a public defence of [...] the crimes of collaboration with the enemy' was to be liable to one to five years' imprisonment and a fine of from three hundred to three hundred thousand francs").

<sup>22</sup> *Lehideux und Isorni v. Frankreich*, 23.9.1998, Reports of Judgements and Decisions 1998-VII EGMR, 2864, § 47 ("category of clearly established historical facts – such as the Holocaust – whose negation or revision would be removed from the protection of Article 10 by Article 17").

<sup>23</sup> EGMR, *Lehideux* (Anm. 22), § 53: "There is no doubt that, like any other remark directed against the Convention's underlying values (see, mutatis mutandis, the *Jersild v. Denmark* judgment of 23 September 1994, Series A no. 298, p. 25, § 35), the justification of a pro-Nazi policy could not be allowed to enjoy the protection afforded by Article 10."

Politik“) zu Art. 10 EMRK kann nicht als geklärt gelten. Zwar klingt insbesondere die Aussage des Gerichtshofs, die “Leugnung oder Revision” der klar etablierten Tatsachen werde durch Art. 17 EMRK dem Schutz des Art. 10 EMRK entzogen, für deutsche Ohren zunächst deutlich so, als wolle die Große Kammer hier, anders als die Kommission, die Holocaust-Leugnung *per se* vom grundrechtlichen Schutz ausnehmen, also zumindest für diese Kategorie von Tatsachen dem Ansatz des BVerfG folgen, welches dies zumindest grundsätzlich<sup>24</sup> für erwiesen unwahre Tatsachenbehauptungen annimmt. Diese Schlussfolgerung ist jedoch keineswegs so eindeutig, wenn man die zahlreichen vorangehenden Kommissionsentscheidungen betrachtet, in denen trotz einer vergleichbaren Formulierung zu Art. 17 EMRK gleichwohl stets eine Rechtfertigungsprüfung vorgenommen wurde. Wie stets ist bei der Übertragung gewohnter Kategorien der deutschen Grundrechtsdogmatik auf den Konventionskontext Vorsicht angezeigt.

Dem entspricht es, wenn der Gerichtshof im *Lehideux*-Urteil eingangs, unter Verweis auf sein Urteil zur *Vereinigten Kommunistischen Partei der Türkei* (1998) festhält, er werde über die Anwendung des Art. 17 “im Lichte aller Umstände des Falles entscheiden” und dementsprechend mit der Prüfung des Art. 10 EMRK beginnen, dessen Anforderungen allerdings im Lichte von Art. 17 EMRK ermitteln.<sup>25</sup> Im Anschluss an die ausführliche Prüfung des Art. 10 EMRK stellte er schließlich fest, da er zu dem Ergebnis eines Verstoßes gegen Art. 10 EMRK gelangt sei, halte er es für “nicht angemessen” (“not appropriate”), Art. 17 EMRK anzuwenden.<sup>26</sup> In dem *Lehideux*-Urteil kam es auf die Frage, ob die Kategorie der “Leugnung klar

<sup>24</sup> Vgl. zum möglichen Schutz auch erwiesen unwahrer Tatsachenbehauptungen, wenn sie Voraussetzung von Werturteilen sind, Anm. 15.

<sup>25</sup> EGMR, *Lehideux* (Anm. 22), § 38: “The Court will rule on the application of Article 17 in the light of all the circumstances of the case. It will accordingly begin by considering the question of compliance with Article 10, whose requirements it will however assess in the light of Article 17 (see, mutatis mutandis, the *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey* judgment of 30 January 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I, p. 18, § 32)”; vgl. das zitierte Urteil *Vereinigte Kommunistische Partei der Türkei u.a. v. Türkei*, Reports of Judgments and Decisions, EGMR 1998-I, 1, § 32: “It does not, however, follow that the authorities of a State in which an association, through its activities, jeopardises that State’s institutions are deprived of the right to protect those institutions. In this connection, the Court points out that it has previously held that some compromise between the requirements of defending democratic society and individual rights is inherent in the system of the Convention (see, mutatis mutandis, the *Klass and Others v. Germany* judgment of 6 September 1978, Series A no. 28, p. 28, § 59). For there to be a compromise of that sort any intervention by the authorities must be in accordance with paragraph 2 of Article 11, which the Court considers below (see paragraphs 37 et seq.). *Only when that review is complete will the Court be in a position to decide, in the light of all the circumstances of the case, whether Article 17 of the Convention should be applied.*” (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>26</sup> EGMR, *Lehideux* (Anm. 22), § 58.

etablierter historischer Tatsachen” dem Nichtanwendungsmodell oder dem Rechtfertigungsmodell unterfällt, letztlich nicht an, weil die Äußerungen, für welche die Beschwerdeführer belangt worden waren, danach nicht unter jene Kategorie fielen. Die Große Kammer musste sich daher der Frage nicht stellen, ob die Beschränkung von Äußerungen, die dieser Kategorie unterfallen, gleichwohl den Rechtfertigungsanforderungen von Art. 10 Abs. 2 EMRK genügen muss. Wie die nachfolgenden Sektionsentscheidungen zeigen, sind unterschiedliche Deutungen des Urteils möglich. Dabei sind jene Entscheidungen unbeachtlich, in denen die *Lehideux*-Formel lediglich in weiteren *obiter dicta* wiederholt wurde.<sup>27</sup> Unter den nachfolgenden Sektionsentscheidungen, die tragend darauf abgestellt haben, dass die Äußerungen des jeweiligen Beschwerdeführers unter die *Lehideux*-Kategorie von Leugnungen fielen, finden sich jedoch, wie zu zeigen, sowohl solche, die Art. 17 EMRK im Rahmen der Rechtfertigung prüfen (Rechtfertigungsmodell), als auch solche, die dem Nichtanwendungsmodell zu folgen scheinen.

### b) Entscheidungstragendes “distinguishing”

Die beiden *obiter dicta* zum fehlenden Schutz rechtsradikaler Rede, insbesondere auch das zweite, sehr weitreichend formulierte *obiter dictum* zur “Rechtfertigung von Pro-Nazi-Politik”, stehen in einem Kontrast zu der Beurteilung des konkreten Falls durch den Gerichtshof, der letztlich keine der beiden Kategorien als gegeben ansah. Stattdessen stellte die Große Kammer mit fünfzehn gegen sechs Stimmen fest, dass die Meinungsfreiheit der Beschwerdeführer aus Art. 10 EMRK verletzt worden sei.

Der Gerichtshof führte zunächst aus, dass die Historikerdebatte über die (allerdings inzwischen allgemein abgelehnte) “Doppelspiel-Theorie” nicht zu der genannten “Kategorie klar etablierter historischer Tatsachen” gehöre.<sup>28</sup> Es habe nicht den Anschein, als hätten die Beschwerdeführer versucht, zu leugnen oder revidieren, was sie selbst als “Nazi-Verbrechen und Verfolgungen” oder “deutsche Omnipotenz und Barbarei” bezeichnet hätten.<sup>29</sup> Unter anderem unter Verweis auf diese Distanzierungen grenzte der Gerichtshof die Anzeige auch von der Fallgruppe der “Rechtfertigung einer Pro-Nazi-Politik” ab. Die Beschwerdeführer hätten im vorliegenden Fall

<sup>27</sup> *Chawvy v. Frankreich*, Reports of Judgements and Decisions, 2004-VII, 205, § 69; *Giniewski v. Frankreich*, Reports of Judgements and Decisions, 2006-I, 277, § 52; EGMR, *Palusinski v. Polen*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 3.10.2006, No. 62414/00, Umdruck, 8 f.

<sup>28</sup> EGMR, *Chawvy v. Frankreich* (Anm. 27), § 69; EGMR, *Giniewski v. Frankreich* (Anm. 27), § 52; EGMR, *Palusinski v. Polen* (Anm. 27), Umdruck, 8.

<sup>29</sup> EGMR, *Lehideux* (Anm. 22), § 48.

ausdrücklich ihre Ablehnung der “Nazi-Verbrechen und Verfolgungen” sowie der “deutschen Omnipotenz und Barbarei” bekundet. Sie hätten “nicht so sehr eine Politik verherrlicht als vielmehr eine Person” – *Pétain* –, und zwar zu einem Zweck, nämlich der Aufhebung seiner Verurteilung, deren Legitimität, wenn auch nicht diejenige der zu seiner Verfolgung eingesetzten Mittel, das Appellationsgericht anerkannt habe.<sup>30</sup>

Von besonderem Interesse mit Blick auf die deutsche Debatte über § 130 Abs. 4 StGB und die Verherrlichung der Person von *Rudolf Hess* sind auch die weiteren Ausführungen des Gerichtshofs zu der Frage der Beteiligung *Pétains* an der Deportation französischer Juden in die Konzentrationslager. Den Beschwerdeführern war vorgehalten worden, in der Anzeige fehle es an einer Distanzierung von den “kunstvoll verhüllten Tatsachen” der Unterstützung des “auf Rassismus basierenden *Hitlerschen* Regimes” durch Marschall *Pétain*, namentlich durch das “Gesetz betreffend die Fremden jüdischer Rasse”, welches *Pétain* im Jahr 1940 unterzeichnet hatte.<sup>31</sup> Der Gerichtshof stellte dazu fest, die vorgeworfenen Auslassungen beträfen keine folgenlosen Ereignisse, sondern stünden in einer direkten Verbindung zum Holocaust.<sup>32</sup> Die Autoren hätten zwar auf die “Nazi-Barbarei” verwiesen, jedoch zugegebenermaßen ohne anzudeuten, dass *Pétain* zu dieser wesentlich beigetragen habe, insbesondere durch seine Verantwortung für die Verfolgung und Deportation zehntausender Juden in die Todeslager.<sup>33</sup> Das Gewicht dieser Tatsachen, welche Verbrechen gegen die Menschlichkeit konstituierten, erhöhe das Gewicht jedes Versuches, sie zu verschleiern.<sup>34</sup>

Jedoch müsse das Verschweigen dieser Tatsachen in dem Text, auch wenn es moralisch verwerflich sei, im Lichte einer Reihe von weiteren Umständen des Falles beurteilt werden.<sup>35</sup> Der Gerichtshof verwies namentlich darauf, dass die maßgeblichen Ereignisse mehr als vierzig Jahre zurücklägen.<sup>36</sup> Auch wenn derartige Bemerkungen stets geeignet seien, die Kontroverse wieder zu eröffnen und Erinnerungen an vergangene Leiden wachzurufen, lasse es der Zeitablauf unangemessen werden, nach Ablauf von vierzig Jahren mit derselben Strenge mit ihnen umzugehen, wie zehn oder zwanzig

---

<sup>30</sup> EGMR, *Lehideux* (Anm. 22), § 53: “Thus they were not so much praising a policy as a man, and doing so for a purpose – namely securing revision of Philippe Pétain’s conviction – whose pertinence and legitimacy at least, if not the means employed to achieve it, were recognised by the Court of Appeal.”

<sup>31</sup> EGMR, *Lehideux* (Anm. 22), §§ 21, 49.

<sup>32</sup> EGMR, *Lehideux* (Anm. 22), § 54.

<sup>33</sup> EGMR, *Lehideux* (Anm. 22), § 54.

<sup>34</sup> EGMR, *Lehideux* (Anm. 22), § 54.

<sup>35</sup> EGMR, *Lehideux* (Anm. 22), § 54.

<sup>36</sup> EGMR, *Lehideux* (Anm. 22), § 55.

Jahre zuvor.<sup>37</sup> Der Gerichtshof wiederholte an dieser Stelle seine in ständiger Rechtsprechung getroffene Aussage, dass die Meinungsfreiheit, in den Grenzen des Art. 10 Abs. 2 EMRK, nicht nur “Informationen” oder “Ideen” umfasse, die günstig aufgenommen oder als unbedenklich oder mit Gleichgültigkeit betrachtet werden, sondern auch solche, die kränken, schockieren oder verstören (“offend, shock or disturb”); dies seien die Gebote des Pluralismus, der Toleranz und Aufgeschlossenheit, ohne die es keine “demokratische Gesellschaft” gebe.<sup>38</sup> Hervorhebenswert ist auch der Hinweis des Gerichtshofs darauf, dass die betroffene Veröffentlichung von nicht verbotenen Vereinigungen ausgehe. Die Anzeige korrespondiere unmittelbar mit dem Ziel der Vereinigungen, welche sie produziert hätten – der “Vereinigung für die Verteidigung des Andenkens von Marschall Pétain” und der “Nationalen Pétain-Verdun Vereinigung”.<sup>39</sup> Diese Vereinigungen seien rechtmäßig entstanden und gegen sie seien keine Verfahren wegen der Verfolgung ihrer Ziele eingeleitet worden.<sup>40</sup>

#### 4. Restriktive Unzulässigkeitsentscheidungen der Sektionen

Nicht die im Ergebnis eher anspruchsvolle Prüfung der konkreten Meinungsäußerungen im Fall *Lehideux*, sondern die *obiter dicta* zulasten rechtsextremer Meinungsäußerungen stehen allerdings in nachfolgenden Sektionsentscheidungen des Gerichtshofs im Vordergrund, in denen diese *obiter dicta* entscheidungstragend für die Unzulässigerklärung der Individualbeschwerden wurden.

##### a) *Witzsch (No. 1) (1999) (Holocaust-Leugnung)*

Der Fall *Witzsch (No. 1) (1999)* betraf Holocaust-Leugnungen, aufgrund derer der Beschwerdeführer wegen Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener (§ 189 StGB) verurteilt worden war. Der Gerichtshof stützte die Zurückweisung der Beschwerde als unzulässig auf die erste *Lehideux*-Kategorie der klar etablierten historischen Tatsachen, wobei er im Hinblick auf das Verhältnis zu Art. 17 EMRK dem Rechtfertigungsmodell folgte. Der Gerichtshof prüfte zunächst, ob ein Eingriff vorliegt und ob dieser gesetz-

<sup>37</sup> EGMR, *Lehideux* (Anm. 22), § 56.

<sup>38</sup> EGMR, *Lehideux* (Anm. 22), § 55.

<sup>39</sup> EGMR, *Lehideux* (Anm. 22), § 56.

<sup>40</sup> EGMR, *Lehideux* (Anm. 22), § 56.

lich vorgeschrieben ist und einem legitimen Ziel dient.<sup>41</sup> Erst innerhalb der Notwendigkeitsprüfung erwähnt der Gerichtshof Art. 17 EMRK und die Formel aus *Lehideux*, um “vor diesem Hintergrund” festzuhalten, dass das öffentliche Interesse an der Verhütung von Straftaten und von Ordnungsstörungen durch verletzendes Äußerungen über den Holocaust sowie die Erfordernisse des Schutzes der Interessen der Opfer des Nazi-Regimes in einer demokratischen Gesellschaft die Freiheit des Beschwerdeführers überwiege, seine die Existenz von Gaskammern und den Massenmord in ihnen verleugnenden Ansichten zu äußern.<sup>42</sup> Dies seien relevante und hinreichende Gründe für die Verurteilung des Beschwerdeführers gewesen. Der Eingriff habe daher als notwendig in einer demokratischen Gesellschaft angesehen werden können.

#### b) *Schimanek* (2000) (österreichisches Verbot nationalsozialistischer Wiederbetätigung konventionskonform)

Anders als in den Fällen *Jersild* und *Lehideux* bildete der Verweis auf Art. 17 EMRK für die *Schimanek*-Entscheidung<sup>43</sup> einen tragenden Grund für die Zurückweisung der Beschwerde als wegen offensichtlicher Unbegründetheit unzulässig. Die Entscheidung geht, ohne *Jersild* oder *Lehideux* zu zitieren, von einer entsprechend weiten Auslegung des Art. 17 EMRK aus, wobei hier ein Eingriff in Art. 10 EMRK ausdrücklich bejaht und im Rahmen von dessen Rechtfertigung Art. 17 EMRK angesprochen wird (Rechtfertigungsmodell).

Der Beschwerdeführer war wegen nationalsozialistischer Wiederbetätigung gemäß § 3a Abs. 2 des Verbotsgesetzes 1947<sup>44</sup> zu acht Jahren Freiheits-

<sup>41</sup> EGMR, *Witzsch v. Deutschland*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 20.4.1990, No. 41448/98, Umdruck, 4.

<sup>42</sup> EGMR, *Witzsch* (Anm. 41), Umdruck, 5.

<sup>43</sup> EGMR, *Schimanek v. Österreich*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 1.2.2000, No. 32307/96 (deutsche Übersetzung [Auszug]: ÖJZ 2000, 817 f.).

<sup>44</sup> § 3 lit. a Verbotsgesetz 1947 vom 6.2.1947 (BGBl. Nr. 25/47):

“Eines Verbrechens macht sich schuldig und wird mit Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren, bei besonderer Gefährlichkeit des Täters oder der Betätigung auch mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft: ...

2. wer eine Verbindung gründet, deren Zweck es ist, durch Betätigung ihrer Mitglieder im nationalsozialistischen Sinn die Selbständigkeit und Unabhängigkeit der Republik Österreich zu untergraben oder die öffentliche Ruhe und den Wiederaufbau Österreichs zu stören, oder wer sich in einer Verbindung dieser Art führend betätigt; ...”

In der in der Entscheidung des EGMR verwendeten Übersetzung:

strafe verurteilt worden. Nach den Feststellungen der Jury hatte er als Anführer einer rechtsradikalen Kameradschaft neue Mitglieder rekrutiert und Veranstaltungen abgehalten, bei denen die Mitglieder mit einer Geschichtsdeutung vertraut gemacht wurden, welche die Führer des Dritten Reiches, seine Armee, SA und SS verherrlichte und den Holocaust leugnete. Ferner hatte er danach paramilitärische "Wehrsportübungen" der Gruppierung "Volkstreue Außerparlamentarische Opposition" (VAPO) mit dem Ziel organisiert, die Teilnehmer taktisch auf gewaltsame Auseinandersetzungen vorzubereiten und ein Militärkader zu schaffen, welches, zur Not mit Gewalt, die Ziele der VAPO würde durchsetzen können, nämlich die Ergreifung der Macht in Österreich und dessen Eingliederung in ein "Großdeutschland".<sup>45</sup>

Die Sektion bejahte zunächst ausdrücklich einen Eingriff in Art. 10 EMRK und stellte fest, dass dieser auf einer ausreichend präzisen rechtlichen Grundlage beruhe. Sowohl was das legitime Ziel als auch was die Notwendigkeit des Eingriffs betreffe, verwies der Gerichtshof auf die Kommissionsentscheidung *H. u.a. v. Österreich* von 1989, wonach das Verbot von Aktivitäten, die den Ausdruck nationalsozialistischer Ideen beinhalten ("prohibition against activities involving expression of National Socialist ideas") mit Blick auf die historische Vergangenheit, die den unmittelbaren Hintergrund für die Konvention selbst bilde, als notwendig in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen Sicherheit und der territorialen Integrität sowie zur Verhütung von Verbrechen gerechtfertigt werden könne und von Art. 10 Abs. 2 EMRK gedeckt sei.<sup>46</sup>

Im Anschluss daran führt der Gerichtshof dann aus, er verweise auch auf Art. 17 EMRK. Die Europäische Kommission für Menschenrechte habe in

---

"The following persons shall be guilty of a criminal offence and shall be liable to ten to twenty years' imprisonment or, in the event that the perpetrator or the activity is deemed to be particularly dangerous, life imprisonment:

1. [...]

2. Whosoever finds an association whose purpose, through its members' activities inspired by National Socialist ideas, is to undermine the autonomy and independence of the Austrian Republic or to subvert public order and the reconstruction of Austria, or plays a leading role in an association of that kind."

<sup>45</sup> EGMR, *Schimanek* (Anm. 43), Umdruck, 2 f.

<sup>46</sup> EGMR, *Schimanek* (Anm. 43), Umdruck, 7, unter Verweis auf EKMR, *H., W., P. und K. v. Österreich*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 12.10.1989, No. 12774/87 (dort: Umdruck, 4). Letztere Entscheidung betraf § 3 lit. g Abs. 1 des Verbotsgesetzes 1947 (vgl. EKMR, *H., W., P. und K. v. Österreich*, Umdruck, 2): "Wer sich auf andere als in den §§3a bis 3f bezeichnete Weise im nationalsozialistischen Sinne betätigt, wird, sofern die Tat nicht nach einer anderen Bestimmung strenger strafbar ist, mit Freiheitsstrafe von 5 bis 10 Jahren, bei besonderer Gefährlichkeit des Täters oder der Betätigung bis zu 20 Jahren bestraft. Auch kann auf Vermögensverfall erkannt werden."

verschiedenen ähnlichen Fällen festgestellt, dass die Meinungsfreiheit nicht in einem Sinne geltend gemacht werden könne, der Art. 17 EMRK zuwiderlaufe.<sup>47</sup> Was § 3a Abs. 2 Verbotsgesetz 1947 betreffe, so verbiete dieser die Gründung einer Vereinigung oder die führende Betätigung in einer solchen, deren Zweck es sei, durch Betätigung ihrer Mitglieder im nationalsozialistischen Sinn (“activities inspired by National Socialist ideas”) die Selbständigkeit und Unabhängigkeit der Republik Österreich zu untergraben oder die öffentliche Ruhe und den Wiederaufbau Österreichs zu stören. Der Beschwerdeführer sei für schuldig befunden worden, eine führende Position in einer solchen Gruppe innegehabt zu haben. Der Nationalsozialismus sei eine totalitäre Doktrin, die mit Demokratie und Menschenrechten unvereinbar sei und deren Anhänger unzweifelhaft Ziele von der Art verfolgten, wie sie in Art. 17 EMRK angesprochen würden.<sup>48</sup> Unter diesen Umständen gelange der Gerichtshof zu der Schlussfolgerung, dass aus Art. 17 EMRK folge, dass die Verurteilung des Beschwerdeführers notwendig in einer demokratischen Gesellschaft im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK gewesen sei.<sup>49</sup>

**c) *Garaudy* (2003) (Buch “Gründungsmythen der israelischen Politik”)**

Im Fall *Garaudy*<sup>50</sup> war der Beschwerdeführer für verschiedene Passagen zweier Auflagen eines Buches mit dem Titel “Die Gründungsmythen der israelischen Politik” strafrechtlich verurteilt worden. Bei der Prüfung der Beschwerde differenzierte der Gerichtshof zwischen den Verurteilungen wegen Leugnung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit einerseits und der Kritik am Staat Israel und der jüdischen Gemeinschaft, die insbesondere zu Verurteilungen wegen rassistischer Diffamierung und Anstachelung zum Rassenhass führte, andererseits.

---

<sup>47</sup> EGMR, *Schimanek* (Anm. 43), Umdruck, 7.

<sup>48</sup> EGMR, *Schimanek* (Anm. 43), Umdruck, 7 (“National Socialism is a totalitarian doctrine incompatible with democracy and human rights and its adherents undoubtedly pursue aims of the kind referred to in Article 17 of the Convention.”).

<sup>49</sup> EGMR, *Schimanek* (Anm. 43), Umdruck, 7 (“In these circumstances, the Court concludes that it derives from Article 17 that the applicant’s conviction was necessary in a democratic society within the meaning of the second paragraph of Article 10.”).

<sup>50</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 24.6.2003, No. 65831/01 (deutsche Übersetzung: NJW 2004, 3691).

## aa) Leugnung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit

Im Hinblick auf die Verurteilungen wegen Leugnung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit erklärte der Gerichtshof die Beschwerde für unzulässig bereits wegen Inkompatibilität mit der Konvention *ratione materiae* (Art. 35 Abs. 3 Alt. 1 EMRK).<sup>51</sup> Art. 17 EMRK diene dazu, auszuschließen, dass Einzelne aus der Konvention ein Recht darauf herleiteten, an irgendeiner Aktivität teilzunehmen oder irgendeine Handlung vorzunehmen, die auf die Zerstörung eines der Rechte oder einer der Freiheiten der Konvention gerichtet sei; niemand solle es möglich sein, die Bestimmungen der Konvention zur Vornahme von Handlungen auszunutzen, welche die Zerstörung der genannten Rechte und Freiheit beabsichtigten.<sup>52</sup>

Das Buch des Beschwerdeführers analysiere eine Reihe historischer Ereignisse im Zusammenhang mit dem Zweiten Weltkrieg, wie etwa die Verfolgung der Juden durch das Nazi-Regime, den Holocaust und die Nürnberger Prozesse. Der Beschwerdeführer stelle die Realität, das Ausmaß und das Gewicht (*“la réalité, l’ampleur, et la gravité”*) dieser historischen Ereignisse in Frage, welche unter Historikern nicht debattiert würden, sondern – im Gegenteil – klar etabliert seien.<sup>53</sup> Der Beschwerdeführer sei weit entfernt davon, sich auf eine politische oder ideologische Kritik am Zionismus und am Verhalten des Staates Israel zu beschränken oder gar eine objektive Untersuchung negationistischer Theorien zu unternehmen und lediglich eine öffentliche und akademische Debatte über das historische Ereignis der Gaskammern zu fordern, wie er behaupte; er mache sich diese Theorien zu eigen und leugne systematisch die von den Nazis gegen die jüdische Gemeinschaft begangenen Verbrechen gegen die Menschlichkeit.<sup>54</sup>

Zweifellos stelle es keine der Suche nach Wahrheit entsprechende historische Forschung dar, klar etablierte historische Tatsachen, wie den Holocaust, zu leugnen, wie es der Beschwerdeführer in seinem Buch tue.<sup>55</sup> Ziel und Ergebnis dieser Herangehensweise seien vollständig andersgeartet; ihr

<sup>51</sup> Vgl. Art. 35 Abs. 3 EMRK (deutsche Übersetzung): “Der Gerichtshof erklärt eine nach Artikel 34 erhobene Individualbeschwerde für unzulässig, wenn er sie für unvereinbar mit dieser Konvention oder den Protokollen dazu, für offensichtlich unbegründet oder für einen Missbrauch des Beschwerderechts hält.” Der Unzulässigkeitsgrund der “Unvereinbarkeit” oder Inkompatibilität mit der Konvention umfasst als Unterfälle die Unvereinbarkeit *ratione personae, ratione materiae, ratione temporis* und *ratione loci*.

<sup>52</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 28.

<sup>53</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 28.

<sup>54</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 28 f. (englische Übersetzung [Auszug], Umdruck, 23).

<sup>55</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 29.

wahrer Zweck liege darin, "das nationalsozialistische Regime zu rehabilitieren" ("réhabiliter le régime national-socialiste") und, als Konsequenz, die Opfer selbst der Geschichtsfälschung zu bezichtigen.<sup>56</sup> Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu leugnen sei eine der schwersten Formen rassistischer Diffamierung von Juden und der Anstachelung des Hasses gegen sie.<sup>57</sup> Die "Leugnung oder Revision" ("La négation ou la révision") dieser Art historischer Tatsachen untergrabe die Werte, auf denen der Kampf gegen Rassismus und Antisemitismus sich stütze und stelle eine ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung dar.<sup>58</sup> Solche Handlungen seien mit Demokratie und Menschenrechten unvereinbar, weil sie die Rechte anderer verletzen. Ihre Urheber verfolgten ohne Zweifel Ziele des Typs, wie sie Art. 17 EMRK verbiete ("leurs auteurs visent incontestablement des objectifs du type de ceux prohibés par l'article 17").<sup>59</sup> Der weitaus größte Teil des Buches und sein genereller Tenor, und damit sein Zweck, seien deutlich negationistisch und liefen daher fundamentalen Werten der Konvention, wie sie in ihrer Präambel zum Ausdruck gelangten, zuwider, nämlich Gerechtigkeit und Frieden. Der Beschwerdeführer versuche, Art. 10 EMRK durch die Ausnutzung der Meinungsfreiheit für mit Buchstaben und Geist der Konvention unvereinbare Zwecke von seiner wahren Zielsetzung zu entfernen. Würden solche Zielsetzungen zugelassen, so würden sie die von der Konvention garantierten Rechte und Freiheiten zerstören. Dementsprechend stelle der Gerichtshof fest, dass sich der Beschwerdeführer aufgrund von Art. 17 EMRK nicht auf den Schutz des Art. 10 EMRK berufen könne ("qu'en vertu des dispositions de l'article 17 de la Convention, le requérant ne peut pas se prévaloir des dispositions de l'article 10 de la Convention"), soweit es seine Verurteilung wegen Leugnung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit betreffe.<sup>60</sup>

<sup>56</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 29.

<sup>57</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 29.

<sup>58</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 29.

<sup>59</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 29 ("L'objectif et l'aboutissement d'une telle démarche sont totalement différents, car il s'agit en fait de réhabiliter le régime national-socialiste, et, par voie de conséquence, d'accuser de falsification de l'histoire les victimes elles-mêmes. Ainsi, la contestation de crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les Juifs et d'incitation à la haine à leur égard. La négation ou la révision de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l'ordre public. Portant atteinte aux droits d'autrui, de tels actes sont incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme et leurs auteurs visent incontestablement des objectifs du type de ceux prohibés par l'article 17 de la Convention.")

<sup>60</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 29.

## bb) Kritik am Staat Israel und der jüdischen Gemeinschaft

Im Hinblick auf Kritik am Staat Israel und der jüdischen Gemeinschaft, die insbesondere zu den Verurteilungen wegen rassistischer Diffamierung<sup>61</sup> und Anstachelung zum Rassenhass<sup>62</sup> geführt habe, stellte der Gerichtshof fest, dass die Verurteilungen wegen dieser Äußerungen als Eingriffe (ingérences) in die Meinungsfreiheit anzusehen sein könnten. Die Parteien seien einig gewesen, dass die Eingriffe auf rechtlicher Grundlage, nämlich Art. 24 Abs. 6 und Art. 32 Abs. 2 des Gesetzes über die Pressefreiheit von 1881 erfolgt seien. Der Gerichtshof gehe davon aus, dass der Eingriff mindestens zwei legitimen, von der Konvention vorgesehenen Zwecken gedient habe: der "Verhütung von Ordnungsstörungen" und Verbrechen sowie dem Schutz des Ansehens und der Rechte anderer".<sup>63</sup> Der Gerichtshof bekräftigte, dass die maßgeblichen Bestimmungen des Gesetzes von 1881 dazu dienten die friedliche Koexistenz der französischen Bevölkerung zu sichern – entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers, dass sie aus Gründen einer rechtswidrigen Zensur erlassen worden seien und keine in einer demokratischen Gesellschaft notwendigen Maßnahmen darstellten.<sup>64</sup>

Aus den aufgeführten Gründen sowie mit Blick auf den generellen negationistischen Tenor des Buches habe der Gerichtshof ernste Zweifel gehabt, ob die Äußerung solcher Meinungen den Schutz des Art. 10 EMRK genießen könne.<sup>65</sup> Der Gerichtshof halte es jedoch nicht für erforderlich, diese Frage im vorliegenden Falle zu entscheiden, da dieser Teil der Beschwerde jedenfalls offensichtlich unbegründet sei.<sup>66</sup> Die Gründe auf welche die nationalen Gerichte die Verurteilung gestützt hätten, seien relevant

<sup>61</sup> Art. 32 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes über die Pressefreiheit von 1881 (vgl. EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 18): "La diffamation commise par les mêmes moyens envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée sera punie d'un an d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement." (Bei der Wiedergabe (Anm. 50), Umdruck, 18, ist nicht deutlich, um welchen Absatz es sich handelt; die Vorschrift wird jedoch (Anm. 50), Umdruck, 50, als Art. 30 Abs. 2 ["alinéa 2"] in Bezug genommen).

<sup>62</sup> Art. 24 (6) des Gesetzes über die Pressefreiheit von 1881 (vgl. EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 17): "Ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23, auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, seront punis d'un an d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement."

<sup>63</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 30.

<sup>64</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 30.

<sup>65</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 30.

<sup>66</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 30.

and hinreichend und der Eingriff notwendig in einer demokratischen Gesellschaft im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK. Folglich sei die Beschwerde insoweit gemäß Art. 35 Abs. 3 und 4 EMRK als offensichtlich unbegründet zurückzuweisen.<sup>67</sup>

cc) Bewertung

Die *Garaudy*-Entscheidung deutet die in *Jersild* und *Isorni* entwickelten Kategorien in ausgesprochen extensiver Weise. Der Gerichtshof stützt sich dabei im Wesentlichen auf eine pauschale Würdigung des Buches, ohne auf die einzelnen Passagen, auf welche die nationalen Gerichte die Verurteilungen gestützt haben, im Einzelnen einzugehen. Soweit sich die Unzulässigkeitsentscheidung hinsichtlich der Verurteilungen wegen Leugnung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Kern darauf stützt, dass der Beschwerdeführer systematisch den Holocaust als historische Tatsache gelehrt habe, steht dies zu der Rechtsprechung des BVerfG im Ergebnis nicht in Widerspruch.<sup>68</sup>

Mit dieser Rechtsprechung kaum in Einklang zu bringen sind hingegen Formulierungen der Entscheidung, die einer darüber weit hinauschießenden Deutung zugänglich erscheinen. So, wenn der Gerichtshof zu den "klar etablierten" historischen Tatsachen, die der Beschwerdeführer in seinem Buch bezweifle, neben der Judenverfolgung und dem Holocaust auch die "Nürnberger Prozesse" zählt und darauf abstellt, dass der Beschwerdeführer "die Realität, das Ausmaß und das Gewicht" ("la réalité, l'ampleur, et la gravité") dieser historischen Ereignisse in Frage stelle<sup>69</sup> und den Zweck verfolge, "das nationalsozialistische Regime zu rehabilitieren" ("réhabiliter le régime national-socialiste").<sup>70</sup> Diese weiten Formulierungen des Gerichtshofs werden besonders bedenklich, wenn sie so verstanden werden, dass mit ihnen über die Leugnung konkreter nationalsozialistischer Verbrechen gegen die Menschlichkeit hinaus auch deren Verharmlosung aus dem Schutz des Art. 10 EMRK herausfallen soll; ferner könnte eine derartige Verharmlosung nicht nur in unmittelbar auf diese Verbrechen bezogenen Äußerungen zu sehen sein, sondern letztlich in jeder Äußerung, die mittelbar den Zweck verfolgt, das nationalsozialistische Regime zu rehabilitieren.

Insbesondere bleibt in der Entscheidung undeutlich, ob der Gerichtshof womöglich auch jene Äußerungen aus dem Buch als nicht von Art. 10 EMRK geschützt ansieht, die das Pariser Appellationsgericht (cour d'appel)

<sup>67</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 30.

<sup>68</sup> Vgl. BVerfGE 90, 241 (249 ff.).

<sup>69</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 28.

<sup>70</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 29.

lediglich mittelbar zur Auslegung des Buches herangezogen hat, um die Erfüllung des Leugnungstatbestands in Form der Leugnung des Holocaust zu begründen (Art. 24bis des Gesetzes über die Pressefreiheit von 1881).<sup>71</sup> Das Appellationsgericht hatte dazu ausgeführt, dass die Gedankenführung des Buches nicht nur um die Infragestellung der Tatsachen selbst kreise, sondern unter anderem auch die “Verharmlosung der Tatsachen” (“la banalisation des faits”)<sup>72</sup> sowie die “Diskreditierung maßgeblicher Institutionen” (“la disqualification des institutions [...] concernant le sujet”),<sup>73</sup> beinhalte.

- (1) Vergleiche mit anderen Menschenrechtsverletzungen als von Art. 10 EMRK nicht geschützte Verharmlosungen des Holocaust?

Unter dem Gesichtspunkt der “Verharmlosung der Tatsachen” führte das Appellationsgericht unter anderem aus, dass der Beschwerdeführer eine Reihe von Vergleichen mit dem Ziel vorgenommen habe, das Verbrechen des Holocaust zu banalisieren. Das Gericht verwies dafür unter anderem auf die Aussage des Beschwerdeführers, unter den Angeklagten der Nürnberger Prozesse seien “weder die anglo-amerikanischen Führungspersonen gewesen, die für die Bombardierung Dresdens verantwortlich waren”, noch “*Truman*, der Täter der atomaren Apokalypse von Hiroshima und Nagasaki”.<sup>74</sup> Ferner zog es die Formulierung heran, die Herrschaft *Hitlers* sei eine Menschheitskatastrophe gewesen, welche, unglücklicherweise, nicht ohne Präzedenzfall sei, da *Hitler* mit Weißen in derselben Weise umgegangen sei wie europäische Kolonialisten fünf Jahrhunderte lang die “Farbigen” behandelt hätten.<sup>75</sup> Über die moralische und rechtliche Legitimität sowohl der Bombardierung Dresdens als auch der Atombombenabwürfe über Hiroshima und Nagasaki wird jedoch heute auch außerhalb rechtsextremer

<sup>71</sup> Die Vorschrift erfasst lediglich die Leugnung des Verbrechens gegen die Menschlichkeit (“contesté [...] l’existence”), nicht schon dessen Verharmlosung, vgl. EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 17: “Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l’article 24 ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l’article 23, l’existence d’un ou plusieurs crimes contre l’humanité tels qu’ils sont définis par l’article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l’accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d’une organisation déclarée criminelle en application de l’article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale.”

<sup>72</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 5.

<sup>73</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 6.

<sup>74</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 5.

<sup>75</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 5.

Kreise ebenso diskutiert<sup>76</sup> wie über die von den europäischen Mächten in der Kolonialzeit begangenen Menschenrechtsverletzungen. Auf derartige historische Vorgänge zu verweisen und sie in Zusammenhang mit dem Holocaust zu bringen, wird man jedenfalls auf der Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG zur Meinungsfreiheit nicht von vornherein und ohne eine – hier fehlende – nähere Prüfung des Kontextes der Äußerung als außerhalb des Schutzes dieses Grundrechtes gestellt sehen können.<sup>77</sup>

<sup>76</sup> Siehe nur *J. Rawls*, Das Recht der Völker, 2002, 123 ff., der die Bombardierungen sowohl Dresdens als auch Hiroshimas und Nagasakis diskutiert und als vom Standpunkt seiner völkerrechtlichen Gerechtigkeitstheorie aus letztlich illegitim bewertet.

<sup>77</sup> Vgl. vor allem: BVerfGE 90, 1 (20 f.) – Kriegsschuldfrage (Hervorhebungen hinzugefügt):

“Die Gefahr, die nach Auffassung der Bundesprüfstelle und des Bundesverwaltungsgerichts von dem Buch ausgeht, ergibt sich [...] daraus, daß der Beschwerdeführer Hitler und die übrigen Machthaber des NS-Regimes von einer Schuld oder auch nur Mitschuld am Ausbruch des Zweiten Weltkrieges zu entlasten versucht und darüber hinaus – in einer Fußnote – die Ermordung der Juden als Folge des von anderen verursachten Krieges und der vorausgegangenen Kriegsverbrechen anderer hinstellt.

Die Wertung, daß eine Gefahr für die Jugend schon deshalb entstehen kann, weil der Beschwerdeführer die NS-Ideologie als harmlos erscheinen läßt, indem er gerade die schwerwiegendsten Unrechts-handlungen des Nationalsozialismus leugnet oder sie als Folge von Entwicklungen darstellt, die dieser nicht zu verantworten hatte, ist zwar nachvollziehbar. Bei der Prüfung, ob dies bereits den Eingriff rechtfertigt, der mit einer Indizierung der Schrift verbunden ist, muß jedoch berücksichtigt werden, daß die genannten Erwägungen nur mittelbare Auswirkungen der Schrift betreffen, deren Gefährdungspotential besonders schwer einzuschätzen ist. *Vor allem ist in diesem Zusammenhang aber zu bedenken, daß Äußerungen zur Geschichtsinterpretation, insbesondere solche, die sich auf die jüngere deutsche Geschichte beziehen, als Beitrag zur politischen Meinungsbildung in den Kernbereich des Schutzes fallen, den Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet. Das gilt unabhängig davon, ob sie im Spektrum gängiger Lehrmeinungen oder weit außerhalb davon liegen, ob sie gut begründet erscheinen oder ob es sich – wie hier bei der zentralen Frage des Buches nach der Kriegsschuld – um anfechtbare Darstellungen handelt.*

*Der demokratische Staat vertraut grundsätzlich darauf, daß sich in der offenen Auseinandersetzung zwischen unterschiedlichen Meinungen ein vielschichtiges Bild ergibt, dem gegenüber sich einseitige, auf Verfälschung von Tatsachen beruhende Auffassungen im allgemeinen nicht durchsetzen können. Die freie Diskussion ist das eigentliche Fundament der freiheitlichen und demokratischen Gesellschaft. Auch Jugendliche können nur dann zu mündigen Staatsbürgern werden, wenn ihre Kritikfähigkeit in Auseinandersetzung mit unterschiedlichen Meinungen gestärkt wird. Das gilt in besonderem Maße für die Auseinandersetzung mit der jüngeren deutschen Geschichte. Die Vermittlung des historischen Geschehens und die kritische Auseinandersetzung mit abweichenden Meinungen können die Jugend sehr viel wirksamer vor Anfälligkeit für verzerrende Geschichtsdarstellungen schützen als eine Indizierung, die solchen Meinungen sogar eine unberechtigte Anziehungskraft verleihen könnte.*

Die Entscheidungen der Bundesprüfstelle und des Bundesverwaltungsgerichts tragen diesen Grundsätzen nicht hinreichend Rechnung. Sie verkennen zunächst, daß sich das Buch des Beschwerdeführers nicht auf eine einzige Tatsachenbehauptung reduzieren läßt, die ohne weiteres als widerlegt angesehen werden kann, sondern die Darlegung einer bestimmten Auffassung zu zeitgeschichtlichen Vorgängen enthält, die eine Vielzahl von Tatsachenbehauptungen

(2) Kritik an der Legitimität der Nürnberger Prozesse als Leugnung oder Revision klar etablierter historischer Tatsachen?

Entsprechendes gilt für die Ausführungen der *Garaudy*-Entscheidung zu den Nürnberger Prozessen als einer klar etablierten historischen Tatsache. Diese könnten so verstanden werden, dass auch jene Äußerungen des Beschwerdeführers dem Schutz von Art. 10 EMRK entzogen seien, auf welche das Pariser Appellationsgericht lediglich unterstützend seine Würdigung stützte, durch das Buch werde der Holocaust geleugnet.

Unter dem Gesichtspunkt der "Diskreditierung maßgeblicher Institutionen" ("la disqualification des institutions [...] concernant le sujet")<sup>78</sup> führte das Appellationsgericht in diesem Zusammenhang aus, der Beschwerdeführer verwende im Hinblick auf das Nürnberger Tribunal Formulierungen, durch welche er systematisch dessen Legitimität in Zweifel ziehe und dessen Handlungen herabwerte.<sup>79</sup> Dafür verweist das Gericht unter anderem auf die Formulierung "Sieger, verkleidet mit Richterroben", sowie auf die Aussage, es handele sich nicht um ein internationales Tribunal, da es ausschließlich aus den Siegern zusammengesetzt gewesen sei und folglich ausschließlich von den Besiegten begangene Verbrechen verhandelt worden seien.<sup>80</sup> Dem Beschwerdeführer war also nicht etwa vorgeworfen worden, dass er das Stattfinden der Nürnberger Prozesse als solches geleugnet oder eine mit der ihm vorgeworfenen Holocaust-Leugnung verknüpfte Tatsachenbehauptung aufgestellt hätte, etwa dahingehend, die Nürnberger Prozesse hätten fiktive Ereignisse zum Gegenstand gehabt, weil die dort abgeurteilten Verbrechen gegen die Menschlichkeit nicht begangen worden seien. Vielmehr wurde vom Appellationsgericht die Kritik an der Legitimität dieser Prozesse herangezogen – wie gesagt lediglich, um im Rahmen einer Gesamtinterpretation die Erfüllung des Leugnungstatbestandes durch das Buch zu unterstützen. Bekanntlich kann jedoch die Debatte über die Legitimität der Nürnberger Prozesse weder aus historischer noch aus juristischer Perspektive als abgeschlossen gelten – und zwar auch unter Wissen-

---

und Wertungen miteinander verbindet. *Vor allem aber fehlt es an einer Abwägung zwischen dem mit der Indizierung verfolgten Zweck und dem Gewicht des Eingriffs in die Meinungsfreiheit. Dabei hätten Bundesprüfstelle und Bundesverwaltungsgericht insbesondere prüfen müssen, ob es der Entwicklung Jugendlicher in einem demokratischen Staat dient, ihnen extreme Positionen einer zeitgeschichtlichen Diskussion vorzuenthalten.*"

<sup>78</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 6.

<sup>79</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 6.

<sup>80</sup> EGMR, *Garaudy v. Frankreich* (Anm. 50), französische Originalfassung, Umdruck, 6.

schaftlern, die revisionistischer Tendenzen unverdächtig sind.<sup>81</sup> Eine Kritik an diesen Prozessen der von dem Beschwerdeführer geäußerten Art ohne jede nähere Prüfung dem Schutz der Meinungsfreiheit zu entziehen, wäre daher mit dem Verständnis dieses Grundrechtes nach dem Grundgesetz, wie sie der Rechtsprechung des BVerfG zugrunde liegt, kaum zu vereinbaren.

d) *R. L. v. Schweiz* (2003)

In der Unzulässigkeitsentscheidung *R. L. v. Schweiz*,<sup>82</sup> legte der Gerichtshof das Rechtfertigungsmodell zugrunde. Nach den Feststellungen der schweizerischen Bundespolizei propagierten und unterstützten die Materialien die Anwendung von Gewalt und waren teilweise durch Rassismus charakterisiert, der dazu beitragen könne, extremistische Gruppen unter Ausländern und Schweizern zu radikalisieren und dadurch das friedliche Zusammenleben in der Schweiz zu gefährden. Solche Materialien seien nach Auffassung des Gerichtshofs gegen die der Konvention unterliegenden Werte gerichtet.<sup>83</sup> Der Eingriff sei daher notwendig in einer demokratischen Gesellschaft zur Verhütung von Ordnungsstörung und Verbrechen und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer im Sinne des Art. 10 Abs. 2 EMRK.

---

<sup>81</sup> Vgl. etwa zum Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess aus geschichtswissenschaftlicher Sicht nur *P. Steinbach*, Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher, in: G. R. Ueberschär, Der Nationalsozialismus vor Gericht, Die alliierten Prozesse gegen Kriegsverbrecher und Soldaten 1943-1952, 1999, 32 ff., der, obwohl er sich letztlich dem Urteil des Historikers Erdmann anschließt, es könne sich letztlich "niemand der Feststellung entziehen, dass hier Recht geschehen ist", gleichwohl auf das Fehlen einer exakten völkerrechtlichen Definition des "Verbrechens gegen den Frieden", die Ausblendung von Verbrechen der sowjetischen Seite sowie die vergleichsweise schlechte Position der Verteidigung verweist (*P. Steinbach*, 32, 36 f. ["Der Nürnberger Prozeß [...] gilt bis heute [...] in mehrfacher Weise als umstritten. [...] Wengleich mehrfach betont worden ist, dass die Entstehungsgeschichte [...] nicht hinlänglich die These rechtfertigt, es handle sich um [...] eine 'juristische Ungeheuerlichkeit', der sich die Sieger nach dem Prinzip 'Wehe den Besiegten' schuldig gemacht hätten, sind doch einige juristische Bedenken gegen das Verfahren nicht leichtthin von der Hand zu weisen."]).

<sup>82</sup> EGMR, *R. L. v. Schweiz*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 25.11.2003, No. 43874/98.

<sup>83</sup> EGMR, *R. L. v. Schweiz* (Anm. 82), Umdruck, 8 (unter Verweis auf EGMR *Lehideux* (Anm. 22)).

e) *W. P. u.a. v. Polen* (2004)

Die Unzulässigkeitsentscheidung *W. P. u.a.*<sup>84</sup> betraf Verbote von Vereinsgründungen. Den sechs Beschwerdeführern war die Gründung einer “nationalen und patriotischen Vereinigung polnischer Opfer von Bolschewismus und Zionismus” untersagt worden.<sup>85</sup> Der Gerichtshof erklärte die Beschwerde gestützt auf Art. 17 EMRK insoweit für unzulässig, als sie eine Verletzung der Vereinigungsfreiheit (Art. 11 EMRK) sowie des Diskriminierungsverbots (Art. 14 EMRK) in Verbindung mit der Vereinigungsfreiheit rügte. Der Gerichtshof legte hier wiederum das Nichtanwendungsmodell zugrunde.

Genereller Zweck des Art. 17 EMRK sei es, “totalitäre Gruppen” (“totalitarian groups”) daran zu hindern, die in der Konvention niedergelegten Prinzipien für ihre eigenen Interessen auszunutzen.<sup>86</sup> Das Gründungsmemorandum der Vereinigung beinhalte Aussagen, in denen die Verfolgung von Polen durch die jüdische Minderheit und die Existenz von Ungleichbehandlungen beider Gruppen behauptet werde.<sup>87</sup> In diesen Ideen könne eine Wiederbelebung von Antisemitismus (“reviving of anti-Semitism”) gesehen werden.<sup>88</sup> Die rassistische Einstellung der Beschwerdeführer ergebe sich auch aus dem antisemitischen Tenor ihrer Einlassungen vor dem Gerichtshof. Die Tatsachen des Falles rechtfertigten daher das Bedürfnis, Art. 17 EMRK ins Spiel zu bringen. Die Beschwerdeführer versuchten im Kern, aus Art. 11 EMRK ein Recht auf Aktivitäten abzuleiten, die dem Wortlaut und dem Geist der Konvention zuwiderliefen; ein Recht, welches im Falle seiner Anerkennung zur Zerstörung der Rechte und Freiheiten der Konvention beitragen würde.<sup>89</sup> Daher könnten sich die Beschwerdeführer wegen Art. 17 EMRK nicht auf Art. 11 EMRK berufen, um das Verbot der Vereinsgründung anzugreifen.<sup>90</sup> Entsprechendes gelte für die Berufung auf das Diskriminierungsverbot in Verbindung mit der Vereinigungsfreiheit.<sup>91</sup>

<sup>84</sup> EGMR, *W. P. u.a. v. Polen*, Entscheidung vom 2.9.2004, No. 42264/98.

<sup>85</sup> EGMR, *W. P. u.a. v. Polen* (Anm. 84), englische Originalfassung, Umdruck, 10 f.

<sup>86</sup> EGMR, *W. P. u.a. v. Polen* (Anm. 84), englische Originalfassung, Umdruck, 10 f.

<sup>87</sup> EGMR, *W. P. u.a. v. Polen* (Anm. 84), englische Originalfassung, Umdruck, 10 f.

<sup>88</sup> EGMR, *W. P. u.a. v. Polen* (Anm. 84), englische Originalfassung, Umdruck, 10 f.

<sup>89</sup> EGMR, *W. P. u.a. v. Polen* (Anm. 84), englische Originalfassung, Umdruck, 11.

<sup>90</sup> EGMR, *W. P. u.a. v. Polen* (Anm. 84), englische Originalfassung, Umdruck, 11.

<sup>91</sup> EGMR, *W. P. u.a. v. Polen* (Anm. 84), englische Originalfassung, Umdruck, 11.

f) *Norwood* (2004) (Plakat brennender Zwillingstürme mit der Aufschrift: “Islam raus aus Britannien – Schützt das Britische Volk”)

Eine Verfestigung und erhebliche Verschärfung dieses bereits vergleichsweise rigiden Kurses stellt die von einer Sektion unter dem jetzigen Präsidenten des Gerichtshofs, *Costa*, getroffene Unzulässigkeitsentscheidung im Fall *Norwood* dar.<sup>92</sup>

Der Beschwerdeführer, ein Mitglied der rechtsextremen British National Party (BNP), war für das Aufhängen eines Plakates (60 cm x 38 cm) im Fenster seiner Wohnung wegen “Verursachung von Beängstigung oder seelischen Leids” (“alarm or distress”) zu einer Geldstrafe verurteilt worden.<sup>93</sup> Das Plakat zeigte ein Foto der New Yorker Zwillingstürme in Flammen mit den Worten: “Islam raus aus Britannien – Schützt das Britische Volk” sowie ein Symbol eines Sichelmondes und eines Sterns in einem Verbotsschild. Die Sektion wies die Beschwerde gestützt auf Art. 17 EMRK als offensichtlich unbegründet zurück. Sie führte zunächst, an *W. P. u.a.* anknüpfend, aus, genereller Zweck des Art. 17 EMRK sei es, Einzelne oder Gruppen “mit totalitären Zielen” (“with totalitarian aims”) daran zu hindern, die in der Konvention niedergelegten Prinzipien für ihre eigenen Interessen auszunutzen. Der Gerichtshof und zuvor die Kommission habe insbesondere festgestellt, dass die in Art. 10 EMRK garantierte Meinungsfreiheit nicht in einem Art. 17 EMRK zuwiderlaufenden Sinn geltend gemacht werden könne (“may not be invoked in a sense contrary to Article 17”).<sup>94</sup> Der Gerichtshof teile die Einschätzung der nationalen Gerichte, dass die Worte und Bilder auf dem fraglichen Poster einen öffentlichen Angriff auf alle Muslime im Vereinigten Königreich darstellten (“amounted to a public expression of attack on all Muslims in the United Kingdom”).<sup>95</sup> Ein solch genereller, vehementer Angriff auf eine religiöse Gruppe, durch welchen die Gruppe als Ganzes mit einem schweren Akt des

<sup>92</sup> EGMR, *Norwood v. Vereinigtes Königreich*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 16.11.2004, No. 23131/03.

<sup>93</sup> Grundlage der Verurteilung war Section 5 (1) (b) des Gesetzes über die öffentliche Ordnung (Public Order Act) von 1986; vgl. EGMR, *Norwood v. Vereinigtes Königreich* (Anm. 92), englische Originalfassung, Umdruck, 2 (“A person is guilty of an offence if he; ... (b) displays any writing, sign or other visible representation which is threatening, abusive or insulting, within the hearing or sight of a person likely to be caused harassment, alarm or distress thereby.”).

<sup>94</sup> EGMR, *Norwood v. Vereinigtes Königreich* (Anm. 92), englische Originalfassung, Umdruck, 4, unter Verweis auf EGMR, *W. P. u.a. v. Polen* (Anm. 84), EGMR, *Schimanek* (Anm. 43), und EKMR, *Glimmerveen und Hagenbeck v. Niederlande* (Anm. 8).

<sup>95</sup> EGMR, *Norwood v. Vereinigtes Königreich* (Anm. 92), englische Originalfassung, Umdruck, 4, unter Verweis auf EGMR, *W. P. u.a. v. Polen* (Anm. 84), EGMR, *Schimanek* (Anm. 43), und EKMR, *Glimmerveen und Hagenbeck v. Niederlande* (Anm. 8).

Terrorismus in Verbindung gebracht werde, sei unvereinbar mit den von der Konvention verkündeten und garantierten Werten, namentlich Toleranz, sozialer Frieden und Nicht-Diskriminierung. Die Ausstellung des Posters in dem Fenster stelle eine dem Art. 17 EMRK unterfallende Handlung dar und genieße daher nicht den Schutz von Art. 10 oder 14 EMRK.<sup>96</sup>

Auch wenn eine Bestrafung des Plakates möglicherweise auch vor Art. 5 Abs. 1 GG im Ergebnis Bestand haben kann, wäre dafür nach deutschem Recht doch zumindest eine einzelfallbezogene Deutung der Äußerung und Abwägung der widerstreitenden Rechtsgüter erforderlich gewesen. Dabei wäre zu berücksichtigen gewesen, dass Meinungsäußerungen mit ausländerfeindlicher Grundrichtung zwar der für die freiheitliche demokratische Ordnung grundlegenden Erwartung der Toleranz der deutschen Bevölkerung gegenüber Ausländern widersprechen, jedoch im Strafgesetzbuch nicht schon als solche unter Strafe gestellt sind.<sup>97</sup>

**g) *Witzsch (No. 2) (2005) (Leugnung der Verantwortlichkeit Hitlers und der NSDAP für den Holocaust) – Verhinderung von Äußerungen, die “dem Wortlaut und Geist der Konvention zuwiderlaufen”***

In der zweiten *Witzsch*-Entscheidung von 2005 hat der Gerichtshof, anders als in der ersten, nicht das Rechtfertigungsmodell zugrundegelegt, sondern eher das Nichtanwendungsmodell. Zudem hat er dem Sinn und Zweck des Art. 17 EMRK eine besonders weite Deutung gegeben.

In einem Zeitungsartikel hatte der bekannte Historiker *Wolffson* u.a. ausgeführt, dass *Hitler* zwar keinen schriftlichen Befehl für den Mord an den Juden gegeben habe, es aber Nachweise dafür gebe, dass er bei verschiedenen Gelegenheiten mündliche Befehle gegeben habe.<sup>98</sup> Der Beschwerdeführer hatte daraufhin einen Brief an den Historiker geschrieben, in dem er nach den Feststellungen des Amtsgerichts zwar nicht den Holocaust als sol-

<sup>96</sup> EGMR, *Norwood v. Vereinigtes Königreich* (Anm. 92), englische Originalfassung, Umdruck, 4, unter Verweis auf EGMR, *W. P. u.a. v. Polen* (Anm. 84), EGMR, *Schimanek* (Anm. 43), EKMR, *Glimmerveen und Hagenbeck v. Niederlande* (Anm. 8) sowie auf EGMR, *Jersild v. Dänemark* (Anm. 16).

<sup>97</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 7.4.2001 – 1 BvQ 17 und 18/01 –, NJW 2001, 2072 ff. (zu einer als “Demonstration gegen Überfremdung” angekündigten Kundgebung unter dem Motto: “Herren im eigenen Land statt Knechte der Fremden”).

<sup>98</sup> EGMR, *Witzsch v. Deutschland (No. 2)*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 13.12.2005, No. 7485/03, Umdruck, 2 (“Hitler wanted the murder of the Jews. He ordered it and certainly knew about it. Although he had not given a written order, there is evidence that he had given oral orders on several occasions. The murder of the Jews was wanted and organised from above and by NS-activists from the bottom [...]).

chen, aber die Verantwortung *Hitlers* und der NSDAP dafür abgestritten hatte.<sup>99</sup> Er war für diesen Brief wegen Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener (§ 189 StGB) verurteilt worden.<sup>100</sup> Der Gerichtshof führte aus, dass der Beschwerdeführer nach den Feststellungen der deutschen Gerichte eine etablierte historische Tatsache “bezogen auf die Verantwortlichkeit *Hitlers* und der NSDAP für den Holocaust” geleugnet und hierdurch die Würde der Verstorbenen verletzt habe.<sup>101</sup>

Der Gerichtshof nehme in diesem Zusammenhang auf Art. 17 EMRK Bezug. Dessen allgemeiner Zweck sei es, es Einzelnen unmöglich zu machen, ein Recht mit der Absicht auszunutzen, Ideen zu verbreiten, welche dem Wortlaut und Geist der Konvention zuwiderlaufen” (“with the aim of promoting ideas contrary to the text and the spirit of the Convention”).<sup>102</sup> Der Gerichtshof und die Kommission hätten, insbesondere in Fällen, die die Leugnung des Holocaust “und damit zusammenhängende Fragen” betroffen hätten (“cases concerning Holocaust denial and related issues”), entschieden, dass die Meinungsfreiheit nicht im Widerspruch zu Art. 17 EMRK in Anspruch genommen werden dürfe (“may not be invoked in conflict with Article 17”).<sup>103</sup> Missbrauch (“abuse”) der Meinungsfreiheit sei unvereinbar mit Demokratie und Menschenrechten und verletze die Rechte anderer.<sup>104</sup>

Der Beschwerdeführer habe im konkreten Fall weder den Holocaust als solchen noch die Existenz von Gaskammern geleugnet. Er habe jedoch einen “gleichermaßen erheblichen und etablierten Umstand des Holocaust” geleugnet, indem er es als falsch und historisch unhaltbar ansehe, dass *Hitler* und die NSDAP den Massenmord an den Juden “geplant, initiiert und or-

<sup>99</sup> EGMR, *Witzsch v. Deutschland* (Anm. 98), Umdruck, 2; der Beschwerdeführer hatte u.a. ausgeführt: “It is actually established that there is no indication in party programs of the National Socialist German Workers’ Party, the NSDAP (Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei), that the NSDAP and Hitler intended to murder the Jews. [...] A long time ago, the historian Irving has publicly proposed to pay a thousand pounds to any person who could prove that Hitler had ordered, for racial reasons, the murder of one single Jew. So far, nobody has produced evidence. After the war, tens of thousands of totally immaculate officials of the NSDAP have attested on oath not to have known until the end of the war about the murder of Jews. None of the dignitaries of the German Government accused in Nuremberg admitted to have known about the mass murder of Jews. Not even in their closing words under the gallows!”.

<sup>100</sup> EGMR, *Witzsch v. Deutschland* (Anm. 98), Umdruck, 2 f.

<sup>101</sup> EGMR, *Witzsch v. Deutschland* (Anm. 98), Umdruck, 7 (“an established historical fact relating to the responsibility of Hitler and the NSDAP as regards the Holocaust”).

<sup>102</sup> EGMR, *Witzsch v. Deutschland* (Anm. 98), Umdruck, 7.

<sup>103</sup> EGMR, *Witzsch v. Deutschland* (Anm. 98), Umdruck, 7 f.

<sup>104</sup> EGMR, *Witzsch v. Deutschland* (Anm. 98), Umdruck, 8 (“Abuse of freedom of expression is incompatible with democracy and human rights and infringes the rights of others.”).

ganisiert” hätten.<sup>105</sup> Die Aussage des Beschwerdeführers, dass die Aussagen des Historikers Teil einer “Kriegs- und Nachkriegsgreuelpropaganda” seien, verbunden mit der Leugnung der Verantwortung *Hitlers* und der Nationalsozialisten für die Auslöschung der Juden zeige die Verachtung des Beschwerdeführers für die Opfer des Holocaust. Die Äußerungen des Beschwerdeführers liefen Wortlaut und Geist der Konvention zuwider. Folglich könne er sich gemäß Art. 17 EMRK für seine Äußerungen nicht auf Art. 10 EMRK stützen (“cannot, in accordance with Article 17 [...] rely on the provisions of Article 10”).<sup>106</sup> Die Tatsache, dass sie in einem privaten Brief und nicht vor einem größeren Publikum getätigt worden seien, sei insoweit unerheblich. Die Behauptung des Beschwerdeführers, er habe keine öffentliche Debatte über seine Ansichten gewollt, sei ohnehin angesichts der konkreten Umstände des Falles zweifelhaft.<sup>107</sup>

Die Entscheidung der Sektion, die unter Beteiligung des jetzigen Vizepräsidenten *Rozakis* sowie der deutschen Richterin *Jaeger* erging, ist besonders bemerkenswert. Der Gerichtshof geht gemäß dem Nichtanwendungsmodell vor, also ohne Bejahung eines Eingriffs in die Meinungsfreiheit und ohne Prüfung der Rechtfertigung eines solchen Eingriffs. Auffällig ist, dass bei der ungewöhnlich ausführlichen Zitierung der vorangegangenen Entscheidungen sowohl der Kommission als auch des Gerichtshofs<sup>108</sup> ausgerechnet die beiden Urteile der Großen Kammer in Sachen *Jersild* und *Lehideux* nicht erwähnt werden. Auch werden die dortigen Formulierungen nicht ausdrücklich aufgegriffen. Stattdessen verwendet der Gerichtshof hier eine extrem weite Deutung der Zielsetzung des Art. 17 EMRK im Bereich der Meinungsfreiheit, wonach diese darin bestehe, Einzelne daran zu hindern, “Ideen zu verbreiten, welche dem Wortlaut und Geist der Konvention zuwiderlaufen”, verbunden mit der Aussage, dass ein “Missbrauch” der Meinungsfreiheit mit Demokratie und Menschenrechten unvereinbar sei und den Rechten anderer zuwiderlaufe. Damit stellt die zweite *Witzsch*-Entscheidung einen vorläufigen Höhepunkt in der bisherigen, die Meinungsfreiheit restriktiv interpretierenden Linie der Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Verhältnis von Art. 17 und Art. 10 EMRK dar.

---

<sup>105</sup> EGMR, *Witzsch v. Deutschland* (Anm. 98), Umdruck, 8.

<sup>106</sup> EGMR, *Witzsch v. Deutschland* (Anm. 98), Umdruck, 8.

<sup>107</sup> EGMR, *Witzsch v. Deutschland* (Anm. 98), Umdruck, 8.

<sup>108</sup> EGMR, *Witzsch v. Deutschland* (Anm. 98), Umdruck, 7 f.

#### **h) *Soulas* (2008) – Schwerekriterium für die Anwendung des Art. 17 EMRK?**

Einen gewissen Kontrapunkt zu dieser restriktiven Linie setzt demgegenüber die *Soulas*-Entscheidung.<sup>109</sup> Hier stellte der Gerichtshof zunächst fest, dass keine Verletzung von Art. 10 EMRK vorliege. Die Beschwerde betraf u.a. die strafrechtliche Verurteilung für die Veröffentlichung eines Buches mit dem Titel “Die Kolonisierung Europas – Wahre Anmerkungen zu Einwanderung und Islam” wegen Anstachelung von Hass und Gewalt gegen muslimische Gemeinden Nord- und Zentralafrikas. Nach den Feststellungen der französischen Gerichte zielten die in dem Buch verwendeten Ausdrücke, verstärkt durch den Gebrauch einer militärischen Sprache, darauf ab, in den Lesern ein Gefühl der Ablehnung und der Feindlichkeit gegenüber den betreffenden Gemeinden, die als der Hauptfeind dargestellt würden, zu erzeugen, und die Leser von der von den Autoren empfohlenen Lösung zu überzeugen, nämlich eines Kriegs der ethnischen Rückeroberung. Der Gerichtshof hielt die Gründe für die Verurteilung für ausreichend und relevant und beurteilte den Eingriff in die Meinungsfreiheit als notwendig in einer demokratischen Gesellschaft. Erst im Anschluss an die Verneinung einer Verletzung von Art. 10 EMRK prüfte der Gerichtshof Art. 17 EMRK und stellte fest, die streitigen Passagen in dem Buch seien nicht gravierend genug, um die Anwendung des Art. 17 EMRK zu rechtfertigen. Der Gerichtshof scheint also hier offenbar ein Schwerekriterium für die Anwendung des Art. 17 EMRK zugrunde zu legen.

#### **5. *Kononov*-Urteil (2008) – “Nazi-Malus” bei der Beurteilung der Bestrafung von Kriegsverbrechen nach dem Rückwirkungsverbot (Art. 7 Abs. 1 EMRK)?**

Im *Kononov*-Urteil<sup>110</sup> von 2008 hat die Mehrheit einer Sektion des Gerichtshofs den Gedanken der Verurteilung jeglicher “pro-nazistischen Haltung” durch die Konvention unter Verweis auf *Lehideux, Marais* und *Garaudy* in aufschlussreicher Weise auf die Beurteilung strafrechtlicher Verurteilungen von Kriegsverbrechen nach dem Rückwirkungsverbot übertragen.

Der Beschwerdeführer wurde in Lettland wegen Kriegsverbrechen verurteilt, die er 1944 auf der Seite der “Roten Partisanen” gegenüber Bewohnern

<sup>109</sup> EGMR, *Soulas und andere v. Frankreich*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 10.7.2008, No. 15948/03.

<sup>110</sup> EGMR, *Kononov v. Lettland* (Anm. 4).

eines Dorfes begangen habe, die der Kollaboration mit den deutschen Besatzern verdächtigt wurden. In dem Dorf Mazie Bati war 1944 eine Einheit der auf Seiten der Sowjetunion kämpfenden Roten Partisanen von einem der Dorfbewohner an die deutschen Besatzer verraten worden. Die Partisanen waren daraufhin von den Deutschen getötet worden. Der Beschwerdeführer war Anführer einer Einheit der Roten Partisanen, die daraufhin neun Dorfbewohner, darunter drei Frauen, von denen eine im neunten Monat schwanger war, getötet und Gebäude niedergebrannt hatte. Er wurde aufgrund seiner Rolle als Anführer dieser Gruppe wegen Kriegsverbrechen gegen die Zivilbevölkerung verurteilt.<sup>111</sup>

### a) Mehrheitsmeinung

Die Sektion bejahte mit vier zu drei Stimmen eine Verletzung des Verbots rückwirkender Bestrafung aus Art. 7 Abs. 1 EMRK. Im Rahmen der Prüfung, ob seine Anführerschaft der Gruppe zum damaligen Zeitpunkt Völkerrecht verletzt habe und die betroffenen Dorfbewohner als Zivilisten anzusehen gewesen sein, führt die Mehrheit des Gerichtshofs aus, dass der Beschwerdeführer die Dorfbewohner legitimerweise für Kollaborateure habe halten können.<sup>112</sup> Das lettische Strafgericht habe versucht, diese Kollaboration mit der Notwendigkeit der betroffenen Personen zu rechtfertigen, sich selbst zu verteidigen und ihre Familien vor den Roten Partisanen zu schützen. Dieses Argument könne der Gerichtshof nicht akzeptieren. Zum einen wiederholte er, dass Nationalsozialismus als solcher vollkommen unvereinbar mit den grundlegendsten der Konvention unterliegenden Werten sei, so dass er, was auch immer die vorgebrachten Gründe seien, Pro-nazi-Haltungen oder aktiver Kollaboration mit den Kräften Nazi-Deutschlands keinerlei wie auch immer geartete Legitimität zusprechen könne.<sup>113</sup> Zum anderen hätten die Dorfbewohner wissen müssen, dass sie sich durch die Parteinahme für eine der Kriegsparteien dem Risiko von Vergeltungsaktionen seitens der anderen aussetzen würden.

Welchen Stellenwert der Verweis auf die Unvereinbarkeit des Nationalsozialismus mit der Konvention im Rahmen dieses Arguments besitzt, das im Rahmen der Prüfung, ob es sich bei den Dorfbewohnern um Zivilisten

<sup>111</sup> Vgl. EGMR, *Kononov v. Lettland* (Anm. 4), § 44.

<sup>112</sup> EGMR, *Kononov v. Lettland* (Anm. 4), § 129.

<sup>113</sup> EGMR, *Kononov v. Lettland* (Anm. 4), § 130 (“Firstly, it reiterates that National Socialism is in itself completely contrary to the most fundamental values underlying the Convention so that, whatever the reason relied on, it cannot grant any legitimacy whatsoever to pro-Nazi attitudes or active collaboration with the forces of Nazi Germany.”).

handelt, eher befremdet, wird aus dem Concurring Vote des niederländischen Richters *Myjer* deutlich. Dieser führt aus, es handele sich seines Wissens um den ersten Fall vor dem Gerichtshof, in welchem ein Beschwerdeführer nicht wegen seiner Tätigkeit auf Seiten der Nationalsozialisten, sondern auf Seiten der Alliierten strafrechtlich verurteilt worden sei.<sup>114</sup> In dieser Hinsicht unterscheide sich der Fall von anderen, wie dem Fall *Papon v. Frankreich*. Personen wie Papon seien Nazi-Kollaborateure gewesen, die kein Recht gehabt hätten, sich darüber zu beschweren, dass sie viele Jahre nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs wegen Kriegsverbrechen oder wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit verurteilt worden seien.<sup>115</sup>

Richter *Myjer* führt aus, seine Sicht der Dinge sei durch seinen eigenen nationalen Hintergrund in gewissem Sinne voreingenommen (“somehow tainted”).<sup>116</sup> Er sei in den Niederlanden unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg geboren und mit der Auffassung aufgewachsen, dass Nazis und ihre Kollaborateure gänzlich im Unrecht (“entirely in the wrong”) und diejenigen, die gegen die Nazis gekämpft hätten (einschließlich der Mitglieder von Widerstandsgruppen), gänzlich im Recht (“completely in the right”) gewesen seien. Welche Taten die Gruppen des Widerstands gegen die deutschen Besatzertruppen oder gegen Niederländer, die mit ihnen kollaboriert hatten, auch immer begangen hätten, es sei stets für den richtigen Zweck geschehen. Falls nach dem Krieg ein Mitglied einer Widerstandsgruppe eines Verbrechens für schuldig befunden worden sei, während des Kriegs ein Verbrechen begangen zu haben, würde dies sicherlich nichts mit seiner oder ihrer Untergrundarbeit zu tun gehabt haben, sondern mit der Begleichung persönlicher Rechnungen oder mit gewöhnlicher Kriminalität.<sup>117</sup> Für einen Augenblick habe er die Möglichkeit erwogen, dass es einen Unterschied gebe zwischen dem Verhalten der deutschen Besatzer in Ländern wie Lettland und ihrem Verhalten anderswo, wenn angenommen werden könnte, dass sie in Lettland keine Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit begangen hätten. Dann hätte es möglicherweise einigen Einwohnern Lettlands verziehen werden können, es als legitim zu empfinden mit diesen Besatzertruppen zu kollaborieren. Jedoch sei er nach Lektüre der entsprechenden Passagen über die deutschen Massentötungen in Lettland in dem

<sup>114</sup> Vgl. EGMR, *Kononov v. Lettland* (Anm. 4), Concurring Opinion Judge *Myjer*, § 5 (“To my knowledge this is the first case before this Court relating to events which took place during the Second World War in which the person on trial was not associated with the Nazis or their allies and collaborators, but was on the side of the Allied powers fighting the Nazis.”).

<sup>115</sup> Vgl. EGMR, *Kononov* (Anm. 4), Concurring Opinion Judge *Myjer*, § 6.

<sup>116</sup> EGMR, *Kononov v. Lettland* (Anm. 4), Concurring Opinion Judge *Myjer*, § 9 (“I must explain that my perception is somehow tainted by my own national background.”).

<sup>117</sup> EGMR, *Kononov v. Lettland* (Anm. 4), Concurring Opinion Judge *Myjer*, § 9.

Nürnberger *Kriegsverbrecher*-Urteil zu der sicheren Überzeugung gelangt, dass dies keineswegs der Fall gewesen sei. In dieser Beziehung stimme er der Argumentation in § 130 des Urteils zu, dass es auch in Lettland keine Rechtfertigung für eine “Pro-Nazi”-Haltung oder aktive Kollaboration mit den Nazis gebe.<sup>118</sup>

Die Mehrheit des Gerichtshofs hat folglich in *Kononov* ersichtlich tatsächlich dafür votiert, bei der Frage, ob das Rückwirkungsverbot verletzt war, jedenfalls auch danach zu unterscheiden, ob es sich um Kollaboration mit “Pro-Nazi”- oder “Anti-Nazi”-Kräften handelt. Sie hat auf diese Weise im Ergebnis eine Andersbehandlung solcher Kriegsverbrechen, die aus einer anti-nationalsozialistischen Motivation heraus begangen wurden, gegenüber solchen gerechtfertigt, die pro-nationalsozialistisch motiviert waren.

## b) Abweichende Meinung

Bei den drei dissentierenden Richtern (*Fura-Sandström*, *Björgvinsson* und *Ziemele*) ist dies allerdings auf Kritik gestoßen. In ihrer gemeinsamen abweichenden Meinung gehen sie unter anderem auf die Concurring Opinion des Richters *Myjer* ein. Dieser halte den Fall für einen besonderen, weil der Beschwerdeführer zu den alliierten Kräften gehört habe, die gegen die Nazis kämpften. In der abweichenden Meinung heißt es dazu weiter:

“Die rechtliche Grundlage für einen solchen Ansatz ist unklar. Warum sollte strafrechtliche Verantwortlichkeit davon abhängen, *auf welcher Seite diejenigen, die sich Kriegsverbrechen schuldig gemacht haben, standen?* Es gibt sicherlich nichts in der Konvention, das die Anwendung von Art. 7 allein auf Nazi-Verbrechen beschränkte. [...] Sicher, heute erstreckt sich die Konvention auf viel mehr Staaten als zur Zeit ihrer Entstehung. Bedeutet dies jedoch, nachdem diese Ausweitung stattgefunden hat, dass die erst später beigetretenen Vertragsparteien andere Rechte und Verpflichtungen unter Art. 7 EMRK haben? Oder, mit anderen Worten, dass die Konvention mit zweierlei Maß messen sollte (“operate with double standards”)? Wir denken nicht.”<sup>119</sup>

In seinem gesonderten abweichenden Votum nimmt der Richter *Björgvinsson* ferner auf die besondere historische Situation Lettlands Bezug, das 1940 zunächst von der Sowjetunion, dann 1941 vom nationalsozialistischen Deutschland besetzt worden sei, so dass es sich um den Kampf zweier totalitärer Regime um das lettische Staatsgebiet gehandelt habe. Das Ziel der

<sup>118</sup> EGMR, *Kononov v. Lettland* (Anm. 4), Concurring Opinion Judge *Myjer*, § 10.

<sup>119</sup> EGMR, *Kononov v. Lettland* (Anm. 4), Diss. Opinion Judges *Fura-Sandström*, *Björgvinsson*, *Ziemele*, § 3, Hervorhebung hinzugefügt.

Sowjetunion sei es nicht gewesen, Lettland von Nazi-Deutschland zu “befreien” und seine Unabhängigkeit wiederherzustellen, sondern die Kontrolle über Lettland als eine der sozialistischen Sowjetrepubliken wiederzuerlangen.<sup>120</sup> Es sei unstrittig, dass Art. 7 Abs. 2 EMRK unter anderem auf Kriegsverbrechen verweise, wie sie im Völkerrecht definiert seien. Genau wie das rechtliche Konzept des “Kriegsverbrechens” neutral gegenüber der Frage sei, welchen Staat die Täter militärisch repräsentierten, treffe auch Art. 7 Abs. 2 EMRK keine derartige Unterscheidung. Ob eine gegebene Handlung als Kriegsverbrechen einzustufen sei, hänge von der Natur der Handlung selbst und den Umständen ab, unter denen sie vorgenommen werde, nicht davon, welchen Staat der Handelnde repräsentiere.<sup>121</sup>

### c) Bewertung

Das *Kononov*-Urteil, das noch nicht rechtskräftig ist, weil die Große Kammer noch zu entscheiden hat, zeigt mit bemerkenswerter Deutlichkeit, zu welchen Schwierigkeiten die besonderen Restriktionen für pro-nazistische “Haltungen”, die der Gerichtshof im Bereich der Meinungsfreiheit aus Art. 17 EMRK ableitet, unter dem Gesichtspunkt der Standpunktneutralität führen können.

## 6. *Féret*-Urteil (2009) (Verurteilung eines Parlamentariers und Parteivorsitzenden für fremdenfeindliche Flugblätter)<sup>122</sup>

Ein ähnliches Vorgehen wie die *Soulas*-Entscheidung kennzeichnet das *Féret*-Urteil.<sup>122</sup> Der Beschwerdeführer, Vorsitzender einer rechtsradikalen belgischen Partei und seinerzeit Mitglied des belgischen Repräsentantenhauses, wurde für die Verteilung von fremdenfeindlichen Flugblättern wegen Aufstachelung zu Hass, Diskriminierung und Gewalt mit 250 Stunden gemeinnütziger Arbeit, einer zehnmonatigen Haftstrafe auf Bewährung und einem zehnjährigen Entzug seiner Wählbarkeit bestraft. Die Sektion des Gerichtshofs verneinte – mit vier gegen drei Stimmen – einen Verstoß gegen Art. 10 EMRK, prüfte diesen jedoch, wie in der *Soulas*-Entscheidung, zunächst unabhängig von Art. 17 EMRK, um erst im Anschluss daran die Anwendbarkeit von Art. 17 EMRK zu prüfen und (einstimmig) zu vernei-

<sup>120</sup> EGMR, *Kononov v. Lettland* (Anm. 4), Diss. Opinion Judge *Björgvinsson*, § 2.

<sup>121</sup> EGMR, *Kononov v. Lettland* (Anm. 4), Diss. Opinion Judge *Björgvinsson*, § 3.

<sup>122</sup> EGMR, *Féret v. Belgien*, Urteil vom 16.7. 2009, No. 15615/07 (französisch).

nen. Der Inhalt der Flugblätter rechtfertige die Anwendung des Art. 17 EMRK auf den vorliegenden Fall nicht.<sup>123</sup>

### III. Gegenläufige Bereiche der Rechtsprechung des EGMR

In einem Spannungsverhältnis zu der aus deutscher Perspektive betrachtet sehr restriktiven, die Reichweite des Art. 10 EMRK unter Berufung auf Art. 17 EMRK eng fassenden Rechtsprechung des EGMR steht seine Rechtsprechung zur Freiheit politischer Rede in anderen, nicht im engeren Sinne rechtsradikale Äußerungen betreffenden Bereichen, in denen er bei der Anwendung des Art. 17 EMRK teilweise deutlich zurückhaltender verfährt.

#### 1. *Leroy* (2008) (Karikatur zum 11.9.2001)

So griff der Gerichtshof in seinem Urteil im Fall *Leroy*,<sup>124</sup> an welchem die deutsche Richterin *Jaeger* mitgewirkt hat, nicht auf Art. 17 EMRK zurück, obwohl die Regierung sich bei ihrem Vortrag auf diese Vorschrift berufen hatte, sondern prüfte und verneinte in gewöhnlichen Bahnen einen Verstoß gegen Art. 10 EMRK.

Der Beschwerdeführer, ein französischer Cartoonist, wurde wegen Befürwortung des Terrorismus zu einer Geldstrafe verurteilt, weil er eine Karikatur zu den Terroranschlägen des 11.9.2001 an eine baskische Wochenzeitung geschickt hatte, die dort am 13.9.2001 gedruckt wurde. Auf der Zeichnung war der Anschlag auf die Zwillingstürme des World Trade Center abgebildet und mit einer Überschrift versehen, welche den Werbeslogan einer bekannten Marke parodierte: "Wir alle haben davon geträumt ... Hamas hat es getan." Durch die Befürwortung der tödlichen Tat habe der Cartoonist die Anwendung von Terrorismus gerechtfertigt.

Der Gerichtshof verneinte eine Verletzung von Art. 10 EMRK. Der Eingriff habe verschiedene legitime Zwecke im Zusammenhang mit dem Kampf gegen den Terrorismus verfolgt, nämlich die Erhaltung der öffentlichen Sicherheit und die Verhinderung von Ordnungsstörungen und Straftaten. Der Eingriff sei auch notwendig in einer demokratischen Gesellschaft gewesen. Es habe sich um einen Beitrag zu einem Gegenstand von öffentlichem Inter-

---

<sup>123</sup> EGMR, *Féret* (Anm. 122), § 82 ("Enfin, la Cour considère que le contenu des tracts incriminés ne justifie pas l'application de l'article 17 de la Convention en l'espèce.").

<sup>124</sup> EGMR, *Leroy v. Frankreich*, Urteil vom 2.10.2008, No. 36109/03.

esse gehandelt. Die Zeichnung habe sich jedoch nicht auf Kritik am amerikanischen Imperialismus beschränkt, sondern dessen gewalttätige Zerstörung unterstützt und verherrlicht. Durch die Überschrift habe der Beschwerdeführer moralische Unterstützung für diejenigen zum Ausdruck gebracht, die er für die Täter der Anschläge hielt. Er habe durch die Wortwahl die gegen tausende Zivilpersonen verübte Gewalttat zustimmend kommentiert und die Würde der Opfer beeinträchtigt. Die nationalen Gerichte hätten den Kontext des Falles berücksichtigt und geprüft, ob das öffentliche Interesse den Gebrauch eines Maßes an Provokation und Übertreibung gerechtfertigt habe. Es müsse anerkannt werden, dass die Zeichnung unter den Umständen des Falles eine besondere Bedeutung erlangt habe, wie dem Beschwerdeführer bewusst geworden sein müsse. Das Datum der Publikation kurz nach den Anschlägen, am 13.09.2001, habe die Verantwortung des Beschwerdeführers für seine Darstellung, sowohl aus künstlerischer wie auch aus journalistischer Perspektive, erhöht. Zudem sei die Wirkung einer solchen Botschaft in einer politisch sensiblen Region, dem Baskenland, nicht zu vernachlässigen; trotz der begrenzten Auflage der Zeitung habe die Veröffentlichung eine öffentliche Reaktion hervorgerufen, die in der Lage gewesen sei, zu Gewalt anzuregen und die öffentliche Ordnung in der Region zu beeinträchtigen. Folglich seien die von den nationalen Gerichten vorgebrachten Gründe relevant und ausreichend. Mit Rücksicht auch auf die relativ geringe Höhe der Geldstrafe sei die Maßnahme nicht unverhältnismäßig zu dem verfolgten legitimen Zweck gewesen, so dass Art. 10 EMRK nicht verletzt worden sei. Bemerkenswert an dem Urteil ist in diesem Kontext, dass der Gerichtshof, statt eine Anwendung des Art. 17 EMRK in Betracht zu ziehen, immerhin einen gewöhnlichen Eingriff in Art. 10 EMRK angenommen hat und in eine vergleichsweise ausführliche und stark einzelfallbezogene Würdigung der Rechtfertigung eingetreten ist.<sup>125</sup>

---

<sup>125</sup> Vgl. gleichwohl mit guten Gründen kritisch gegenüber der Entscheidung, unter anderem wegen Missachtung der in der sonstigen Rechtsprechung des Gerichtshofs angelegten Maßstäbe für die direkte oder indirekte Aufforderung zu Gewalttaten (incitement): S. *Sottiaux*, *Leroy v France: Apology of Terrorism and the Malaise of the European Court of Human Rights' Free Speech Jurisprudence*, *European Human Rights Law Review* 14 (2009), 415 (425 ff.).

## 2. *Orban* (2009) (General *Aussaresses*-Buch zu Folterungen im Algerien-Krieg – keine Anwendung des Art. 17 EMRK)

Das *Orban*-Urteil von 2009, an welchem die deutsche Richterin *Jaeger* beteiligt war, betraf zwei Beschwerdeführer, die ein Buch des französischen Generals *Aussaresses* mit dem Titel “Spezialkräfte Algerien 1955-1957” herausgegeben hatten. In dem Buch beschreibt General *Aussaresses*, ein früheres Mitglied dieser Spezialkräfte, unter anderem Folterungen und Gruppenschießungen, für die er mitverantwortlich war, als Teil der ihm damals übertragenen Aufgaben, zu deren Erfüllung er verpflichtet gewesen sei, so dass er sie nicht zu bereuen habe.<sup>126</sup> Die Beschwerdeführer wurden wegen “öffentlicher Verteidigung von Kriegsverbrechen” zu Geldstrafen verurteilt. Der EGMR sah durch die Verurteilung die Meinungsfreiheit verletzt. Er sah keinen rechtfertigenden Grund für den Eingriff, da es sich um die Stellungnahme eines Zeitzeugen in einer Angelegenheit von öffentlichem Interesse handele.

Vor der Prüfung des Art. 10 EMRK ging der Gerichtshof, dem Nichtanwendungsmodell entsprechend, darauf ein, ob Art. 17 EMRK anwendbar sei, verneinte dies jedoch. Zweifellos seien Stellungnahmen, welche unmissverständlich Kriegsverbrechen wie Folter oder Gruppenexekutionen rechtfertigen, charakteristisch für einen Versuch, Art. 10 EMRK von seinem ursprünglichen Zweck zu entfernen. Jedoch könne der Gerichtshof nicht feststellen, dass das publizierte Werk auf ein solches Ziel gerichtet gewesen sei. Der Inhalt des Buches spreche dafür, dass es seinem Autor darum gegangen sei, als unmittelbarer Zeitzeuge zu einer historischen Debatte über ein Thema – den Gebrauch von Folter und Gruppenschießungen durch die französischen Autoritäten während des Algerienkriegs – beizutragen, welches, obwohl sensitiv und kontrovers, ohne Zweifel ein Gegenstand von öffentlichem Interesse gewesen sei. Unter diesen Umständen könne nicht gesagt werden, dass die Beschwerdeführer ihr Recht auf Meinungsfreiheit für Zwecke genutzt hätten, die im Gegensatz zu Buchstaben und Geist der Konvention stünden, um Art. 10 EMRK von seinem ursprünglichen Zweck zu entfernen. Art. 17 EMRK komme daher nicht ins Spiel.<sup>127</sup>

<sup>126</sup> EGMR, *Orban, De Bartillat und Éditions Plon v. Frankreich*, Urteil vom 15.1.2009, No. 20985/05, § 7 (“L’action que j’ai menée en Algérie, c’était pour mon pays, croyant bien faire, même si je n’ai pas aimé le faire. Ce que l’on a fait en pensant accomplir son devoir, on ne doit pas le regretter.”).

<sup>127</sup> EGMR, *Orban, De Bartillat und Éditions Plon v. Frankreich* (Anm. 126), § 33-37.

### 3. Rechtsprechung zur Auswirkung der Mitgliedschaft in nicht verbotenen Parteien und Vereinigungen auf Tätigkeiten im öffentlichen Dienst

In besonders engem Zusammenhang, aber ebenfalls in gewissem Kontrast zu den Entscheidungen zu Art. 17 EMRK steht die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu der Frage, wie sich die Mitgliedschaft in nicht verbotenen, extremistischen Parteien und Vereinigungen auf die Tätigkeit im öffentlichen Dienst auswirkt. Hervorhebungswürdig ist in diesem Bereich vor allem zweierlei: zum einen, dass der EGMR Art. 17 EMRK bislang in diesem Bereich nicht zur Anwendung bringt, und zwar auch dort nicht, wo es um die Mitgliedschaft in rechtsextremen politischen Parteien geht. Zum anderen fällt auf, dass der Gerichtshof hier – im Fall *Vogt* – die Rechtsprechung des BVerfG beanstandet und die Meinungs- und Vereinigungsfreiheit anders als dieses als verletzt angesehen hat – allerdings insoweit bislang auf den Fall der Mitgliedschaft in einer nicht verbotenen *linksextremen* Partei (DKP) beschränkt.

Das BVerfG hat Berufsverbote wegen der Mitgliedschaft in nicht verbotenen politischen Parteien grundsätzlich unter Berufung auf die besondere Treuepflicht von Beamten für zulässig erklärt. Es ist in seinem *Extremisten*-Beschluss davon ausgegangen, seine Rechtsprechung zum Parteienprivileg, nach der die Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen, aber nicht vom Verfassungsgericht für verfassungswidrig erklärten Partei nicht zu Rechtsnachteilen führen darf, erstrecke sich nicht auf das Beamtenverhältnis.<sup>128</sup> Der Gerichtshof hat zu dieser Frage bislang nicht allgemein Stellung genommen. Er hat jedoch im Fall *Vogt* die Entlassung einer Lehrerin für die Fächer Deutsch und Französisch aus dem Schuldienst aufgrund ihrer Mitgliedschaft und Betätigung für die DKP als Verletzung von Art. 10 und 11 EMRK angesehen. Er entschied (allerdings mit der knappen Mehrheit von zehn zu neun Stimmen), dass die Entlassung im konkreten Fall unverhältnismäßig gewesen sei.<sup>129</sup> Dazu verwies die Mehrheit der Großen Kammer unter anderem darauf, dass der Beschwerdeführerin allein ihre aktive Mitgliedschaft in der DKP, ihre Ämter in dieser Partei sowie ihre Kandidatur in Wahlen zum Landesparlament vorgehalten worden seien. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin in ihrem Schuldienst oder außerhalb tatsächlich verfassungsfeindliche Äußerungen getätigt oder sich persönlich eine verfassungsfeindliche Haltung zueigen gemacht habe.<sup>130</sup>

<sup>128</sup> BVerfGE 39, 334 (358 ff.).

<sup>129</sup> EGMR, *Vogt v. Deutschland*, Urteil vom 26.9.1995, No. 7/1994/454/535, §§ 60 f.

<sup>130</sup> EGMR, *Vogt v. Deutschland* (Anm. 129), § 60.

Dabei hat er Gerichtshof einen Eingriff in die Rechte aus Art. 10 und Art. 11 EMRK angenommen und eine Rechtfertigung geprüft und verneint, ohne Art. 17 EMRK zur Anwendung zu bringen. Auch die abweichenden Voten erwähnen Art. 17 EMRK nicht, sondern bejahen, anders als die Mehrheit, die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs nach Art. 10 Abs. 2 EMRK. So ist der Gerichtshof auch in jüngeren Unzulässigkeitsentscheidungen verfahren, in welchen er die Individualbeschwerden wegen offensichtlicher Unbegründetheit als unzulässig zurückwies, weil die dortigen Maßnahmen nicht, wie der Fall *Vogt*, eine Art. 10 EMRK berührende nachträgliche Entlassung aus dem Dienst betrafen, sondern die Beschwerdeführer ein von der Konvention nicht gewährleitetes Recht auf Zugang zum öffentlichen Dienst geltend gemacht hatten.<sup>131</sup>

#### 4. *Vajnai* (2008) (Bestrafung wegen Tragens eines roten Sterns – Verletzung von Art. 10 EMRK)

Als Beispiel dafür, dass der EGMR die Freiheit politischer Rede in seiner Rechtsprechung außerhalb des Bereichs rechtsextremer Rede durchaus zu betonen vermag, sei abschließend auf das Urteil im Fall *Vajnai*<sup>132</sup> verwiesen. Der Beschwerdeführer war Vizepräsident der Arbeiterpartei, einer eingetragenen (“registered”) linksorientierten (“left-wing”) Partei. Bei einer Rede auf einer rechtmäßigen Demonstration im Zentrum von Budapest trug er an seiner Kleidung als Symbol der internationalen Arbeiterbewegung einen fünfzackigen roten Stern von fünf Zentimetern Durchmesser. Auf die Aufforderung eines Polizisten nahm er den Stern ab. Später wurde er wegen Tragens totalitärer Symbole<sup>133</sup> strafrechtlich verurteilt, die Festsetzung einer Sanktion wurde für ein Jahr zur Bewährung ausgesetzt.

Der Gerichtshof stellte eine Verletzung von Art. 10 EMRK fest. Er nahm Bezug auf seine ständige Rechtsprechung, nach der unter Art. 10 Abs. 2

<sup>131</sup> EGMR, *Otto v. Deutschland*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 24.11.2005, No. 27574/02; EGMR, *Erdel v. Deutschland*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 13.2.2007, No. 30067/04; EGMR, *Lahr v. Deutschland*, Unzulässigkeitsentscheidung vom 1.7.2008, No. 16912/05.

<sup>132</sup> EGMR, *Vajnai v. Ungarn*, Urteil vom 8.7.2008, No. 33629/06.

<sup>133</sup> Vgl. EGMR, *Vajnai v. Ungarn* (Anm. 132), § 15: “Section 269/B – The use of totalitarian symbols

(1) A person who (a) disseminates, (b) uses in public or (c) exhibits a swastika, an SS-badge, an arrow-cross, a symbol of the sickle and hammer or a red star, or a symbol depicting any of them, commits a misdemeanour – unless a more serious crime is committed – and shall be sentenced to a criminal fine (*pénzbüntetés*).”

EMRK wenig Spielraum für Beschränkungen politischer Rede (“political speech”) oder von Debatten über Fragen von öffentlichem Interesse (“questions of public interest”) bestehe.<sup>134</sup> Die Entscheidung des Beschwerdeführers, in der Öffentlichkeit einen roten Stern zu tragen, müsse als sein Weg verstanden werden, seine politischen Auffassungen zum Ausdruck zu bringen. Der Fall sei von einem früheren Fall von 1999 zu unterscheiden, in welchem der Gerichtshof die Beschränkung von Meinungsäußerungen eines ungarischen Polizeibeamten für vereinbar mit Art. 10 EMRK erklärt hatte. Zum einen sei der jetzige Beschwerdeführer ein Politiker, der keine Hoheitsbefugnisse ausübe, während der damalige Beschwerdeführer (Rekvényi) ein Polizeibeamter gewesen sei. Zum anderen seien seit Ungarns Übergang zum Pluralismus fast zwei Jahrzehnte vergangen und das Land habe sich als eine stabile Demokratie erwiesen.<sup>135</sup> Es sei nach seiner vollen Integration in das Wertesystem des Europarates und der Konvention Mitgliedstaat der Europäischen Union geworden. Ferner führte der Gerichtshof aus:

“Zudem gibt es keine Anzeichen für eine reale und gegenwärtige Gefahr (“*a real and present danger*”) dafür, dass irgendeine politische Bewegung oder Partei die kommunistische Diktatur wiederherstellt. Die Regierung hat die Existenz einer solchen Bedrohung vor dem Erlass des fraglichen Verbots nicht nachgewiesen.”<sup>136</sup>

Werde die Meinungsfreiheit – wie im vorliegenden Fall – in Form politischer Rede ausgeübt, so seien Beschränkungen nur dann gerechtfertigt, wenn ein klares, dringendes und spezifisches soziales Bedürfnis bestehe (“*a clear, pressing and specific social need*”).<sup>137</sup> Folglich müsse bei der Anwendung jeglicher Einschränkungen höchste Sorgfalt beachtet werden, insbesondere wenn der Fall Symbole betrifft, die mehrere Bedeutungen haben können. Der rote Stern repräsentiere nicht ausschließlich die kommunistische totalitäre Herrschaft, sondern ebenso weiterhin die internationale Arbeiterbewegung, ebenso wie bestimmte rechtmäßige Parteien, die in verschiedenen Konventionsstaaten aktiv seien. Das fragliche Verbot sei mit Blick auf diese unterschiedliche Bedeutung des roten Sterns zu weit gefasst. Was das Ziel der Verhinderung einer Ordnungsstörung betreffe, stelle der Gerichtshof fest, dass die Regierung auf keinen Fall verwiesen habe, in wel-

<sup>134</sup> EGMR, *Vajnai v. Ungarn* (Anm. 132), § 47.

<sup>135</sup> EGMR, *Vajnai v. Ungarn* (Anm. 132), § 49.

<sup>136</sup> EGMR, *Vajnai v. Ungarn* (Anm. 132), § 49 (“Moreover, there is no evidence to suggest that there is a real and present danger of any political movement or party restoring the Communist dictatorship. The Government have not shown the existence of such a threat prior to the enactment of the ban in question.”).

<sup>137</sup> EGMR, *Vajnai v. Ungarn* (Anm. 132), § 51.

chem eine tatsächliche oder auch nur entfernte Gefahr einer Ordnungsstörung durch das öffentliche Zeigen des roten Sterns ausgelöst worden sei. Die Eindämmung einer lediglich spekulativen Gefahr (“a mere speculative danger”), als präventive Maßnahme zum Schutz der Demokratie, könne nicht als ein “dringendes soziales Bedürfnis” (“pressing social need”) angesehen werden.<sup>138</sup>

#### IV. Vergleichender Blick auf den *Wunsiedel*-Beschluss des BVerfG von 2009

Die bisherige Analyse hat einen deutlichen Kontrast zwischen der Rechtsprechung des EGMR im Bereich extremistischer Meinungsäußerungen und derjenigen des BVerfG ergeben, welche sich als deutlich liberaler darstellt und insbesondere der Grundsatzfrage der Meinungsneutralität mehr Augenmerk schenkt.

Nun kann man einwenden, auch das BVerfG sei mit seinem *Wunsiedel*-Beschluss dieser Grundsatzfrage ausgewichen, indem es für den entscheidenden Bereich der Billigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft eine Ausnahme von dem Allgemeinheitserfordernis des Art. 5

---

<sup>138</sup> EGMR, *Vajnai v. Ungarn* (Anm. 132), § 55. Vgl. ferner EGMR, *Vajnai v. Ungarn* (Anm. 132), § 57: “Der Gerichtshof ist sich natürlich bewusst, dass der systematische Terror der zur Erhaltung der kommunistischen Herrschaft in verschiedenen Staaten, einschließlich Ungarn, angewendet worden ist, eine schwere Narbe im Geiste und im Herzen Europas bleibt. Er erkennt an, dass die Ausstellung eines Symbols, welches während der Herrschaft dieser Regime allgegenwärtig war, Unbehagen unter den früheren Opfern und ihren Angehörigen auslösen kann, welche sie berechtigtermaßen als respektlos empfinden können. Er geht gleichwohl davon aus, dass solche Gefühle, wie nachvollziehbar sie auch seien, nicht allein die Grenzen der Meinungsfreiheit bestimmen können. Angesichts der wohlbekanntesten Vergewisserungen rechtlicher, moralischer und materieller Art, die die ungarische Republik gegenüber den Opfern geleistet hat, können solche Gefühle nicht als rationale Befürchtungen angesehen werden. Nach Auffassung des Gerichtshofs erfüllt ein Rechtssystem, welches die Menschenrechte beschränkt, um den Diktaten der öffentlichen Meinung gerecht zu werden, nicht dringende Bedürfnisse, die in einer demokratischen Gesellschaft anerkannt werden, da eine solche Gesellschaft in ihrem Urteil vernünftig bleiben muss. Alles andere würde bedeuten, die Freiheit der Rede und der Meinung einem “Heckler’s veto” zu unterwerfen.” (“It nevertheless considers that such sentiments, however understandable, cannot alone set the limits of freedom of expression. Given the well-known assurances which the Republic of Hungary provided legally, morally and materially to the victims of Communism, such emotions cannot be regarded as rational fears. In the Court’s view, a legal system which applies restrictions on human rights in order to satisfy the dictates of public feeling – real or imaginary – cannot be regarded as meeting the pressing social needs recognised in a democratic society, since that society must remain reasonable in its judgement. To hold otherwise would mean that freedom of speech and opinion is subjected to the heckler’s veto.”).

Abs. 2 GG anerkannt und § 130 Abs. 4 StGB trotz seines Sonderrechtscharakters als grundrechtskonform bewertet hat. Bedarf deshalb der bisherige Befund eines deutlichen Kontrastes zwischen den Rechtsprechungslinien der beiden Gerichte der Revision?

### 1. Das Verbot des Sonderrechts gegen “bestimmte Meinungen” aus Art. 5 Abs. 2 GG als Verbot der Standpunkt- diskriminierung – ein Mittelweg zwischen EGMR und U.S. Supreme Court

Zunächst ist dazu festzuhalten, dass der *Wunsiedel*-Beschluss die Sonderrechtslehre aus einem Jahrzehnte dauernden Dornröschenschlaf geweckt hat. Am offenkundigsten betrifft dies zunächst den Begriff des allgemeinen Gesetzes in Art. 5 Abs. 2 GG. Das BVerfG hat die seit dem *Lüth*-Urteil offene Frage, ob den Sonderrechtselementen in der Kombinationsformel zum allgemeinen Gesetz<sup>139</sup> neben dem Abwägungserfordernis eine eigenständige Bedeutung zukommt, nunmehr eindeutig bejaht, und auch auf die Frage, worin diese Bedeutung genauer liegen soll, eine Antwort gegeben: Das Sonderrechtsverbot kehrt als Verbot der Standpunktdiskriminierung in die verfassungsgerichtliche Praxis zurück.

Nicht schon jede Anknüpfung an Meinungsinhalte (im weiteren Sinne) führt danach zum Verlust der Allgemeinheit des Gesetzes. Auch von inhaltsbezogenen Gesetzen ist in der Regel zu vermuten, dass sie allgemein sind, wenn sie dem Schutz eines auch sonst in der Rechtsordnung geschützten Rechtsguts dienen.<sup>140</sup> Damit wird die Ergänzung der *Lüth*-Formel aufgegriffen, die das BVerfG bereits im Beschluss zur *Bochumer Synagoge* und im *Cicero*-Beschluss entwickelt hatte, und in der das Allgemeinheitserfordernis auf das geschützte Rechtsgut bezogen wird: dieses “muss in der Rechtsordnung allgemein und damit unabhängig davon geschützt sein, ob es durch Meinungsäußerungen oder auf andere Weise verletzt werden kann”.<sup>141</sup>

<sup>139</sup> Vgl. BVerfGE 7, 198 (209 f.) (Gesetze, “die ‘nicht eine Meinung als solche verbieten, sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten’, die vielmehr ‘dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen’, dem Schutze eines Gemeinschaftswerts, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat”).

<sup>140</sup> BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 55.

<sup>141</sup> BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 54, unter Verweis auf BVerfGE 111, 147 (155) – *Bochumer Synagoge*; 117, 244 (260) – *Cicero*. Vgl. ebenso auch bereits *W. Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten, 2002, 103 f. (Art. 5 Rn. 48).

Der *Wunsiedel*-Beschluss stellt jedoch klar, dass die Allgemeinheit des Rechtsgutschutzes noch keine hinreichende Bedingung für die Allgemeinheit des Gesetzes ist.<sup>142</sup> Die dadurch begründete Vermutung zugunsten der Allgemeinheit ist widerleglich, und zwar durch den Aufweis einer Standpunktdiskriminierung. An der Allgemeinheit fehlt es, wenn “eine inhaltsbezogene Meinungsbeschränkung nicht hinreichend offen gefasst ist und sich von vornherein nur gegen bestimmte Überzeugungen, Haltungen oder Ideologien richtet”.<sup>143</sup> Maßgeblich für die Standpunktneutralität in diesem Sinne ist, ob die Norm in einer “Gesamtsicht” eine “prinzipielle inhaltliche Distanz zu den verschiedenen konkreten Positionen im politischen und weltanschaulichen Meinungskampf wahr”.<sup>144</sup>

Das BVerfG beantwortet also die Gretchenfrage jeder Sonderrechtslehre, welche Meinungen denn “bestimmte” Meinungen sind, soweit es um die Allgemeinheit nach Art. 5 Abs. 2 GG geht mit dem Verweis auf die Standpunktneutralität: Bestimmte Meinungen im Sinne der *Lütth*-Formel sind politische, religiöse oder weltanschauliche Standpunkte, Grundpositionen oder Ideologien.<sup>145</sup> Das Verbot, gegen bestimmte Meinungen vorzugehen, verbietet es, unter solchen Standpunkten einzelne herauszugreifen und gegenüber anderen zu diskriminieren. Das Gericht verweist ausdrücklich auf die Nähe dieses Konzeptes zu Art. 3 III GG.<sup>146</sup>

Dieses Verständnis des Sonderrechtsverbots weist in rechtsvergleichender Hinsicht eine augenfällige Verwandtschaft zu der im U.S.-amerikanischen Verfassungsrecht geläufigen Unterscheidung zwischen Inhalts- und Standpunktdiskriminierung auf. Während die im ersten Zusatz zur Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika gewährleistete Freiheit der Rede<sup>147</sup>

<sup>142</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 56 (“lediglich Indiz”).

<sup>143</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 57.

<sup>144</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 60.

<sup>145</sup> Vgl. die folgenden, zahlreichen Umschreibungen der Allgemeinheit oder Nichtallgemeinheit: BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 56 (“in Neutralität zu den verschiedenen politischen Strömungen und Weltanschauungen”), 57 (“bestimmte [...] Ideologien”), 58 (“im politischen Kräftefeld [...] gegenüber verschiedenen Gruppierungen offen”; “politische [...], religiöse [...] oder weltanschauliche [...] Grundpositionen”), 59 (“konkretstandpunktbezogene, insbesondere etwa ideologiebezogene Unterscheidungen”; “inhaltliche Positionen einzelner vorfindlicher Gruppierungen”; “konkrete [...] Geisteshaltung oder [...] spezifische [...], weltanschauliche [...], politische [...] oder historische [...] Deutung”; “Anhänger bestimmter politischer, religiöser oder weltanschaulicher Auffassungen”; “konkrete [...] Positionen im politischen und weltanschaulichen Meinungskampf”), 61 (“nicht blind gegenüber vorfindlichen Grundpositionen”; “bereits im Tatbestand konkretstandpunktbezogene Kriterien”), 63 (“konkretstandpunktbezogene Anknüpfungen”); vgl. auch die Verweise in Rn. 56 und 60 auf BVerfGE 47, 198 (232: “unabhängig von einer politischen Überzeugung”).

<sup>146</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 59.

<sup>147</sup> “Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech [...].”

nach der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court schon jede Anknüpfung an Meinungsinhalte (“content discrimination”) grundsätzlich verbietet, führt die Standpunktdiskriminierung (“viewpoint discrimination”) nochmals zu einer Verstärkung der Vermutung der Verfassungswidrigkeit. Die “viewpoint discrimination” stellt sozusagen die “Kardinalsünde” wider die Meinungsfreiheit dar.<sup>148</sup>

Indem das BVerfG keine umfassende Inhaltsneutralität, wohl aber Standpunktneutralität verlangt, bewegt es sich auf einer mittleren Linie zwischen der insoweit stärker meinungsfreiheitsfreundlichen Rechtsprechung des U.S. Supreme Court und der in dieser Hinsicht wesentlich restriktiveren Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 und 17 EMRK, in der das Gebot der Meinungsneutralität bislang praktisch keine Rolle spielt.

## 2. Strikter Charakter des Sonderrechtsverbots aus Art. 5 Abs. 2 GG

Sodann ist hervorzuheben, dass das Sonderrechtsverbot nach dem *Wunsiedel*-Beschluss als “striktes Diskriminierungsverbot”<sup>149</sup> für “*alle meinungsbeschränkenden Gesetze*” gilt; ihm unterliegen danach gesetzliche Bestimmungen “zum Schutz der Jugend oder der persönlichen Ehre” ebenso “*wie solche zum Schutz anderer Rechtsgüter*”.<sup>150</sup> Das bedeutet insbesondere, dass auch *kollidierendes Verfassungsrecht*, soweit es als Grundlage für Schrankenregelungen anerkannt wird,<sup>151</sup> nur in standpunktneutraler Weise konkretisiert werden darf. Nichts anderes kann etwa auch für Gesetze über Wehrdienst und Ersatzdienst gemäß Art. 17a GG gelten. Verbleibende eigenständige Bedeutung behalten diese besonderen Schranken ebenso wie die Benennung des Ehr- und Jugendschutzes in Art. 5 II GG für die Verhältnismäßigkeitsprüfung. Sie stellen klar, dass den jeweiligen Gesichtspunkten als legitimen Zwecken allgemeiner Gesetze im Rahmen der Abwägung ein besonderes, nämlich durch die Verfassung selbst anerkanntes Gewicht beizumessen ist. Sie befreien hingegen nicht von dem Gebot der Standpunktneutralität, das nach dem Beschluss keiner Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips unterliegt.

<sup>148</sup> Vgl. dazu die Nachweise oben in Anm. 2.

<sup>149</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 59.

<sup>150</sup> BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 63, Hervorh. hinzugefügt.

<sup>151</sup> Vgl. BVerfGE 111, 147 (157) (“Schranken der Meinungsfreiheit können sich auch aus kollidierenden *Grundrechten* und damit aus der Verfassung selbst ergeben [...]”), Hervorhebung hinzugefügt.

### 3. Die Ausnahme vom Sonderrechtsverbot – und ihr singulärer Charakter

Was ist nun aber mit der Ausnahme, die der Beschluss dem Sonderrechtsverbot, das ansonsten so strikt gelten soll, hinzufügt? Wird dadurch nicht das hehre Bekenntnis zum Gebot der Standpunktneutralität im entscheidenden Bereich jeder praktischen Wirkung sogleich wieder beraubt?

Der Beschluss konfrontiert an dieser Stelle in zweifacher Hinsicht mit Singulärem: Singulär ist zum einen die Ehrlichkeit, mit welcher das Gericht den argumentativen Bruch offen legt, das radikale Abweichen von der herkömmlichen Dogmatik des Art. 5 GG, welches trotz des Sonderrechtscharakters des § 130 IV StGB zu dem Ergebnis führen soll, die Vorschrift sei verfassungsmäßig. Singulären Charakter<sup>152</sup> hat aber auch die ungeschriebene Ausnahme vom qualifizierten Schrankenerfordernis der Allgemeinheit selbst. Sie bildet in der Entscheidung einen erratischen Block, kaum in gewohnten grundrechtsdogmatischen Kategorien fassbar, erkennbar nicht als auf andere Fälle übertragbar gedacht.<sup>153</sup>

Hat das BVerfG damit vor dem fundamentalen, für das Recht und die Rechtsprechung schlechthin konstitutiven Anspruch auf Verallgemeinerbarkeit kapituliert? Weckt der Beschluss insoweit nicht Erinnerungen an das Urteil *Bush v. Gore*, welches die erste Amtszeit des Präsidenten *George W. Bush* sicherte? Auch der U.S. Supreme Court bezeichnete maßgebliche Aussagen als nicht auf andere Fälle übertragbar, was der Kritik Nahrung gab, die im entscheidenden Punkt fünf zu vier getroffene Entscheidung sei letztlich von parteilichen Motiven bestimmt gewesen.<sup>154</sup> Nun hat das

<sup>152</sup> Vgl. allerdings auch BVerfGE 95, 96 (132 f.) – *Mauerschützen* (Ausnahme von der im "Normalfall" "absoluten und strikten" Geltung des Rückwirkungsverbots "[i]n dieser ganz besonderen Situation [...]"); 97, 228 (265 f.) – *Kurzberichterstattung* (Anwendung ungeschriebener Schrankenforderungen statt der geschriebenen Schrankenregelung des Art. 13 Abs. 3 GG a.F., jetzt Art. 13 Abs. 4 GG, auf Betriebsbetretungen trotz Qualifizierung als Eingriff).

<sup>153</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Leitsatz 1 und Rn. 64 ("sich allgemeinen Kategorien entziehenden Unrechts"), Rn. 52 ("einzigartigen Unrechts"; "Wirkungen [...], denen nicht allein in verallgemeinerbaren Kategorien Rechnung getragen werden kann"), 65 ("gegenbildlich identitätsprägende Bedeutung, die einzigartig ist"), 66 ("mit anderen Meinungsäußerungen nicht vergleichbar"; "auf andere Konflikte nicht übertragbare einzigartige Konstellation"), 68 ("Einzigartigkeit der Verbrechen"), 81 ("in der Geschichte einmalig").

<sup>154</sup> Vgl. *Bush v. Gore*, 521 U.S. 28, 109 (2000) ("Our consideration is limited to the present circumstances [...]"); s. zur Diskussion etwa *E. G. Dionne/W. Kristol* (Hrsg.), *Bush v. Gore, The Court Cases and the Commentary*, 2001, sowie – die Entscheidung verteidigend –: *N. Lund*, *Bush v. Gore at the Dawning of the Age of Obama*, *Florida Law Review*, 61 (2009), 1101 ff.

BVerfG im Gegensatz dazu mit einer Stimme gesprochen, auch wenn es nicht mitteilt, ob die Entscheidung einstimmig gefallen ist. Weder sind Gegenstimmen verzeichnet, noch findet sich ein abweichendes Votum. Auch lässt sich gegen den Vorwurf prinzipienloser Ergebnisorientierung immerhin geltend machen, dass das Gericht eine historische Begründung gibt.<sup>155</sup> Diese Begründung könnte im Sinne des zunächst paradox anmutenden, aber zumindest verallgemeinerungsfähigen Gedanken jeweils singulärer, historisch-kontingenter nationaler Ausnahmen von dem Menschenrecht auf Meinungsfreiheit gedeutet werden. Verallgemeinerbar wäre dann gerade auch die strikte, die Wirkungen des Grundrechtes im Übrigen unberührt lassende Beschränkung solcher Ausnahmen vom Allgemeinheitserfordernis auf einen jeweils eng umgrenzten, auf konkrete historische Ereignisse bezogenen Bereich.

Eine andere Frage ist freilich, ob die vom Gericht gegebene historische Begründung Jahrzehnte nach Kriegsende und unter den Bedingungen einer stabilen freiheitlichen Demokratie noch überzeugen kann. Das ist meines Erachtens zu verneinen.<sup>156</sup> Das Gericht hätte daher konsequent bleiben und die Vorschrift als Sonderrecht verwerfen sollen. Nimmt man jedoch insoweit den entgegengesetzten Standpunkt des BVerfG ein, eine Abweichung von dem Sonderrechtsverbot sei aus historischen Gründen geboten, so trägt die gewählte Konstruktion einer ungeschriebenen Ausnahme im Vergleich zu denkbaren Alternativen (ungeschriebener Schutzbereichsausschluss, Rückgriff auf ein kollidierendes Verfassungsprinzip) zumindest dem Grundgedanken einer engen Begrenzung auf die historisch-kontingente Begründung dieser Abweichung Rechnung. Sie hält die Kosten für den Schutz der Meinungsfreiheit so gering wie bei diesem Ergebnis möglich und erscheint daher als das noch vergleichsweise geringste Übel.

Dementsprechend restriktiv wird die Ausnahme in dem Beschluss umschrieben. Sie gilt allein für Bestimmungen, die der "propagandistischen Gutheißung" der historischen nationalsozialistischen Gewalt- und Willkür-

---

<sup>155</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 64-66.

<sup>156</sup> Vgl. die im Lichte des Beschlusses wie eine prophetisch vorweggenommene Kritik wirkende Aussage *W. Hoffmann-Riems*, Demonstrationsfreiheit auch für Rechtsextremisten? – Grundsatzüberlegungen zum Gebot rechtsstaatlicher Toleranz, NJW 2004, 2777 (2782) ("In über 50 Jahren ist der Rechtsstaat des Grundgesetzes stark genug geworden, um sich auch gegenwärtig zuzutrauen und zutrauen zu dürfen, seine Garantien unparteiisch auf alle zu erstrecken."), die sich allerdings nicht auf den Begriff des allgemeinen Gesetzes bezieht (vgl. dazu die Nachweise oben in Anm. 16); vgl. pointiert ferner *C. Rath*, in: Die Tageszeitung vom 18.11.2009 ("Diese Lösung hätte überzeugt, wenn die Richter sie bereits vor sechzig Jahren präsentiert hätten.").

herrschaft zwischen 1933 und 1945 Grenzen setzen.<sup>157</sup> Das Grundgesetz kennt hingegen auch nach diesem Beschluss “kein allgemeines antinationalsozialistisches Grundprinzip”, welches “ein Verbot der Verbreitung rechtsradikalen oder auch nationalsozialistischen Gedankenguts schon in Bezug auf die geistige Wirkung seines Inhalts erlaubte”.<sup>158</sup> Es gewährleistet Meinungsfreiheit “im Vertrauen auf die Kraft der freien öffentlichen Auseinandersetzung vielmehr grundsätzlich auch den Feinden der Freiheit”.<sup>159</sup> Das gilt auch im Anwendungsbereich der Ausnahme selbst, die allein das Allgemeinheitserfordernis zurücknimmt, die Wirkungen des Grundrechts im Übrigen, insbesondere das Verhältnismäßigkeitsgebot, jedoch unberührt lässt.

Die Ausnahme ist auch erkennbar als abschließend gedacht. Das ergibt sich deutlich aus der gewählten grundrechtsdogmatischen Konstruktion, der gegebenen historischen Begründung, vor allem aber aus der in verschiedenen Varianten geradezu gebetsmühlenartig wiederholten Aussage, dass es sich um eine “auf andere Konflikte nicht übertragbare einzigartige Konstellation” handle.<sup>160</sup> Für eine spätere Ausweitung der auf den Nationalsozialismus bezogenen Ausnahme oder gar für die Anerkennung weiterer Ausnahmen lässt der Beschluss daher keinen Raum.

So setzen etwa Regelungen, die der Billigung der *nationalsozialistischen* einfach diejenige weiterer konkret benannter historischer Gewalt- und Willkürherrschaften – etwa der *kommunistischen* – zur Seite stellen, insoweit außerhalb der *Wunsiedel*-Ausnahme liegendes verfassungswidriges Sonderrecht.<sup>161</sup> Der Sonderrechtscharakter einer standpunktbezogenen Regelung kann nicht dadurch beseitigt werden, dass weitere politische Standpunkte herausgegriffen und gegenüber anderen diskriminiert werden. Das Allgemeinheitserfordernis stellt nach dem Beschluss kein bloßes Erfordernis politischer “Ausgewogenheit”, das nach dem Strickmuster “einmal rechts, einmal links” erfüllt werden könnte. Auch erstreckt sich die Ausnahme vom Sonderrechtsverbot nicht auch auf solche Bestimmungen, welche die “Verharmlosung” der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkür-

---

<sup>157</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Leitsatz 1, Rn. 64, 65 (“die auf die Verhinderung einer propagandistischen Affirmation [...] zielen”), 66 (“Befürwortung dieser Herrschaft”), 68 (“positive Bewertung” des Regimes in seiner “geschichtlichen Realität”).

<sup>158</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 67.

<sup>159</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 67.

<sup>160</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 66.

<sup>161</sup> Derartige Regelungen dienen nicht “dem Schutz von Gewaltopfern allgemein”, sie stellen nicht “auf die Billigung, Verherrlichung und Rechtfertigung der Gewalt- und Willkürherrschaft totalitärer Regime insgesamt” ab; vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 61.

herrschaft beschränken. In einem Verharmlosen muss nicht zugleich ein Billigen, Verherrlichen oder Rechtfertigen liegen. Wird beispielsweise die Singularität der nationalsozialistischen Verbrechen im Vergleich zu anderen Menschheitsverbrechen in Frage gezogen, so kann darin eine Verharmlosung der ersteren liegen, ohne dass diese damit zugleich gebilligt oder gerechtfertigt werden sollen. Dann aber liegen derartige Meinungsäußerungen außerhalb der in dem Beschluss formulierten Ausnahme, die sich auf Sonderrecht gegen die *Gutheißung* der historischen Gewalt- und Willkürherrschaft beschränkt.

#### 4. Das Verbot von Sonderrecht gegen Meinungen “als solche” als Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Für eine Antwort auf die Frage, welche Folgen der *Wunsiedel*-Beschluss auf den Vergleich mit der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 und 17 EMRK hat, sind schließlich auch die Aussagen dieses Beschlusses zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz von maßgeblicher Bedeutung.

Die klare Parteinahme des Beschlusses für die Sonderrechtslehre wirkt sich keineswegs nur auf den Begriff des allgemeinen Gesetzes in Art. 5 Abs. 2 GG aus. Dort führt der Beschluss das Gebot der Meinungsneutralität als ein Verbot der Standpunktdiskriminierung eng, qualifiziert also als “bestimmte Meinungen” nur politische, weltanschauliche und religiöse Standpunkte, nicht schon jegliche Meinungsinhalte. Daneben greift er aber im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf den ebenfalls mit der Sonderrechtslehre verbundenen Gehalt des Gebots der Meinungsneutralität zurück, wonach Beschränkungen sich nicht gegen bestimmte Meinungen, hier wiederum verstanden im weiteren Sinne jeglicher Meinungsinhalte, “als solche” richten dürfen, sondern dem äußeren Rechtsgüterschutz dienen müssen.

Wie das BVerfG bereits im Beschluss zur *Bochumer Synagoge* festgehalten hat, knüpfen “Ermächtigungen zur Beschränkung grundrechtlicher Freiheiten nicht an die Gesinnung, sondern an Gefahren für Rechtsgüter an, die aus konkreten Handlungen folgen”.<sup>162</sup> Die Grenzlinie zwischen diesen Polen betont das Gericht nunmehr, indem es besondere Anforderungen an die Legitimität des Eingriffszwecks sowie an die Geeignetheit zu seiner Förderung entwickelt. In dem erkennbaren Bestreben, einem “generellen

<sup>162</sup> Vgl. BVerfGE 111, 147 (159), unter Verweis auf BVerfGE 25, 44 (58); BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 67, 74.

Abwägungsvorbehalt“ für die Meinungsfreiheit entgegenzuwirken,<sup>163</sup> zieht das Gericht schon auf der oft vernachlässigten ersten Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung Grenzen ein, bei der Prüfung also, ob das Schrankengesetz einen *legitimen Schutzzweck* verfolgt.<sup>164</sup> Legitimer Zweck von Eingriffen ist nur der “Schutz von Rechtsgütern in der Sphäre der Äußerlichkeit”.<sup>165</sup> Die Absicht, Äußerungen aufgrund ihres schon als solchem “schädliche[n]” oder schon in seiner “gedanklichen Konsequenz gefährliche[n]” Inhalts zu behindern, “hebt das Prinzip der Meinungsfreiheit selbst auf und ist illegitim”.<sup>166</sup> Daraus leitet das Gericht eine “Eingriffsschwelle”<sup>167</sup> ab. Art. 5 I und II GG ermächtigen erst dann zum Eingriff, wenn Meinungsäußerungen “in Rechtsgutverletzungen oder erkennbar in Gefährdungslagen umschlagen”.<sup>168</sup> Negativ grenzt das Gericht damit “Gefahren” als “zu abstrakt” aus, “die lediglich von den Meinungen als solchen ausgehen”, “nur in der Abstraktion des Für-richtig-Haltens und dem Austausch hierüber” bestehen.<sup>169</sup> Positiv ist der Gesetzgeber befugt, Meinungsäußerungen “insoweit einzuschränken, als mit ihnen die Schwelle zur individualisierbaren, konkret fassbaren *Gefahr einer Rechtsverletzung* überschritten wird”.<sup>170</sup> Mit der *Rechtsverletzung* muss allerdings nicht schon die Verletzung eines *Rechtsguts* einhergehen. Vielmehr soll auch ein “vorgelagerte[r] Rechtsgüterschutz zulässig sein, der an sich abzeichnende Gefahren anknüpft”.<sup>171</sup> Der Gesetzgeber darf bei der Verfolgung des Ziels, “Rechtsgüter Einzelner oder Schutzgüter der Allgemeinheit”<sup>172</sup> zu sichern, “an Meinungsäußerungen anknüpfen”, die “mittelbar auf Realwirkungen angelegt sind und etwa in Form von Appellen zum Rechtsbruch, aggressiven Emotionalisierungen oder der Herabsetzung von Hemmschwellen rechtsgutgefährdende Folgen unmittelbar auslösen können”.<sup>173</sup>

Die Schwelle einer individualisierbaren, konkret fassbaren Gefahr einer Rechtsverletzung sowie das Erfordernis eines erkennbaren Umschlagen in eine solche Gefährdungslage erinnern zwar von ferne an frühe Fassungen

<sup>163</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 72 (“Art. 5 Abs. 1 GG erlaubt nicht, die Meinungsfreiheit unter einen generellen Abwägungsvorbehalt zu stellen.”).

<sup>164</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 70-79.

<sup>165</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 74.

<sup>166</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 72.

<sup>167</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 74.

<sup>168</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 74.

<sup>169</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 74.

<sup>170</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 73, Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>171</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 78.

<sup>172</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 74.

<sup>173</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 73.

des so genannten “Clear and Present Danger”-Tests des U.S. Supreme Court, die auf eine Gefahr “derjenigen Übel” abstellten, “zu deren Verhinderung der Kongress befugt ist”.<sup>174</sup> Von den hohen Anforderungen etwa des *Brandenburg*-Tests (“imminent lawless action”)<sup>175</sup> für das Verbot von Meinungsäußerungen, die zu Gewalt oder Rechtsbruch auffordern (“advocacy of the use of force or of law violation”) ist das BVerfG damit allerdings weit entfernt.

Auf der anderen Seite ist jedoch auch der Abstand groß, den diese Mindestanforderungen zu den Beschränkungsmöglichkeiten halten, welche der EGMR nach Art. 10 Abs. 2 und Art. 17 EMRK anerkennt und welche jedenfalls bislang dem Zugriff auf Meinungsäußerungen aufgrund der angenommenen Schädlichkeit oder Gefährlichkeit schon ihres konventionsfeindlichen gedanklichen Inhalts wegen kaum Hindernisse entgegengesetzt.

Hingegen ist es nach dem *Wunsiedel*-Beschluss beispielsweise ausgeschlossen, den Begriff des öffentlichen Friedens in § 130 Abs. 4 StGB als “Schutz vor subjektiver Beunruhigung der Bürger” durch Konfrontation mit provokanten Meinungen, als “Wahrung von als grundlegend angesehenen sozialen oder ethischen Anschauungen” oder als “Zumutbarkeitsgrenze gegenüber unerträglichen Ideen allein wegen der Meinung als solcher” zu interpretieren.<sup>176</sup> Gegenüber teilweise gebräuchlichen Interpretationen stellt das BVerfG klar, dass der Schutz “vor einer Beeinträchtigung des ‘allgemeinen Friedensgefühls’ oder der ‘Vergiftung des geistigen Klimas’” ebenso wenig einen Eingriffsgrund darstellen können, “wie der Schutz der Bevölkerung vor einer Kränkung ihres Rechtsbewusstseins durch totalitäre Ideologien oder eine offenkundig falsche Interpretation der Geschichte”.<sup>177</sup> Stattdessen muss dieses Merkmal im Sinne des Friedlichkeitsschutzes verstanden werden.

Der Billigung bestimmter, tatsächlich begangener besonders schwerer Straftaten misst das Gericht als Tathandlung ein im Regelfall hinreichend

---

<sup>174</sup> Vgl. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 52 (1919) (“a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent”).

<sup>175</sup> Vgl. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969) (“the constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action”).

<sup>176</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 77; vgl. auch bereits R. Poscher, Neue Rechtsgrundlagen gegen rechtsextremistische Versammlungen – Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Entpolitisierung der Versammlungsfreiheit, NJW 2005, 1316 (1318); M. Kniesel/R. Poscher, in: H. Lisken/E. Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 2. Aufl. 2007, Kapitel J Rn. 162 (“Schutz vor ungeistigen Wirkungen von öffentlichen Meinungsäußerungen”; “nicht den Konsens der Demokraten”).

<sup>177</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 77.

konkretes und intensives Gefährdungspotential bei, um diese Anforderungen zu erfüllen. Die Tatbestandsmerkmale des § 130 Abs. 4 StGB weisen danach “eine hinreichende Intensität auf, um typischerweise die Friedlichkeit” zu gefährden,<sup>178</sup> weil dadurch nicht “das Gutheißen nicht von Ideen”, sondern von realen, in der Geschichte einmaligen Verbrechen eines Regimes bestraft werde, das sich “als Schreckbild unermesslicher Brutalität in das Bewusstsein der Gegenwart eingebrannt” habe.<sup>179</sup> Der Beschluss stellt jedoch zugleich klar, dass “nicht schon eine Verharmlosung des Nationalsozialismus als Ideologie oder eine anstößige Geschichtsinterpretation dieser Zeit” ausreicht.<sup>180</sup> Er knüpft insoweit vielmehr an den Beschluss zur Kriegsschuldfrage<sup>181</sup> an, wenn er festhält, dass das Grundgesetz “auf die Kraft der freien Auseinandersetzung als wirksamste Waffe auch gegen die Verbreitung totalitärer und menschenverachtender Ideologien” vertraue.<sup>182</sup> “Den hierin begründeten Gefahren entgegenzutreten, weist die freiheitliche Ordnung des Grundgesetzes”, wie das BVerfG einmal mehr betont, “primär bürgerchaftlichem Engagement im freien politischen Diskurs sowie der staatlichen Aufklärung und Erziehung in den Schulen gemäß Art. 7 GG zu”.<sup>183</sup>

## 5. Fazit zu den Auswirkungen des *Wunsiedel*-Beschlusses auf den Vergleich mit dem EGMR

Der *Wunsiedel*-Beschluss hinterlässt also einen zwiespältigen Eindruck. Er hat das Sonderrechtsverbot reaktiviert, jedoch zugleich eine Ausnahme davon statuiert, die erkennbar auf die konkret zu beurteilende Norm zugeschnitten ist. Die historische Begründung für diese Ausnahme mag sie vor dem Vorwurf der Ergebnisorientierung retten; inhaltlich kann sie nach Jahrzehnten stabiler Demokratie kaum überzeugen. Als Vorzug dieser Konstruktion stellt es sich immerhin dar, dass sie die Ausnahme von dem besonderen Schrankenerfordernis der Allgemeinheit innerhalb der Dogmatik der Meinungsfreiheit als eine singuläre Anomalie kennzeichnet, die weder einer Ausweitung noch einer Übertragung auf andere Konstellationen zugänglich ist. Auch setzt der Beschluss, indem er das Verbot des Zugriffs auf Meinungen “als solche” im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung her-

<sup>178</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 82.

<sup>179</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 81.

<sup>180</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 82.

<sup>181</sup> Vgl. BVerfGE 90, 1 (20 f.) – *Kriegsschuldfrage*; vgl. das ausführliche Zitat oben Anm. 77.

<sup>182</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 50.

<sup>183</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, Rn. 50.

vorhebt, Grenzen für Beschränkungen der Meinungsfreiheit, die sich insbesondere im Bereich extremistischer Rede auswirken können – auch wenn abzuwarten bleibt, ob und wie streng das BVerfG diese Grenzen in seiner künftigen Praxis zur Geltung bringen wird.

Berücksichtigt man den singulären Charakter und die Begrenztheit der Ausnahme vom Sonderrechtsverbot sowie die zusätzlichen Anforderungen, die das BVerfG aus dem Gebot der Meinungsneutralität im Bereich der Verhältnismäßigkeitsprüfung abgeleitet hat, so zeigt sich, dass der Befund eines deutlichen Kontrastes zwischen der Rechtsprechung des EGMR und des BVerfG durch den *Wunsiedel*-Beschluss keineswegs grundlegend relativiert wird. Im Gegenteil: die unzweideutige Stellungnahme des BVerfG zugunsten der Sonderrechtslehre lässt den außerhalb der beiden bereichsspezifischen Ausnahmen der Holocaust-Leugnung<sup>184</sup> und der Gutheißung der historischen nationalsozialistischen Gewaltherrschaft bestehenden Kontrast noch deutlicher hervortreten als bislang.

## V. Schlussbemerkung

Die vorgenommene Analyse der Rechtsprechung des EGMR hat gezeigt, dass sowohl die gegen bestimmte Personen oder Personengruppen gerichtete diskriminierende Hassrede als auch sonstige politisch extremistische Reden nach Art. 10 und Art. 17 EMRK in der Auslegung durch den Gerichtshof einen geringeren Schutz genießen als nach Art. 5 Abs. 1 GG in der Auslegung durch das BVerfG. Das gilt auch dort, wo der EGMR die Äußerungen nicht schon dem Anwendungsbereich des Art. 10 EMRK entzogen sieht (Nichtanwendungsmodell), sondern eine Rechtfertigungsprüfung gemäß Art. 10 Abs. 2 EMRK vornimmt und Art. 17 EMRK in diesem Rahmen berücksichtigt (Rechtfertigungsmodell). Auch soweit er eine Rechtfertigungsprüfung vornimmt, verfolgt der EGMR gegenüber den – zumeist rechtsradikalen – Meinungsäußerungen in diesem Bereich einen deutlich restriktiveren Kurs als das BVerfG, dessen Interpretation der Meinungsfreiheit sich auch nach dem *Wunsiedel*-Beschluss als freiheitlicher darstellt.

Für diesen Kontrast in der Rechtsprechung der beiden jurisdiktionellen Akteure im europäischen Mehrebenensystem der Grundrechte dürften nicht zuletzt die eingangs genannten beiden Unterschiede zwischen EMRK und Grundgesetz mitverantwortlich sein – also das Fehlen eines ausdrücklichen Allgemeinheitserfordernisses für Einschränkungen der Meinungsfreiheit in der EMRK sowie die Existenz einer allgemeinen Schutzbestimmung

<sup>184</sup> Zu dieser vgl. aber auch oben bei und in Anm. 15.

in Gestalt des Art. 17 EMRK, die der EGMR extensiv interpretiert. Allerdings ist diesem Befund auch die Zurückhaltung gegenüberzustellen, die der EGMR bislang bei der Anwendung des Art. 17 EMRK in anderen Bereichen walten lässt. Dies betrifft, wie gezeigt, etwa<sup>185</sup> sowohl andere Felder politischer Rede als auch die Auswirkungen einer Mitgliedschaft in nicht verbotenen Parteien und Vereinigungen auf die Entfernung aus dem öffentlichen Dienst. Namentlich im *Vajnai*-Urteil hat der Gerichtshof mit dem Verweis auf das Fehlen einer "realen und gegenwärtigen Gefahr" für einen Umsturz einen deutlichen freiheitlichen Kontrapunkt zu seiner sonstigen Rechtsprechung zu Hassrede und extremistischen Meinungsäußerungen gesetzt. In der Folge stellt sich jedoch die von den dissentierenden Richtern im *Kononov*-Urteil aufgeworfene Frage in aller Schärfe, ob die Konvention verständigerweise je nach der inhaltlichen politischen Ausrichtung der konventionsfeindlichen Äußerungen mit doppelten Standards messen kann. Auf Dauer wird auch der EGMR der Grundsatzfrage nach dem Gebot der Meinungsneutralität bei Beschränkungen der Meinungsfreiheit nicht ausweichen können.

---

<sup>185</sup> Nicht untersucht wurde hier der Bereich der Parteiverbote, für den sich Ähnliches zeigen ließe; vgl. nur *Refah Partisi v. Türkei*, 13.2.2003, Reports of Judgements and Decisions, 2003-II, 267, §§ 76 ff., 96 ff., 102 ("a State cannot be required to wait, before intervening, until a political party has seized power and begun to take concrete steps to implement a policy incompatible with the standards of the Convention and democracy, even though *the danger of that policy for democracy is sufficiently established and imminent*"; "*where the presence of such a danger has been established* by the national courts, after detailed scrutiny subjected to rigorous European supervision, a State may 'reasonably forestall the execution of such a policy ..."; Hervorhebung hinzugefügt).