

An das
Bundesverfassungsgericht
Schlossbezirk 3
76131 Karlsruhe

V e r f a s s u n g s b e s c h w e r d e

Die Beschwerdeführer

1. Wera Richter,
2. Patrik Köbele,
3. Dr. Dr. Ralf Hohmann

(ladungsfähige Anschriften, Anlage 1)

erheben

V e r f a s s u n g s b e s c h w e r d e

gegen § 130 Abs. 5 Strafgesetzbuch,
neu gefasst durch das Gesetz zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes und des
Strafgesetzbuches, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2022 Teil I Nr. 48 (vom 4.12.22),
ausgegeben zu Bonn am 8. Dezember 2022, (BGBl. 2022 I, S. 2146)

Wir rügen die Verletzung der

- Art. 5 Abs. 1 Abs. GG (Meinungsfreiheit)
- Art. 103 Abs. 2 GG (Bestimmtheit des Gesetzes)

Wir beantragen,

§ 130 Abs. 5 StGB i.d.F. des Gesetzes zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes und des Strafgesetzbuches, Bundesgesetzblatt Teil I Nr. 48 vom 4.12.22 für nichtig,

hilfsweise

für unvereinbar mit dem Grundgesetz zu erklären.

A. Sachverhalt

1. Gesetzestext und Inkrafttreten

Unter dem 04.12.22 wurde im Bundesgesetzblatt Jahrgang 2022 Teil I Nr. 48, ausgegeben zu Bonn am 8. Dezember 2022¹, das

Gesetz zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes und des Strafgesetzbuches bekannt gemacht.

Die vorliegende Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen jenen Teil des Änderungsgesetzes, der sich auf die Einfügung eines neuen Abs. 5 in § 130 StGB (Volksverhetzung) bezieht.

Hierzu wurde im Bundesgesetzblatt bekannt gemacht:

„c) Nach Absatz 4 wird folgender Absatz 5 eingefügt:

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

¹ Anlage 2

Zum Inkrafttreten:

„Dieses Gesetz tritt vorbehaltlich der Absätze 2 und 3 am Tag nach der Verkündung in Kraft.“

Das Gesetz ist folglich am 09.12.22 in Kraft getreten.

2. Entstehungsgeschichte des Gesetzes

Bis zum Inkrafttreten des angefochtenen Gesetzes hatte § 130 StGB folgende Fassung:

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

1. gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung zum Hass aufstachelt, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordert oder
 2. die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er eine vorbezeichnete Gruppe, Teile der Bevölkerung oder einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet,
- wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

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

1. einen Inhalt (§ 11 Absatz 3) verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich macht oder einer Person unter achtzehn Jahren einen Inhalt (§ 11 Absatz 3) anbietet, überlässt oder zugänglich macht, der
 - a) zum Hass gegen eine in Absatz 1 Nummer 1 bezeichnete Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer in Absatz 1 Nummer 1 bezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung aufstachelt,
 - b) zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen in Buchstabe a genannte Personen oder Personenmehrheiten auffordert oder
 - c) die Menschenwürde von in Buchstabe a genannten Personen oder Personenmehrheiten dadurch angreift, dass diese beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden oder
2. einen in Nummer 1 Buchstabe a bis c bezeichneten Inhalt (§ 11 Absatz 3) herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, bewirbt oder es unternimmt, diesen ein- oder auszuführen, um ihn im Sinne der Nummer 1 zu verwenden oder einer anderen Person eine solche Verwendung zu ermöglichen.

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

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

oder rechtfertigt.

(5) Absatz 2 gilt auch für einen in den Absätzen 3 oder 4 bezeichneten Inhalt (§ 11 Absatz 3).

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

(7) In den Fällen des Absatzes 2, auch in Verbindung mit den Absätzen 5 und 6, sowie in den Fällen der Absätze 3 und 4 gilt § 86 Absatz 4 entsprechend“.

(seit 22.09.2021 geltende Fassung)

Bis zur Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, gefertigt in der Sitzung des Rechtsausschusses vom 19.10.22 lag dem Parlament kein Entwurf zur Änderung des § 130 StGB vor, insbesondere auch nicht, was eine Einfügung des neuen Absatz 5 des § 130 StGB beinhaltet hätte.

Auch generelle parlamentarische Beratungen einer solchen Änderung fanden nicht statt.

Der Rechtsausschuss beschäftigte sich bis zum 19.10.22 ebenfalls nicht mit dieser Thematik.

In der Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags vom 19.10.22, dessen Aufgabe es ist, eingebrachte Gesetzesentwürfe und Änderungsgesetze vorzubereiten und für die Einbringung ins Parlament zu sorgen, wurde seitens der Vertreter der Regierungsfractionen (SPD, Grüne und FDP) erstmals der Textentwurf zur Änderung des § 130 StGB eingebracht.

(Unter den 25 Ausschüssen des Bundestags kommt dem Rechtsausschuss eine zentrale Stellung zu.

Er ist Dreh- und Angelpunkt sämtlicher Gesetzentwürfe im Bereich Strafrecht, Zivilrecht und Gerichtsverfassung. Die in ihn aus dem Bundestag entsandten 39 Abgeordneten unternehmen eine Art Vorprüfung, ob die eingehenden Gesetzesvorlagen rechtsförmlich zulässig sind. Dabei wird auch entschieden, ob verschiedene Gesetzesvorlagen verbunden oder getrennt behandelt werden sollen).

Der Ausschuss tagte am 19. Oktober 2022 ab 14.00 Uhr im Berliner Paul-Löbe-Haus, den Vorsitz führte die Abgeordnete Elisabeth Winkelmeier-Becker (MdB CDU), zunächst öffentlich, dann nichtöffentlich.

Die Sitzung des Rechtsausschusses endete mit einer

„Beschlussempfehlung

Der Bundestag wolle beschließen,
den Gesetzentwurf auf Drucksache 20/3708 in der aus der nachstehenden
Zusammenstellung ersichtlichen Fassung anzunehmen.
Berlin, den 19. Oktober 2022

Der Rechtsausschuss

(Unterschriften)²

Die Beschlussempfehlung enthielt eine

„Zusammenstellung des Entwurfs eines Achten Gesetzes zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes – Drucksache 20/3708 – mit den Beschlüssen des Rechtsausschusses (6. Ausschuss)“³

Diese Zusammenstellung wiederum erfasste auf den Seiten 4-9 der Drucksache 20/4085 die im Bundeszentralregistergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1984 (BGBl. I S. 1229, 1985 I S. 195), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3420) geändert worden ist, vorgesehene Änderungen (Neufassung des BZRG).

Auf den Seiten 10 und 11 der Zusammenstellung, also an deren Ende, findet sich der zur Abstimmung empfohlene neue Wortlaut des § 130 Abs. 5 StGB. Dieser Eintrag (im Original rechtsbündig) lautet:

„Artikel 4

Änderung des Strafgesetzbuches

Das Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 11. Juli 2022 (BGBl. I S. 1082) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In § 5 Nummer 5a Buchstabe c wird die Angabe „Absatz 5“ durch die Angabe „Absatz 6“ ersetzt.

2. § 130 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) In Nummer 1 werden die Wörter „wegen seiner Zugehörigkeit“ durch die Wörter „wegen dessen Zugehörigkeit“ ersetzt.

bb) In Nummer 2 werden die Wörter „wegen seiner Zugehörigkeit“ durch die Wörter „wegen dessen Zugehörigkeit“ ersetzt.

b) In Absatz 2 Nummer 1 Buchstabe a werden die Wörter „wegen seiner Zugehörigkeit“ durch die Wörter „wegen dessen Zugehörigkeit“ ersetzt.

c) Nach Absatz 4 wird folgender Absatz 5 eingefügt:

„(5) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei

² <https://dserver.bundestag.de/btd/20/040/2004085.pdf>, S. 3 Anlage 3

³ Wie vor, Anl. 3

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

d) Der bisherige Absatz 5 wird Absatz 6 und die Angabe „3 oder 4“ wird durch die Angabe „3 bis 5“ ersetzt.

e) Der bisherige Absatz 6 wird Absatz 7 und die Angabe „Absatz 5“ wird durch die Angabe „Absatz 6“ ersetzt.

f) Der bisherige Absatz 7 wird Absatz 8 und die Wörter „Absätzen 5 und 6, sowie in den Fällen der Absätze 3 und 4“ werden durch die Wörter „Absätzen 6 und 7, sowie in den Fällen der Absätze 3 bis 5“ ersetzt.

3. In § 192a werden die Wörter „wegen seiner Zugehörigkeit“ durch die Wörter „wegen dessen Zugehörigkeit“ ersetzt.

(Hervorhebung durch die Unterzeichner)

Als Hintergrund, zur Erläuterung des Gesetzeszwecks und zum Verständnis seiner Tatbestandsmerkmale der beabsichtigten Erweiterung des § 130 StGB um einen neuen Absatz 5 wird auf S. 13 ff. der Drucksache 20/4085 im wesentlichen Folgendes angeführt:

„Zu Artikel 4 (Änderung des Strafgesetzbuches)

Im Dezember 2021 hat die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen unzureichender Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI des Rates vom 28. November 2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit (ABl. L 328 vom 6.12.2008, S. 55, im Folgenden: Rahmenbeschluss⁴) eingeleitet. Die Kommission ist der Auffassung, dass die Bundesrepublik Deutschland Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe c des Rahmenbeschlusses nicht ordnungsgemäß umgesetzt habe. Nach dieser Vorschrift sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Union verpflichtet, das vorsätzliche „öffentliche Billigen, Leugnen oder gröbliche Verharmlosen von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen im Sinne der Artikel 6, 7 und 8 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs, das gegen eine Gruppe von Personen oder gegen ein Mitglied einer solchen

⁴ Der Rahmenbeschluss ist als Anlage 4 beigelegt.

Gruppe gerichtet ist, die nach den Kriterien der Rasse, Hautfarbe, Religion, Abstammung oder nationale oder ethnische Herkunft definiert werden“, unter Strafe zu stellen, „wenn die Handlung in einer Weise begangen wird, die wahrscheinlich zu Gewalt oder Hass gegen solch eine Gruppe oder gegen ein Mitglied solch einer Gruppe aufstachelt“.

Gemäß § 140 Nummer 2 des Strafgesetzbuches (StGB) in Verbindung mit § 126 Absatz 1 Nummer 3 StGB ist das öffentliche Billigen von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen strafbar.

Das öffentliche Leugnen und gröbliche Verharmlosen von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen werden hingegen – mit Ausnahme der unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangenen Taten der in § 6 Absatz 1 des Völkerstrafgesetzbuches (VStGB) bezeichneten Art (§ 130 Absatz 3 StGB) – bislang in keiner Strafvorschrift ausdrücklich genannt. In aller Regel dürften solche Handlungen vom Tatbestand der Volksverhetzung nach § 130 Absatz 1 Nummer 1 StGB erfasst werden: Unter den dort genannten Voraussetzungen ist das Aufstacheln zum Hass und das Auffordern zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen bestimmte Gruppen, Teile der Bevölkerung oder Einzelne wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer dieser Personenmehrheiten strafbar. Das Aufstacheln kann auch durch das öffentliche Leugnen oder gröbliche Verharmlosen von Verbrechen erfolgen (Drucksache 17/3124, S. 7).

Durch eine Ergänzung des § 130 StGB soll klarstellend das in Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe c des Rahmenbeschlusses beschriebene Verhalten ausdrücklich pönalisiert werden. Wegen des laufenden Vertragsverletzungsverfahrens soll die Klarstellung zügig im Rahmen des bereits fortgeschrittenen Gesetzgebungsverfahrens zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes erfolgen.

Es wird die Schaffung einer neuen Vorschrift vorgeschlagen, die das öffentliche Billigen, Leugnen und gröbliche Verharmlosen von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen unter Strafe stellt, wenn die Tat in einer Weise begangen wird, die geeignet ist, zu Hass oder Gewalt aufzustacheln und den öffentlichen Frieden zu stören. Wegen der sachlichen Nähe zu den in § 130 StGB – insbesondere in dessen Absatz 1 Nummer 1 und Absatz 3 – normierten Straftatbeständen soll die Vorschrift in § 130 StGB als neuer Absatz 5 eingefügt werden. Der Vorschlag geht nur dort über die Mindestanforderungen des Rahmenbeschlusses hinaus, wo dies zur widerspruchsfreien Einfügung der neuen Vorschrift in das vorhandene System der Straftaten gegen die öffentliche Ordnung geboten erscheint“.

(...)

„Zu Buchstabe c

In § 130 StGB soll ein neuer Absatz 5 eingefügt werden, der das öffentliche Billigen, Leugnen oder gröbliche Verharmlosen von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen unter Strafe stellt, wenn die Tat in einer Weise begangen wird, die geeignet ist, zu Hass oder Gewalt aufzustacheln und den öffentlichen Frieden zu stören.

Der Rahmenbeschluss stellt zur Definition von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen auf die Definitionen in Artikel 6 bis 8 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs ab. Der neue Absatz 5 verweist daher zur Beschreibung der Völkerrechtsverbrechen auf die §§ 6 bis 12 VStGB, in denen die Tatbestände des Völkermordes, des Verbrechens gegen die Menschlichkeit und des Kriegsverbrechens in Anlehnung an die Definitionen des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs im deutschen Recht normiert sind.

Möglicherweise bestehende Zweifel, ob auch Völkerrechtsverbrechen einbezogen werden, die vor dem Inkrafttreten des VStGB am 30. Juni 2002 begangen worden sind, sollen durch die Formulierung „Handlung der in den §§ 6 bis 12 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art“ vermieden werden (vergleiche Drucksache 12/8588, S. 8; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 29. Auflage 2018, § 130 Randnummer 8).

Von der durch Artikel 1 Absatz 4 des Rahmenbeschlusses eröffneten Möglichkeit, die Strafbarkeit auf Äußerungen zu Völkerrechtsverbrechen zu beschränken, die von einem nationalen oder internationalen Gericht endgültig festgestellt wurden, soll kein Gebrauch gemacht werden. Der Rahmenbeschluss lässt eine solche Beschränkung nämlich nur hinsichtlich der Tathandlungen des Leugnens und gröblichen Verharmlosens, nicht jedoch hinsichtlich des Billigens zu. Es wäre nicht zu rechtfertigen, dass ein Völkerrechtsverbrechen im Falle des Leugnens und gröblichen Verharmlosens gerichtlich endgültig festgestellt sein muss, während es bei einem Billigen desselben tatsächlichen Geschehens auf eine solche gerichtliche Feststellung nicht ankommen soll.

Die Strafvorschrift ist dem Rahmenbeschluss entsprechend auf das öffentliche Billigen, Leugnen und gröbliche Verharmlosen von Völkermorden, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen beschränkt, die sich gegen eine der in § 130 Absatz 1 Nummer 1 StGB bezeichneten Personenmehrheiten, d. h. gegen eine dort genannte Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung, oder gegen einen Einzelnen wegen dessen Zugehörigkeit zu einer dieser Personenmehrheiten richten.

Die Tathandlungen des Billigens und Leugnens entsprechen denen des § 130 Absatz 3 StGB. In Bezug auf die Tatvariante des Verharmlosens unterscheidet sich der vorgeschlagene neue § 130 Absatz 5 StGB von § 130 Absatz 3 StGB dadurch, dass nur das „gröbliche“ Verharmlosen tatbestandsmäßig sein soll. Es sind daher im Vergleich zur Verharmlosung des Holocausts erhöhte Anforderungen an die Verharmlosung der im neuen Absatz 5 genannten Völkerrechtsverbrechen zu stellen. Vor dem Hintergrund der deutschen Geschichte ist es gerechtfertigt, dass der Bereich strafbarer Äußerungen in Bezug auf die Verharmlosung des Holocausts in § 130 Absatz 3 StGB etwas weiter gesteckt ist als derjenige für verharmlosende Äußerungen zu anderen Völkerrechtsverbrechen.

Für die Strafbarkeit ist erforderlich, dass das Billigen, Leugnen oder gröbliche Verharmlosen öffentlich oder in einer Versammlung erfolgt. Mit der Erfassung von Äußerungen in einer Versammlung geht die neue Vorschrift geringfügig über die Mindestanforderungen des Rahmenbeschlusses hinaus. Dies ist zur Vermeidung von systematischen Widersprüchen geboten. Es wäre nicht begründbar, dass die Billigung von Völkerrechtsverbrechen in einer Versammlung nach § 140 Nummer 2 StGB strafbar, nach dem neuen § 130 Absatz 5 StGB aber nicht strafbar sein soll. Auch die Billigung, Leugnung und Verharmlosung des Holocausts ist nach § 130 Absatz 3 StGB in einer Versammlung strafbar.

Den Vorgaben des Rahmenbeschlusses entsprechend setzt die Strafbarkeit nach der neuen Vorschrift zudem voraus, dass die Äußerung geeignet ist, zu Hass oder Gewalt gegen eine der in § 130 Absatz 1 Nummer 1 StGB bezeichneten Gruppen, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen dessen Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung aufzustacheln. Da bereits für das Aufstacheln im Sinne des § 130 Absatz 1 Nummer 1 StGB eine abstrakte Eignung aus Sicht des Täters zur Erzeugung von Hass genügt und nicht erforderlich ist, dass tatsächlich Hass erzeugt wird (vergleiche Fischer, Strafgesetzbuch, 69. Auflage 2022, § 130 Randnummer 8), ist mit der Formulierung „geeignet ist [...] aufzustacheln“ im neuen § 130 Absatz 5 StGB keine praxisrelevante Erweiterung der Strafbarkeit über die bereits durch § 130 Absatz 1 Nummer 1 StGB erfassten Fälle des Aufstachelns hinaus verbunden.

Dies gilt umso mehr, wenn man berücksichtigt, dass auch der neue § 130 Absatz 5 StGB gleichlaufend zu den Absätzen 1 und 3 eine Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens voraussetzt. Artikel 1 Absatz 2 des Rahmenbeschlusses lässt es ausdrücklich zu, die Strafbarkeit von einem derartigen Eignungserfordernis abhängig zu machen (vergleiche auch Drucksache 17/3124, S. 8).

Als Strafandrohung sieht die neue Vorschrift Freiheitsstrafe bis zu drei Jahre oder Geldstrafe vor. Trotz vergleichbarer Tathandlungen liegt die Obergrenze damit unterhalb des in § 130 Absatz 3 StGB vorgesehenen Höchstmaßes von fünf Jahren Freiheitsstrafe. Diese Abstufung erscheint geboten. Wegen der Einzigartigkeit des Holocausts müssen für dessen Billigung, Leugnung und

Verharmlosung im Einzelfall höhere Strafen möglich sein als für vergleichbare Äußerungen betreffend andere Völkerrechtsverbrechen“.

Die an das für den Folgetag, Donnerstag den 20.10.22, zur Abstimmung im Bundestag vorgesehene Änderung des Bundeszentralregistergesetzes angehängte Änderung des § 130 StGB (Einfügung des neuen Absatzes 5) erschien namentlich auf der Tagesordnung des Bundestags für den 20.10.22 nicht.

Die Abstimmung über die Änderungen im BZRG (zusammen mit der im Rahmen eines Omnibusverfahrens angehängten Beschlussvorlage zur Abstimmung über die Änderung des § 130 StGB) war an diesem Sitzungstag als letzter Tagesordnungspunkt angesetzt⁵.

TOP25, vorgesehener parlamentarischer Beratungsbeginn um 22.15 Uhr

Welche Unterlagen den Abgeordneten des Bundestags zu Tagesordnungspunkt 25 am Sitzungstag konkret vorlagen, ist nicht bekannt.

Es mag davon auszugehen sein, dass zumindest den Fraktionsspitzen der Bundestagsfraktionen die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom Vorabend zur Sitzung am 20.10.22 vorgelegen hat.

20. Oktober 2022 (63. Sitzung)						
Uhrzeit	TOP	Thema	Status/ Abstimmung **			
09:00		☑ Sitzungseröffnung	beendet			
09:05	7	☑ Regierungserklärung zum Europäischen Rat	beendet			
11:30	14	☑ Notfallfonds für das Wissenschaftssystem	☑ Details einblenden			
12:45	9	☑ Energiepreispauschale an Renten- und Versorgungsbeziehende	☑ Details einblenden			
14:05	6	☑ Enquete-Kommission "Sicherstellung der Energieversorgung"	☑ Details einblenden			
15:25	32, 8b, ZP 3	☑ Überweisungen im vereinfachten Verfahren	☑ Details einblenden			
Parlament	Ausschüsse	Internationales	Dokumente	Mediathek	Presse	Besuch
15:30	11, 12	☑ Wahlen zu Gremien	☑ Details einblenden			
15:35	ZP 4	☑ GKV-Finanzstabilisierungsgesetz	☑ Details einblenden			
16:30	16	☑ Russlands Einfluss in Afrika	☑ Details einblenden			
17:20	13	☑ Änderung des Heizkostenzuschussgesetzes	☑ Details einblenden			
18:05	20, 18	☑ Expertenkreis Politischer Islamismus	☑ Details einblenden			
18:55	ZP 5	☑ Änderung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes	☑ Details einblenden			
19:35	32g	☑ Erweiterungsbau für das Bundeskanzleramt	☑ Details einblenden			
20:00	15	☑ Abschaffung des Güterrechtsregisters	☑ Details einblenden			
20:20	22	☑ Entwicklungspolitische Ziele	☑ Details einblenden			
20:45	19	☑ Änderungen des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs	☑ Details einblenden			
21:15	ZP 3c	☑ Fonds für Härtefälle in der Ost-West-Rentenüberleitung	☑ Details einblenden			
21:35	21	☑ Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie	☑ Details einblenden			
21:50	24	☑ RV-Mindestrücklagengesetz	☑ Details einblenden			
22:05	23	☑ SGB IV- Änderungsgesetz	☑ Details einblenden			
22:15	25	☑ Änderung des Bundeszentralregistergesetzes	☑ Details einblenden			
22:45		Sitzungsende	☑ Details einblenden			

Klarzustellen ist aber auch, dass angesichts des dicht gepackten und eng getakteten Sitzungstages am 20.10.22 weder Vor- noch Zwischenberatungen zum BZRG, geschweige denn zur Änderung des § 130 StGB inner- und interfraktionell stattgefunden haben dürften.

Aus der Detailübersicht des TOP 25 (ins Protokoll nach Ende der Sitzung eingepflegt) ergibt sich, dass folgende Abgeordnete ihre Redebeiträge bereits vor Aufruf des TOP 25

zum Sitzungsprotokoll gereicht hatten⁶. Die Redebeiträge wurden folglich nicht mündlich im Plenum gehalten – was darauf zurückzuführen ist, dass TOP 25 schon nach dem Sitzungsplan dieses Tages frühestens um 22.15 Uhr aufgerufen werden würde und zu einer intensiven Debatte somit keine Zeit zur Verfügung stehen würde.

In der Detailübersicht (noch immer online einsehbar, Stand 25.07.23) heisst es:

„Reden zu Protokoll: Lieb, Dr. Thorsten (FDP), Jung, Ingmar (CDU/CSU), Büniger, Clara (Die Linke), Fechner, Dr. Johannes (SPD)

namentliche Abstimmung zu Gesetzentwurf 20/3708 (Beschlussempfehlung 20/4085) : Gesetzentwurf in Ausschussfassung annehmen)

22:27:58: Beginn der Abstimmung

22:40:41: Ende der Abstimmung

22:41:06: Beginn der Sitzungsunterbrechung

22:46:39: Ende der Sitzungsunterbrechung

Gesamt: 608 Ja: 514 Nein: 92 Enthaltungen: 2

Gesetzentwurf 20/3708 (Beschlussempfehlung 20/4085 : Gesetzentwurf in Ausschussfassung annehmen) angenommen“⁷.

Über den Verlauf der Beratung zu TOP 25 gibt das Plenarprotokoll dieses Tages Auskunft.

Dort finden sich auch die vorab schriftlich eingereichten – oben genannten – Redebeiträge⁸.

Auszugsweise wiedergegeben wie folgt:

Dr. Johannes Fechner (SPD):

„Wir alle wissen, dass wir mehr tun müssen gegen Hass und Hetze, insbesondere im Netz, und auch zu diesem Zweck schaffen wir Neuregelungen mit diesem vorliegenden Gesetzentwurf. Wir erweitern den Straftatbestand der Volksverhetzung. Zukünftig wird sich auch strafbar machen, wer Kriegsverbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch in einer Weise, die zu Hass und Gewalt führen kann, billigt, leugnet oder verharmlost. Das ist eine wichtige Verschärfung, mit der wir gegen Rassismus und Fremdenfeindlichkeit auch strafrechtlich vorgehen wollen“.

Ingmar Jung (CDU/CSU) – kein Bezug zur Änderung des § 130 StGB
Clara Büniger (DIE LINKE) – kein Bezug zur Änderung des § 130 StGB

⁶ Siehe auch Plenarprotokoll, Anlage 6

⁷ <https://www.bundestag.de/tagesordnung?week=42&year=2022>

⁸ Plenarprotokoll, 20.10.22, lfd. Seite 7243 ff., Anl. 6

Dr. Thorsten Lieb (FDP):

„Mit der ergänzenden Regelung in § 130 StGB, die dem Gesetz angefügt ist, verdeutlichen wir auch noch einmal, dass wir das öffentliche Billigen, Leugnen und gröbliche Verharmlosen von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen in keinster Weise dulden. Dies wird nunmehr explizit unter Strafe gestellt – ein wichtiger Ausdruck in Kriegszeiten“.

Erklärung nach § 31 GO des Abgeordneten Stefan Seidler (fraktionslos):

„Der vorliegende Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes vermischt meines Erachtens zwei grundsätzlich verschiedene Sachverhalte. Die sachfremde Ankoppelung einer komplexen Reform des § 130 StGB an die ebenfalls hochkomplexe Änderung des BZGR erlaubt es mir in der Kürze der Zeit nicht, eine stringente Meinung zum vorgelegten Gesetzesentwurf zu bilden. Ich enthalte mich daher“.

Bundestagsvizepräsidentin Petra Pau rief gegen 22.15 Uhr den Tagesordnungspunkt 25 auf:

„Über den Gesetzesentwurf werden wir später namentlich abstimmen. Für die Aussprache ist eine Dauer von 26 Minuten vereinbart“.⁹

Als erster sprach der Abgeordnete der AfD Stephan Brandner (Auszug):

„Und was machen Sie? Sie denken nicht darüber nach, die Formulierung des Paragraphen zu verbessern, Sie dehnen ihn auch noch aus – mit unsäglichen Worthülsen, unbestimmten Rechtsbegriffen, die niemand richtig wird einordnen können (...) Und weil Ihnen das so peinlich ist, weil Sie genau wissen, was für einen Murks Sie da machen, versuchen Sie, diese Änderung an ein Omnibusgesetz dranzuhängen, ohne erste Lesung, ohne ordentliche Behandlung im Ausschuss“.

Ihm folgte Canan Bayram (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN) – Auszug:

„Alle demokratischen Fraktionen in diesem Haus sind sich einig, dass das strafbar sein sollte. Es ist doch, umgekehrt, ein Skandal, dass solche Äußerungen bisher noch nicht strafbar waren, meine Damen und Herren. Die Verharmlosung und Leugnung von Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch darf nicht weiter straflos bleiben“.

⁹ Plenarprotoll, 20.10.22, lfd. Seite 7208, Anl. 6

Die Abstimmung schloss sich an:

Um 22.46 Uhr gab die Bundestagsvizepräsidentin Pau das Abstimmungsergebnis bekannt:

*„Ich gebe Ihnen das von den Schriftführerinnen und Schriftführern ermittelte Ergebnis der namentlichen Abstimmung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes – bekannt: abgegebene Stimmkarten 608. Mit Ja haben 514 Abgeordnete gestimmt, mit Nein stimmten 92, und es gab 2 Enthaltungen. Der Gesetzentwurf ist angenommen“.*¹⁰

B. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich aus Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG.

Die Verfassungsbeschwerde kann gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 lit. a GG gegen Akte der öffentlichen Gewalt gerichtet werden. Die mit dieser Verfassungsbeschwerde angegriffene Regelung ist als Parlamentsgesetz vom Deutschen Bundestag verabschiedet worden. Ein Gesetz ist ein Akt der öffentlichen Gewalt.

Ein statthafter Beschwerdegegenstand liegt damit vor. Die Beschwerdeführer wenden sich gegen die Einschränkung des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 GG) und wenden sich zudem gegen die Unbestimmtheit des Gesetzesaktes, welche gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstößt.

Die Beschwerdeführer sind beschwerdebefugt im Sinne von § 90 Abs. 1 BVerfGG. Da es sich um ein allgemeines Gesetz handelt, sind sie auch konkret und gegenwärtig betroffen. Dies gilt auch dann, wenn eine aus dem angegriffenen Gesetz abgeleitete Sanktion nicht eingeleitet ist, aber gleichwohl generell droht.

Da es sich bei der angefochtenen Norm um ein Strafgesetz handelt, dem jeder Bundesbürger unterworfen ist, bedarf es keines konkreten Umsetzungsaktes um die Beschwerdebefugnis auszulösen. Der Eingriff in die Grundrechte der Beschwerdeführer ist damit nicht von vorneherein ausgeschlossen, zumal die Beschwerdeführer sämtlich politisch und publizistisch (auf den Gebieten Innen- und Aussenpolitik) seit Jahren und Jahrzehnten tätig sind.

(Sollten zu letzterem Nachweise erforderlich ein, bitten wir insoweit um einen Hinweis).

Die Beschwerdeführer sind auch prozessfähig. Sie haben die Fähigkeit inne, Prozesshandlungen aus eigenem Recht selbst oder durch einen selbst bestellten Vertreter vornehmen zu können. Dies ergibt sich aus ihrer Geschäftsfähigkeit i.S. §§ 104 ff.; §§ 1896 ff. BGB).

Das Rechtsschutzbedürfnis zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde liegt vor.

Im Falle der Verfassungsbeschwerde gegen ein mit Sanktionen, die unmittelbar in die Grund- und Freiheitsrechte eines Bürgers eingreifen, ausgestattetes Gesetz bedarf es

¹⁰ Wie vor, S. 7211

nicht dem Durchlaufen des Rechtswegs vor den einschlägigen Fachgerichten.

Richtet sich die Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz oder gegen einen sonstigen Hoheitsakt, gegen den ein Rechtsweg nicht offensteht, so kann die Verfassungsbeschwerde nur binnen eines Jahres seit dem Inkrafttreten des Gesetzes oder dem Erlass des Hoheitsaktes erhoben werden (§ 93 Abs. 3 BVerfGG).

Das Gesetz ist am 9.12.22 in Kraft getreten. Die Verfassungsbeschwerde ist daher fristgemäß.

Sie erfüllt zudem das Schriftformerfordernis des § 23 Abs. 1 BVerfGG .

C. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die Beschwerdeführer durch das Gesetz tatsächlich in einem ihrer Grundrechte verletzt werden.

Ein Grundrecht ist verletzt, wenn dasjenige Verhalten, an dem sich der Beschwerdeführer durch das Gesetz gehindert sieht, in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, das Gesetz in dieses Grundrecht eingreift und dieser Eingriff nicht verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist.

Die Gesetzgebungskompetenz unterfällt vorliegend gem. Art. 74 Abs. 1 und Art. 77 Abs. 1 GG dem Bund.

Der Bundestag hat das angefochtene Gesetz mit seiner Mehrheit am 20.10.22 beschlossen. Das Gesetz ist durch den Bundesrat angenommen und vom Bundespräsidenten unterfertigt worden.

Anschließend ist es zum 9.12.22 in Kraft getreten.

1. Formelle Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage

Es ist bereits mehr als zweifelhaft, ob das angefochtene Gesetz in einem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren, dessen Voraussetzungen sich nach den Art. 30 I, 70 ff. GG bestimmen, zustande gekommen ist.

Das angefochtene Gesetz wurde in der Art eines Gesetzgebungsverfahrens zur Abstimmung gebracht, dass allgemein unter dem Begriff des „*Omnibusgesetzes*“ bekannt ist.

Verschiedene Gesetzesvorhaben werden miteinander verbunden und gemeinsam dem Parlament zur Beratung vorgelegt. Dabei werden nicht nur rechtlich gleichartige Materien miteinander verbunden, sondern auch zueinander sachfremde Gesetzesmaterien. (Zum Omnibusverfahren: Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, 2020, WD 3-3000-140/20). Vorliegend wurde an das Verfahren zur Abstimmung über die Änderungen am Bundeszentralregistergesetz die Änderung des § 130 StGB angehängt. Die so verbundenen Gesetzesentwürfe wurden am Nachmittag des 19.10.22 durch den Rechtsausschuss ausgefertigt.

Während die Änderungen am BZRG bereits Thema einer vorangegangenen Lesung im Parlament waren, durchlief der am Vorabend der Parlamentsabstimmung hinzugefügte Entwurf zur Änderung des § 130 StGB keine parlamentarische Beratung.

Er erschien thematisch auch nicht auf der Tagesordnung. Inwieweit dem einzelnen Abgeordneten der „Anhang“ überhaupt in schriftlicher Form – dies konnte wegen des engen Zeitfensters ohnehin erst am 20.10.23, dem Tag der Abstimmung geschehen, vorlag ist nicht bekannt.

Aus dem Umstand, dass zumindest in zwei schriftlich eingereichten Redebeiträgen zur um 22.15 Uhr angesetzten Debatte die Änderung des § 130 StGB Erwähnung fand, ist zu schließen, dass die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zumindest im Laufe der Sitzung Abgeordneten zugänglich gemacht worden war.

Ob sämtlichen Abgeordneten oder nur einzelnen Abgeordneten, dies lässt sich nicht nachvollziehen.

Faktisch lässt sich damit feststellen, dass das Gesetz zur Änderung des § 130 StGB keine drei Lesungen durchlaufen hat, parlamentarisch auch nicht in anderer Weise vorberaten war, nicht Gegenstand von Beratungen im Innenausschuss war, sondern unter den Bedingungen absoluter zeitlicher Enge erst im unmittelbaren Vorfeld des Tagesordnungspunktes 25 am 20.10.22 den Abgeordneten zur Kenntnis gelangt ist. Wobei sich die Vermutung des „Kenntnis erlangen“ einzig und allein darauf stützt, dass zumindest einzelne Abgeordnete und die am Vortrag mit der Beschlussempfehlung im Rechtsausschuss beschäftigten Abgeordneten von der Regelungsmaterie gewusst haben, was sich aus der Beschlussempfehlung und dem Umstand ergibt, dass besagte Abgeordnete in ihrem schriftlich beim Bundestagspräsidium eingereichten Redebeitrag die geplante Gesetzesänderung angesprochen haben.

Gemessen an den Vorgaben der Art. 76 und 77 GG ist diese Art eines „beschleunigten Omnibusverfahrens“ verfassungsrechtlich per se noch nicht hinreichend bedenklich.

Die Artikel 76 und 77 GG regeln lediglich, dass Gesetzesinitiativen der Bundesregierung zunächst dem Bundesrat zuzuleiten sind, der Gelegenheit hat, binnen sechs, in Fällen der „Eilbedürftigkeit“ binnen drei Wochen, eine Stellungnahme einzureichen (Art. 76 Abs. 2 GG). In der Folge habe dann der Bundestag über „Vorlagen in angemessener Frist zu beraten und Beschluss zu fassen“ (Art 76 Abs. 3 a.E. GG). Augenscheinlich konzentriert sich Art. 76 GG auf potenzielle föderale Konfliktsituationen zwischen Bundesrat und Bundestag.

In Art. 77 Abs.1 GG findet sich lediglich die plakative Aussage, „Bundesgesetze werden vom Bundestage beschlossen“, im Weiteren beschäftigt sich die Norm aber mit dem Prozedere im Bundesrat.

Der Wortlaut gibt für die Art und Weise der Gesetzesberatung im Bundestag keine entscheidenden Hinweise.

Bleibt aber die Geschäftsordnung des Bundestags:

§ 78 Abs. 1 GO-BT stellt geradezu apodiktisch fest: „Gesetzesentwürfe werden in drei Beratungen behandelt“. Ein Ermessensspielraum ist nach dem Wortlaut der Norm nicht gegeben. Kein „können behandelt werden“, kein „sollen behandelt werden“.

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht die Satzungsautonomie des Bundestags stets betont hat, bezieht sich nach Ansicht der Beschwerdeführer diese Gewährung an Autonomie zwar auf Form und Inhalt der Geschäftsordnung, aber nicht darauf, dass einmal gesetzte Regeln dann später autonom nicht umgesetzt werden.

Insoweit ist die in einem obiter dictum vorfindbare Aussage in einer früheren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Beschluss vom 14.10.70, 1 BvR 307/68), das

Parlament sei nicht an eine bestimmte Anzahl von Beratungen gebunden, als überholt zu betrachten, jedenfalls bestimmt der Wortlaut des § 78 Abs. 1 GO-BT etwas anderes.

Selbst wenn man von der Regelung des § 78 Abs. 1 GO-BT „autonom“ abweichen wollte, liegt angesichts der besonderen Umstände des beschleunigten Omnibusgesetzgebungsverfahrens gleichwohl eine Verletzung des Transparenzgebots und des grundsätzlichen Rechts eines jeden Abgeordneten auf Beratung darin, dass lediglich eine Lesung stattfand (Dauer 26 Minuten), dass die Gesetzesvorlage auch nicht im zuständigen Ausschuss vorberaten war, dass – auf noch ungeklärte Weise – erst am Sitzungstag des 20.10.23 die Gesetzesvorlage zu § 130 StGB zur Kenntnis von (nicht der) Abgeordneten gelangt sein konnte. Eine Abweichung von § 78 GO-BT (im Sinne einer bewussten und für alle Abgeordneten transparenten Weise) hätte ferner im Plenum zumindest beraten werden müssen. Dies war nicht der Fall.

Dabei darf auch nicht verkannt werden, dass es um eine Norm ging, die sicherlich unbestritten die Strafbarkeit ausdehnt, jeden Bürger betrifft und mit empfindlichen Sanktionen, was die Bestrafung betrifft, verbunden ist. Von der Einschränkung der Meinungsfreiheit und der Bestimmtheit der Norm – auf die gesondert einzugehen ist – ganz zu schweigen.

Diese Umstände bedingen, zusammen genommen mit der Umgehung des § 78 Abs. 1 GO-BT das verfassungswidrige Zustandekommen des am 9.12.22 in Kraft getretenen Gesetzes zur Änderung des § 130 StGB.

Den Beschwerdeführern ist dabei bewusst, dass es bei der verfassungsrechtlich mehr als bedenklichen Art des Gesetzgebungsverfahrens um einen Verfassungsverstoß geht, der unmittelbar dem Schutzbereich des einzelnen Bundestagsabgeordneten unterfällt, soweit Beratungsrecht und Transparenzpflicht betroffen sind.

Weitere Bedenken leiten sich unmittelbar aus den Prinzipien des Verfassungsrechts ab, die die Legitimität legislatorischen Handelns des Parlaments selbst betreffen. An erster Stelle das Demokratiegebot des Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 GG. Es gilt als Staatsstrukturprinzip der Bundesrepublik. In ihm verbindet sich die Vorgabe, alle Staatsgewalt gehe vom Volke aus, mit dem Erfordernis, dass hierzu besondere Organe der Gesetzgebung zu etablieren sind, die ebenfalls wieder an die verfassungsmäßige Ordnung, Gesetz und Recht rückangebunden sind.

Dem Parlament und damit jedem einzelnen Abgeordneten obliegt es daher, in der Folge des Repräsentationsprinzips (Art. 38 Abs. 1 GG) im laufenden Gesetzgebungsverfahren ungehindert der Prüfungs-, Beratungs- und Artikulationspflicht nachgehen zu können. Eine Behinderung der parlamentarischen Arbeit des einzelnen Abgeordneten muss ausgeschlossen sein. Gerade bei Gesetzen, die unmittelbar in den individuellen Freiheitsbereich der Bürger hineinwirken, - wie es bei Strafnormen ohne jede Ausnahme der Fall ist, bestimmt das Transparenzgebot des Art. 42 Abs. 1 GG, wesentliche Entscheidungen des Bundestags, zu denen mit Sicherheit Gesetze gehören, unter öffentliche Kontrolle zu stellen.

2. Materielle Verfassungswidrigkeit des § 130 Abs. 5 StGB

§ 130 Abs. 5 unterliegt wie alle Gesetze, zumal in ihrer Eigenschaft als Strafgesetz, dem Bestimmtheitserfordernis. .

a. Bestimmtheit der Norm

Das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit einer Gesetzesnorm folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und Art. 103 Abs. 2 GG

(„Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde“)

Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit, die Art und das Maß der Strafe so bestimmt zu umschreiben, daß der Normadressat anhand des gesetzlichen Tatbestandes voraussehen kann, ob ein Verhalten strafbar ist. Für die Frage, ob dies der Fall ist, ist in erster Linie der Wortlaut des Straftatbestandes maßgebend.

Das Bestimmtheitsgebot wurde durch das Bundesverfassungsgericht wie folgt näher definiert:

„Art. 103 Abs. 2 GG sorgt zugleich dafür, dass im Bereich des Strafrechts mit seinen weit reichenden Folgen für den Einzelnen nur der Gesetzgeber abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet (vgl. BVerfGE 75, 329 <341>; 78, 374 <382>; 95, 96 <131>). Die Legislative ist von Verfassung wegen verpflichtet, die Grenzen der Strafbarkeit selber zu bestimmen; sie darf diese Entscheidung nicht anderen staatlichen Gewalten, etwa der Strafjustiz, überlassen. Das Bestimmtheitsgebot ist also Handlungsanweisung an den Strafgesetzgeber und Handlungsbegrenzung für den Strafrichter zugleich. Aus diesem Grunde versagt Art. 103 Abs. 2 GG es dem Strafrichter auch, ein unbestimmtes Gesetz von sich aus nachzubessern (vgl. BVerfGE 47, 109 <120>; 64, 389 <393>; 73, 206 <235>).

2. Das Gebot der Gesetzesbestimmtheit gilt auch für die Strafandrohung, die in einem vom Schuldprinzip geprägten Straftatsystem gerecht auf den Straftatbestand und das in ihm vertypete Unrecht abgestimmt sein muss (BVerfGE 86, 288 <313>; stRspr); sie gibt Aufschluss über die gesetzgeberische Charakterisierung, Bewertung und Auslegung des Straftatbestands, der das strafwürdige Verhalten beschreibt (vgl. BVerfGE 25, 269 <286>). Die Strafe als missbilligende hoheitliche Reaktion auf schuldhaftes kriminelles Unrecht muss deshalb in Art und Maß durch den parlamentarischen Gesetzgeber normativ bestimmt (vgl. BVerfGE 32, 346 <362 f.>), eine strafende staatliche Antwort auf eine Zuwiderhandlung gegen eine Strafnorm muss für den Normadressaten vorhersehbar sein (vgl. BVerfGE 26, 41 <42>; 45, 363 <370 ff.>“.

BVerfG, Urteil vom 20. März 2002 - 2 BvR 794/95

Als Tatbestand hält § 130 StGB eine Fülle auslegungsbedürftiger Tatbestandsmerkmale vor:

„öffentlich oder in einer Versammlung in einer Weise billigt, leugnet oder gröblich verharmlost, die geeignet ist, zu Hass oder Gewalt gegen eine solche Person oder Personenmehrheit aufzustacheln und den öffentlichen Frieden zu stören“.

Die Tathandlungen müssen entsprechend dem Wortlaut nach Handlungen der in den §§ 6 bis 12 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art¹¹ sein. Die §§ 6 bis 12 VStGB⁹ normieren die Straftatbestände Völkermord (§ 6 VStGB), Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 VStGB) sowie verschiedene (andere) Kriegsverbrechen (§§ 8 bis 12 VStGB).

Auffällig ist, dass damit die Strafbarkeit eines Täters nach § 130 Abs. 5 StGB davon abhängig gemacht wird, dass Verbrechen nach dem VStGB nach ihrer „Art“ vorliegen. Es wird rechtlich nicht darauf abgestellt, dass die genannten Verbrechen ihrerseits tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft begangen worden sind, gerade begangen werden oder in Zukunft begangen werden.

Es wird weiterhin noch nicht einmal klargestellt, ob diese ihrer „Art“ nach bestimmten Handlungen in der Vergangenheit liegen und damit als historischer Vorgang und im Sinne des Tatbegriffs des § 264 StPO umgrenzt und abgeschlossen sind. Vielmehr legt der Wortlaut nahe, dass auch Handlungen dieser „Art“ in Gegenwart und Zukunft gemeint sind, also solche, die noch nicht einmal begonnen haben müssen.

Die somit geschaffene Weite der Zurechnung, was den Zeitmaßstab betrifft, ist vom Gesetzgeber auch gewollt und nicht etwa ein Redaktionsversehen:

Das sieht auch der Wissenschaftliche Dienst des Bundestags¹¹ in seiner Ausarbeitung vom 16.01.2023, also nach Inkrafttreten des Gesetzes, nicht anders, wenn er schreibt:

„Dadurch, dass der Gesetzgeber bei der Formulierung der Norm nicht etwa – wie in verschiedenen anderen Straftatbeständen – auf eine „rechtswidrige Tat“ nach den genannten Normen Bezug nimmt, sondern auf „Handlungen“ derjenigen „Art“, wie sie in den Normen beschrieben werden soll zum einen zum Ausdruck gebracht werden, dass gerade nicht eine komplett tatbestandsmäßige und rechtswidrige einschlägige Straftat vorliegen, geschweige denn seitens des erkennenden oder eines vorbefassten Gerichts festgestellt werden bzw. worden sein muss...“

und zitiert Kubiciel, „Welcher Skandal? Anmerkungen zur eher symbolischen Änderung des § 130 StGB, Verfassungsblog vom 27.10.2022“, der meint:

„... ist es nach der klaren Fassung des Tatbestandes nicht notwendig nachzuweisen, dass ein bestimmtes Geschehen als strafbar (d.h. objektiv und subjektiv tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft) im Sinne der §§ 6 ff. VStGB zu bewerten ist; Bezugspunkt des § 130 Abs. 5 sind nur die in den Tatbeständen beschriebenen Handlungen. Bedeutungslos ist damit (...) die Frage der Täterschaft, also die Frage, welche Personen individuell für die Begehung der Taten verantwortlich waren, so dass ein politischer Streit um die konkrete Verantwortlichkeit für ein Geschehen (...) gerade nicht unter den

¹¹ Völkerrechtsverbrechenbezogene Volksverhetzung, Der neue Straftatbestand des § 130 Absatz 5 StGB, Anlage 7

Auspizien des § 130 Abs. 5 geführt werden muss. Überhaupt kommt es auf vorherige strafgerichtliche Feststellungen zu den eigentlichen völkerstrafrechtlichen Taten nicht an; schon gar nicht bedarf es einer Verurteilung von Tätern durch den ohnehin nur subsidiär zuständigen Internationalen Strafgerichtshof¹².

Es ist also festzuhalten, dass sich Tathandlungen des § 130 Abs. 5 StGB wie „Billigen“ etc, nicht etwa auf durch Gerichte, zumal den Internationalen Strafgerichtshof, als bestrafenswert eingeschätzte Sachverhalte und Vorgänge bezieht, sondern jegliche Handlungen dieser „Art“.

Entgegen Kubiciel öffnet gerade diese durch den Wortlaut vorgegebene Auslegung Tür und Tor für rein politische und moralische, aber jedenfalls nicht rechtlich, qualifizierte Sachverhalte als „Verbrechens“-tatbestände im Sinne des VStGB.

Hinlänglich bekannt und daher nicht notwendig, es mit Beispielen zu belegen (erinnert sei nur an die „Operation Baby-Lift“ der USA kurz vor Ende Vietnamkriegs am 3. April 1975, als 3300 vietnamesische Kinder, in der Regel vermutete Waisen, in die USA ausgeflogen wurden, um dort (zumeist) in Adoptivfamilien aufgenommen zu werden¹² im Vergleich zu der vom IStG als haftbefehlsauslösend begriffenen Verbringung von Kindern (vermutete Waisenkinder aus dem Kriegsgebiet über die Grenze nach Russland), eröffnet sich damit in voller Breite ein nicht-juristisch eingegrenzter, politisch-moralischer Interpretationsspielraum, sprich: die jeweilige Strafbarkeit zum Beispiel des „gröblichen Verharmlosens“ bezieht sich auf einen (in der Regel politisch, moralisch umstrittenen) Sachverhalt, dessen Einordnung als geeignetes Tatobjekt im Sinne des § 130 Abs. 5 StGB somit auch stetig wechseln kann.

Wie die Einschätzungen im politischen Raum, die aber die tatbestandliche Basis des § 130 Abs. 5 StGB bilden sollen, wechseln ist beispielsweise an den Antworten auf die Frage abzulesen, ob das NATO-Bombardement gegen Serbien 1999 einem kriegsverbrecherischen Akt entspricht oder nicht.

Dazu der Münchener Merkur v.10.03.2014:

„Altkanzler Gerhard Schröder (SPD) sieht das Vorgehen Russlands in der Ukraine kritisch, will Präsident Wladimir Putin aber gleichwohl nicht verurteilen. „Natürlich ist das, was auf der Krim geschieht, ein Verstoß gegen das Völkerrecht“, sagte Schröder am Sonntag auf einer „Zeit“-Matinee in Hamburg. Dennoch wolle er seinen Freund Putin nicht verurteilen. Er selbst habe als Kanzler beim Jugoslawienkonflikt ebenfalls gegen das Völkerrecht verstoßen. „Da haben wir unsere Flugzeuge (...) nach Serbien geschickt, und die haben zusammen mit der Nato einen souveränen Staat gebombt - ohne dass es einen Sicherheitsratsbeschluss gegeben hätte.“ Insofern sei er mit dem erhobenen Zeigefinger vorsichtig, betonte Schröder“.

Des weiteren liegt der Wissenschaftliche Dienst durchaus richtig, wenn er feststellt:

„Dem Gesetz ist mithin hinsichtlich der potentiell als Bezugshandlung in Betracht kommenden völkerrechtsverbrechensartigen Handlungen keine zeitliche Einschränkung zu entnehmen, so dass – jedenfalls insofern – grundsätzlich auch Handlungen in Betracht

¹² TAZ vom 3.4.2015, „Wer bin ich dann?“

kommen, die zeitlich weit zurückliegen“¹³ - selbstverständlich wäre hier zu ergänzen, dass nicht nur Vergangenes und Gegenwärtiges in Bezug genommen wird, sondern auch Zukünftiges.

Schon an dem dargestellten Passus erweist sich die Unbestimmtheit der Norm, deren deliktische Anknüpfungspunkte sich auf jeweils verschieden interpretierbarer historische Vorgänge beziehen, die auch in ihrer Anzahl, in ihrem Umfang und ihrer Bedeutung unbestimmt sind, noch nicht einmal juristisch eingeschätzt worden sein müssen.

Für die Rechtsanwendung in Staatsanwaltschaften und Gerichten ist damit kein auch nur halbwegs konturierter Tatbestand geschaffen, sondern schrankenlose Deutungsvarianten eröffnet.

Die Feststellung des Wissenschaftlichen Dienstes hierzu:

„Auch werden Befürchtungen geäußert, Staatsanwaltschaften und Strafgerichtsbarkeit könnten mit der Anwendung der Norm überfordert sein“

Der Tatbestand des § 130 Abs. 5 StGB erlaubt es mit gutem Grund, den Konjunktiv des „könnte“ mit der Prognose „das wird sicher so sein“ zu ersetzen.

Der vorgegebene Anlass für die überstürzte Einführung des neuen § 130 Abs. 5 StGB war die Umsetzung des Rahmenbeschluss 2008/913/JI des Rates vom 28. November 2008, ABI. L 328/55.

Ausgehend von der Gesetzesbegründung:

„Die Strafvorschrift ist dem Rahmenbeschluss entsprechend auf das öffentliche Billigen, Leugnen und gröbliche Verharmlosen von Völkermorden, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen beschränkt, die sich gegen eine der in § 130 Absatz 1 Nummer 1 StGB bezeichneten Personenmehrheiten, d. h. gegen eine dort genannte Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung, oder gegen einen Einzelnen wegen dessen Zugehörigkeit zu einer dieser Personenmehrheiten richten“.

ist nicht bestimmbar, weder für den Juristen, der vor die Anwendung gestellt ist, das „entsprechend“ mit konkreten Inhalten zu füllen, noch mehr für den Laien, der hierzu regelmäßig keine Vorstellung entwickeln kann.

Auch hier ist auf die Einschätzung des Wissenschaftlichen Dienstes zu verweisen:

„Die Konstruktion, wonach sich nicht die verhetzende Handlung gegen die besagte Gruppe oder deren Mitglied richten muss, sondern die in Bezug genommenen völkerrechtsverbrechensartigen Handlungen, erscheint im Kontext von § 130 StGB unkonventionell: Bei § 130 Absatz 1 StGB ist die Gruppe oder deren Mitglied Bezugspunkt der verhetzenden, aufstachelnden Handlung, bei § 130 Absatz 3 StGB wiederum wird über das zur Störung des öffentlichen Friedens geeignete öffentliche oder in einer Versammlung erfolgende Leugnen, Billigen oder Verharmlosen hinaus keine spezifische Zielgerichtetheit gefordert. Ob der Gesetzgeber sich bei der insofern

13 Wie Nr. 11 .

neuartigen Tatbestandsausgestaltung zu Recht auf eine einschlägige europarechtliche Vorgabe bezieht, erscheint indes fraglich“.

Mit unverborgener Ironie wird weiter ausgeführt:

„Betrachtet man diese Norm sprachlich genauer, ergibt sich, dass die Bezugnahme im Relativsatz unter Verwendung des Relativpronomens „das“, also im Neutrum und Singular erfolgt, woraus abgeleitet werden kann, dass hiermit der Satzteil „das öffentliche Billigen, Leugnen oder gröbliche Verharmlosen“ in Bezug genommen wird, bei dem aufgrund der „Oder-Aufzählung“ ein Singular-Bezug korrekt ist – während, wie es der deutsche Gesetzgeber denn auch in seiner oben zitierten Begründung grammatisch richtig formuliert hat, bei einem Bezug auf das Präpositionalattribut „Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen ...“ mit kumulativer Aufzählung der Bezug im Plural und mithin mit einem „die“ hätte erfolgen müssen. Dies bestätigt eine Analyse der Gesellschaft für Deutsche Sprache ...“

Mit anderen Worten: Die sprachliche Fassung ist derart unklar gefasst, dass selbst der Wissenschaftliche Dienst des Bundestags sich mehr als schwer damit tut, den konkreten Sinn der Norm zu ermitteln.

„Insofern erscheint es fragwürdig, ob die Auffassung des Gesetzgebers zutrifft, wonach die Ausgestaltung der Zielgerichtetheit in § 130 Absatz 5 StGB derjenigen in Artikel 1 Nr. 1 lit. c des EU-Rahmenbeschlusses entspreche. In Betracht könnte vor diesem Hintergrund möglicherweise auch zu ziehen sein, den Wortlaut von § 130 Absatz 5 StGB so zu verstehen, dass sich die Zielgerichtetheit dort auf das Billigen, Leugnen und gröbliche Verharmlosen bezieht.²² Dies hieße jedoch anzunehmen, dass der Gesetzgeber ein Billigen, Leugnen oder gröbliches Verharmlosen gegen eine Gruppe von Personen für denkbar hielt. Dies erscheint sprachlich kaum gangbar und stünde zudem im Widerspruch zu der oben zitierten Gesetzesbegründung“¹⁴,

zieht der Wissenschaftliche Dienst sein Fazit.

Kurzum:

Die nach 14 Jahren(!) Passivität (zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses) entfaltete gesetzgeberische Beschleunigung am 19. und 20.10.22 entfaltete hektische vermeintliche Umsetzung des Rahmenbeschlusses hat zu einer Gesetzesfassung geführt, die schlichtweg nicht verstanden werden kann und unter den Kautelen des Bestimmtheitsgebots als unzureichend und damit nicht mehr verfassungskonform bezeichnet werden muss. Wie dargestellt, kann noch nicht einmal die konkrete Rückbindung an den EU-Rahmenbeschluss als ausreichend konkretisiert aufgewiesen werden – was unmittelbar die Legitimation der Gesetzesänderung anbelangt.

Als weiteres Beispiel soll hier der Tatbestandspassus des „gröblichen Verharmlosens“ angeführt werden:

Wiederum ist Ausgangspunkt die Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes:

„Im Unterschied dazu bezieht sich das Attribut „gröblich“ in der Neufassung von § 130

¹⁴ Wie vor Nr. 11.

Absatz 5 StGB unmittelbar auf die – im Falle einer Strafbarkeit ja notwendigerweise vom Vorsatz umfasste – Tathandlung des Verharmlosens. Der Gesetzgeber führt zur Begrifflichkeit des gröblichen Verharmlosens aus:

„In Bezug auf die Tatvariante des Verharmlosens unterscheidet sich der vorgeschlagene neue § 130 Absatz 5 StGB von § 130 Absatz 3 StGB dadurch, dass nur das ‚gröbliche‘ Verharmlosen tatbestandsmäßig sein soll. Es sind daher im Vergleich zur Verharmlosung des Holocausts erhöhte Anforderungen an die Verharmlosung der im neuen Absatz 5 genannten Völkerrechtsverbrechen zu stellen¹⁵.“

Weiter:

„Der Bereich strafbarer Äußerungen in Bezug auf die Verharmlosung des Holocausts in § 130 Absatz 3 StGB sei aufgrund dessen „etwas weiter gesteckt“ als derjenige für verharmlosende Äußerungen zu anderen Völkerrechtsverbrechen“.

Worin die „etwas weiter gesteckten“ Anforderungen an die Tatbestandlichkeit bestehen sollen, darüber schweigt sich der Gesetzgeber aus.

Die Frage, unter welchen Bedingungen ein Verharmlosen „gröblich“ sein soll, ist weder durch semantische Spitzfindigkeit in einer Antwort aufzulösen. Noch durch tradierte juristische Auslegungsmethodik in helleres Licht zu bringen.

Der Wissenschaftliche Dienst zieht nach seinen Versuchen, der Begrifflichkeit definitorisch beizukommen, den Schluss:

„Die notwendige Konkretisierung des Maßstabs für ein „gröbliches“ Verharmlosen im vorliegenden Normkontext wird insofern von der Rechtsprechung erarbeitet werden müssen. Mit welchem Inhalt dies erfolgen wird, lässt sich über die vorstehenden Ausführungen hinaus jedenfalls derzeit nicht näher prognostizieren“.

Ähnlich auch

Schiemann, Erweiterung des Straftatbestands der Volksverhetzung, Kriminalistik 2022, 651, 653: „Insofern sind auch hier Auslegungsschwierigkeiten vorprogrammiert.“

Der bekannte Strafverteidiger Gerhard Strate schrieb im CICERO vom 31. Oktober 2022 :

„Das Gesetz in dieser novellierten Form kann nur als gefährlich schwammig bezeichnet werden. Seine Anwendung bedürfte zunächst einer Definition des Unsagbaren. Doch die formale Aburteilung eines Kriegsverbrechens nach dem Völkerstrafgesetzbuch ist nicht Bedingung für eine Verurteilung nach § 130 [5] StGB.

Es obliegt somit einer toxischen Mischung aus öffentlicher Meinung und der persönlichen Auffassung von Staatsanwälten und Richtern, welches Kriegsverbrechen als erwiesen betrachtet und dessen „gröbliche Verharmlosung“ somit unter Strafe gestellt werden sollte“

§ 130 Abs. 5 StGB wird den Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm durchweg in keiner Weise gerecht.

Die Unbestimmtheit erstreckt sich dabei auf nicht nur ein einzelnes Merkmal, sondern auf mehrere. Selbst der Normgrund „Umsetzung des Rahmenbeschlusses“ ist derart misslungen, dass schon den Juristen des Wissenschaftlichen Dienstes, die sich mit der

15 Drucksache 20/4085, Anl. 3

Analyse der Norm sicherlich intensiv beschäftigt haben, unklar ist, ob überhaupt und wenn ja in welcher Reichweite das Gesetz den Anforderungen des Rahmenbeschlusses entspricht.

Um diese Adressaten geht es aber dem Bestimmtheitsgrundsatz gar nicht. Es geht Art. 103 Abs 2 GG um den verständigen Bürger, der im Hinblick auf eine sanktionsbewehrte Norm, zumal eine mit besonders hoher Strafandrohung, vom Gesetzgeber erwarten darf, dass er zumindest grob einschätzen kann, was nun wie unter Strafe steht.

Der neue § 130 Abs. 5 StGB bezieht sich im Hinblick auf die tatbestandliche Zurechnung nicht auf fest definierte und mit entsprechende historischen Tatsachenbasis ausgestattete Rechtsgutziele, wie sie sich in den anderen Absätzen des § 130 StGB finden, sondern flexibilisiert die strafrechtliche Zurechnung, in dem eine Abkehr von der Tatsachenbasis erfolgt und nur die Wertung im Mittelpunkt steht.

Wertungen, die noch nicht einmal gerichtlich zuvor (!) als schutzwürdig festgestellt sein müssen, sondern die mit dem Stand des gerade herrschenden Meinungsbildes stetig wechseln können. Die Zielpunkte des § 130 Abs. 5 StGB werden daher zu einem nicht erfassbaren, geschweige denn für den Normadressaten vorhersehbaren Fluidum.

Die Norm verstößt damit gegen das Verfassungsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG.

b. Einschränkung der Meinungsfreiheit

Als Gesetz schränkt § 130 Abs. 5 StGB die Meinungsfreiheit ein.

Ob allgemeines Gesetz oder Sondernorm muss nicht entschieden werden, da jedenfalls nach den Grundsätzen der Rechtsprechung des BVerfG von einer Beschränkung der Meinungsfreiheit durch § 130 StGB auch in der jetzigen Form ausgegangen werden muss.

„Der neue § 130 (5) StGB greift insoweit in die Meinungsfreiheit ein, als er über (nicht geschützte) bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen hinausgeht. Insofern entspricht er strukturell dem Tatbestand der Holocaustleugnung (§ 130 (3) StGB), den das BVerfG als nichtallgemeines Gesetz qualifiziert, aber von den Anforderungen der Allgemeinheit im Sinne des Art. 5 (2) GG ausgenommen hat (BVerfG, NJW 2018, 2861 Rn. 21). Hiermit hat das Gericht die im Wunsiedel-Beschluss für den Tatbestand der Billigung, Verherrlichung und Rechtfertigung der NS-Gewaltherrschaft (§ 130 (4) StGB) entwickelte Ausnahme vom Sonderrechtsverbot auf § 130 (3) StGB übertragen. Vor diesem Hintergrund mag man sich fragen, ob auch der neue § 130 (5) StGB nichtallgemeines Sonderrecht darstellt. Jedoch hat das BVerfG den Begriff des allgemeinen Gesetzes im Wunsiedel-Beschluss so weit gefasst, dass die neue Vorschrift noch darunter zu fassen sein dürfte. Zwar knüpft § 130 (5) StGB n.F. an Meinungsinhalte an – nämlich die Aussage, die betreffende Völkerstraftat habe nicht stattgefunden, sei harmloser als tatsächlich der Fall oder gar zu befürworten. Solche inhaltsanknüpfende Normen sind aber gleichwohl allgemein, wenn sie erkennbar auf den Schutz bestimmter Rechtsgüter und nicht gegen eine bestimmte Meinung gerichtet sind“¹⁶.

Das bereits die Ausformung des bis zum 8.12.22 geltenden Tatbestands geeignet war und

¹⁶ Rhein-Fischer, Die problematische Reform des Volksverhetzungstatbestandes nach § 130 (5) StGB n.F., verfassungsblog.de

ist, die Äußerung bestimmter Meinungen unter Strafe zu stellen und somit im Sinne des Gesetzesvorbehalts des Art. 5 GG geeignet ist, die Meinungsfreiheit einzuschränken, bedarf keiner besonderen Hervorhebung.

Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit festgestellt:

„Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet jedermann das Recht, seine Meinung frei zu äußern und zu verbreiten. Meinungen sind durch die subjektive Beziehung des Einzelnen zum Inhalt seiner Aussage geprägt (vgl. BVerfGE 7, 198 <210>). Für sie ist das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens kennzeichnend (vgl. BVerfGE 7, 198 <210>; 61, 1 <8>; 90, 241 <247>). Insofern lassen sie sich auch nicht als wahr oder unwahr erweisen. Sie genießen den Schutz des Grundrechts, ohne dass es darauf ankommt, ob die Äußerung begründet oder grundlos, emotional oder rational ist, als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt wird (vgl. BVerfGE 90, 241 <247>). Die Bürger sind dabei rechtlich auch nicht gehalten, die der Verfassung zugrunde liegenden Wertsetzungen persönlich zu teilen. Das Grundgesetz baut zwar auf der Erwartung auf, dass die Bürger die allgemeinen Werte der Verfassung akzeptieren und verwirklichen, erzwingt die Werteloyalität aber nicht (vgl. BVerfG, Beschlüsse der 1. Kammer des Ersten Senats vom 24. März 2001 - 1 BvQ 13/01 -, NJW 2001, S. 2069 <2070> und vom 15. September 2008 - 1 BvR 1565/05 -, NJW 2009, S. 908 <909>).

Geschützt sind damit von Art. 5 Abs. 1 GG auch Meinungen, die auf eine grundlegende Änderung der politischen Ordnung zielen, unabhängig davon, ob und wie weit sie im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung durchsetzbar sind. Das Grundgesetz vertraut auf die Kraft der freien Auseinandersetzung als wirksamste Waffe auch gegen die Verbreitung totalitärer und menschenverachtender Ideologien. Dementsprechend fällt selbst die Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts als radikale Infragestellung der geltenden Ordnung nicht von vornherein aus dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG heraus. Den hierin begründeten Gefahren entgegenzutreten, weist die freiheitliche Ordnung des Grundgesetzes primär bürgerschaftlichem Engagement im freien politischen Diskurs sowie der staatlichen Aufklärung und Erziehung in den Schulen gemäß Art. 7 GG zu.

Indem § 130 Abs. 4 StGB an die Billigung, Verherrlichung und Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft anknüpft und diese unter weiteren Voraussetzungen unter Strafe stellt, greift die Vorschrift in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit ein“.

(Beschluss des Ersten Senats vom 4. November 2009, - 1 BvR 2150/08)

Der neugeschaffene § 130 Abs. 5 StPO unterscheidet sich von den übrigen in § 130 StGB benannten Tatmodalitäten dadurch, dass Ziel des beabsichtigten Rechtsgutsschutzes nicht eine „nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe“, der Holocaust oder Umstände der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft sind, sondern der „öffentliche Friede“, der durch die inkriminierte Ansprache von Kriegsverbrechen und artverwandter historischer Vorgänge in strafrechtlich relevanter Weise verletzt werden soll.

Sofern der öffentliche Friede betroffen ist, muss der Rahmen möglicher Einschränkungen der Meinungsfreiheit restriktiv gehandhabt werden.

„Im Lichte des Art. 5 Abs. 1 GG ergeben sich an die Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens nähere Anforderungen. Ausgangspunkt ist die Meinungsfreiheit als Geistesfreiheit.

Eingriffe dürfen nicht darauf gerichtet sein, Schutzmaßnahmen gegenüber rein geistig bleibenden Wirkungen von bestimmten Meinungsäußerungen zu treffen. Das Anliegen, die Verbreitung verfassungsfeindlicher Ansichten zu verhindern, ist ebensowenig ein Grund, Meinungen zu beschränken, wie deren Wertlosigkeit oder auch Gefährlichkeit. Legitim ist es demgegenüber, Rechtsgutverletzungen zu unterbinden. Danach ist dem Begriff des öffentlichen Friedens ein eingegrenztes Verständnis zugrunde zu legen. Nicht tragfähig ist ein Verständnis des öffentlichen Friedens, das auf den Schutz vor subjektiver Beunruhigung der Bürger durch die Konfrontation mit provokanten Meinungen und Ideologien zielt. Die mögliche Konfrontation mit beunruhigenden Meinungen, auch wenn sie in ihrer gedanklichen Konsequenz gefährlich und selbst wenn sie auf eine prinzipielle Umwälzung der geltenden Ordnung gerichtet sind, gehört zum freiheitlichen Staat. Der Schutz vor einer „Vergiftung des geistigen Klimas“ ist ebenso wenig ein Eingriffsgrund wie der Schutz der Bevölkerung vor einer Kränkung ihres Rechtsbewusstseins durch totalitäre Ideologien oder eine offenkundig falsche Interpretation der Geschichte“.

Beschluss vom 22. Juni 2018, 1 BvR 2083/15

Weiter heisst es in dieser Entscheidung:

„Die freiheitliche Ordnung des Grundgesetzes setzt vielmehr darauf, dass solchen Äußerungen, die für eine demokratische Öffentlichkeit schwer erträglich sein können, grundsätzlich nicht durch Verbote, sondern in der öffentlichen Auseinandersetzung entgegengetreten wird. Die Meinungsfreiheit findet erst dann ihre Grenzen im Strafrecht, wenn die Äußerungen in einen unfriedlichen Charakter umschlagen“.

Beschluss vom 22. Juni 2018, 1 BvR 2083/15

Die bisherige Fassung des § 130 StGB wurde von nicht wenigen Stimmen in der Literatur vom Typus her als „Sonderrecht gegen rechts“ begriffen.

Die Unterschiede der tatbestandlichen Erfassungsbreite und des hierin abzielenden Rechtsgutsschutzes der aktuellen Fassung zu den bisher in § 130 StGB eingepprägten Tatmodalitäten ist auffällig.

Zum einen werden zwar Begrifflichkeiten, wie Leugnen, Verharmlosen, öffentlicher Friede auch hier übernommen, zum anderen aber die Zielrichtung (wie bereits ausgeführt) geändert, in dem nicht mehr konkrete definierte tatsachenfundierte historische Sachverhalte in Bezug genommen werden, sondern flexible Begrifflichkeiten (Kriegsverbrechen ihrer „Art“ nach) in ebenfalls zeitlich-historisch nicht vordefiniertem Ausmass.

Wenn historischen Fakten nicht mehr als Orientierung im Rechtsgutsschutz gelten, sondern Wertungen ist eine schrankenlose, vom jeweiligen „Zeitgeist“ geprägte Strafverfolgungsmöglichkeit eröffnet. Dies wird auch daraus deutlich, dass es noch nicht einmal eine Grenzziehung der Art gibt, dass ein Gericht (gleich welches) festgestellt haben müsste, welche konkrete Völkerstraftat vorliegt.

Die Kriterien zur Definition eines bestimmten Vorgangs als verfolgungswürdig im Sinne des § 130 Abs 5 StGB hängen damit allein davon ab, welche Meinung zu diesem oder

jenem Sachverhalt gerade vorherrschend ist, welche Einschätzung gerade in den öffentlichen Medien vorzugswürdig opportun erscheint. Dadurch werden (im schlechten Sinne verstandene) Flexibilität und inhaltliche Volatilität Gegenstand des politischen Meinungskampfes. Derjenige, der nicht der herrschenden Meinungslage zu einem bestimmten völkerrechtsrelevanten Vorgang anhängt, gerät dann, wenn er seine Meinung hier gegen stellt, in den Einzugsbereich des § 130 Abs. 5 StGB. Dass er dies öffentlich tun muss, um in den Tatbestandsradius des § 130 Abs. 5 StGB eingezogen zu werden, ist keine „Restriktion“. Wie auch das Bundesverfassungsgericht verschiedentlich hervorgehoben hat, darf – und muss – die Rechtsordnung mit dem in der Öffentlichkeit ausgetragenen Kampf der Meinungen nicht nur „zurecht kommen“, sondern dieser Meinungskampf, sogar wenn er emotionalisiert geführt wird, gehört zu den Essentialia im Kern des Art. 5 Abs. 1 GG.

„Die mögliche Konfrontation mit beunruhigenden Meinungen, auch wenn sie in ihrer gedanklichen Konsequenz gefährlich und selbst wenn sie auf eine prinzipielle Umwälzung der geltenden Ordnung gerichtet sind, gehört zum freiheitlichen Staat“.

Dieser Grundsatz muss auch für die kontroverse Debatte über Kriegstraftaten, deren „Ob“ und deren „Wie“, gelten.

Die Norm des § 130 Abs. 5 GG vertunnelt den freien Raum öffentlicher Debatte, in dem er zulässt, dass eine bestimmte Meinung zu einem historischen Vorgang – im Übrigen: gleich wo auf der Welt er stattfand, stattfindet oder stattfinden wird – mit strafrechtlicher Sanktion gegen Andersdenkende durchgesetzt werden kann.

Präventiv unterbindet er damit auch zukünftige Debatten zur Einschätzung historischer Vorgänge. Ein Jeder wird sich angesichts der Tatbestandsmerkmale des § 130 Abs. 5 StGB intensivst überlegen, ob er überhaupt eine Position zu einem Vorgang einnehmen soll, bevor nicht die situativ bestimmende herrschende Auslegung hierzu verbreitet worden ist.

§ 130 Abs. 5 StGB schränkt die Meinungsfreiheit in verfassungswidriger Weise ein.

Dass Gesetz ist daher für nichtig zu erklären.

Essen, den 28.07.23

(W. Richter)

(P. Köbele)

(R. Hohmann)