

Das Holocaustleugnungsverbot als Erinnerungsgesetz

Interdisziplinäre Perspektiven auf § 130 Abs. 3 StGB im Kontext kollektiver Erinnerungskultur

Von Sven dos Santos Lopes, Hamburg*

Die bisherigen Ansätze des Bundesverfassungsgerichts zur Legitimation des Holocaustleugnungsverbots haben sich als nur teilweise überzeugend dargestellt. Sie nehmen dabei hauptsächlich die juristisch-formale Seite in den Blick und vernachlässigen die soziale Wirkungsweise solcher Gesetze. Der Beitrag untersucht daher die kultur- und sozialwissenschaftlichen Wirkungsweisen von Leugnungsverboten. Dabei wird § 130 Abs. 3 StGB als Erinnerungsgesetz verstanden, das in erster Linie dem Schutz des kulturellen Gedächtnisses dient. Solche Gesetze finden sich in diversen Rechtsordnungen. Zwar variieren dabei die rechtstechnischen Gegebenheiten, die dahinterstehenden Mechanismen sind jedoch gleich. Auf dieser Erkenntnis aufbauend, wird ein Konzept einer gerechten Erinnerungskultur als verfassungsrechtliches Prinzip skizziert, das als Legitimationsgrundlage herangezogen werden kann. Die Holocaustleugnung ist ein destruktiver Eingriff in politische und gesellschaftliche Aufarbeitungsprozesse. Diese spezifische Qualität rechtfertigt eine Einschränkung der Meinungsfreiheit.

I. Einleitung

Das Verbot der Holocaustleugnung in § 130 Abs. 3 StGB ist seit seiner Einführung durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994¹ umstritten. Im Fokus steht dabei vor allem der Konflikt mit der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG. Die vielbeachteten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit des § 130 Abs. 4 und später § 130 Abs. 3 StGB liegen mittlerweile jedoch einige Jahre zurück, sodass die Thematik an Aktualität verloren hat. Die Argumente um die Legitimation der Norm scheinen insoweit bereits ausgetauscht worden. Dies gilt jedoch nur für den formal-juristischen Diskurs. Ziel dieses Beitrages ist es, die Diskussion um die Rechtfertigung von Leugnungsverboten unter einer interdisziplinären Perspektive neu aufzugreifen. Das Recht ist kein isoliertes System, sondern muss Erkenntnisse anderer Disziplinen in seine Begründungs- und Rechtfertigungsmuster überführen. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts stellen zwar eine pragmatische Lösung für ein verfassungsrechtliches Problem dar, liefert aber keine überzeugende Begründung. Daher muss § 130 Abs. 3 StGB im Kontext des gegenwärtigen Diskurses um Erinnerungskultur und kollektive Erinnerung betrachtet werden. Nur unter Zugrundelegung der sozial- und kulturwissenschaftlichen Erkenntnisse kann eine überzeugende Begründung gefunden werden.

§ 130 Abs. 3 StGB reguliert den öffentlichen Diskurs über die nationale Vergangenheit, indem es bestimmte Sichtweisen aus diesem Diskurs ausschließt. Die Norm stellt längst keine Ausnahme mehr dar. Vergleichbare Regelungen

finden sich in diversen europäischen Ländern² und auch ein Rahmenbeschluss der Europäischen Union sieht das Verbot der Leugnung von Völkermorden vor.³ Solche Regelungen stellen den Versuch dar, das Verbreiten bestimmter Ansichten über die (nationale) Vergangenheit zu verhindern. Ihr Ziel ist indes nicht der Schutz historischer Wahrheiten, sondern die Etablierung und Verteidigung kollektiver Erinnerungsprozesse. Es geht nicht um die Gewährleistung eines redlichen akademischen Diskurses, sondern um den öffentlichen Umgang mit einem identitätsstiftenden Ereignis der gemeinsamen Vergangenheit. Diese Verbote zielen auf Ansichten ab, die der herrschenden oder staatlich affirmierten Lesart der Geschichte entgegenstehen. Es handelt sich dabei um Regelungstypen, die als Erinnerungsgesetze („lois mémorielles“) bezeichnet werden.⁴ § 130 Abs. 3 StGB darf daher nicht nur rechtstechnisch, sondern muss in seiner spezifischen kulturellen Funktion betrachtet werden. Nur so lässt sich die Wirkungsweise des Verbots überhaupt ausmachen und legitime Schutzgüter benennen. Dies ist letztlich Voraussetzung für eine überzeugende verfassungsrechtliche Legitimation.

II. Die Rechtsprechung des BVerfG: Eine verfassungsrechtliche Gratwanderung

§ 130 Abs. 3 StGB untersagt die öffentliche oder innerhalb einer Versammlung erfolgende Leugnung, Billigung oder Verharmlosung von unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangenen Handlungen i.S.d. § 6 Abs. 1 Völkerstrafgesetzbuch in einer Art und Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören. Bei der Neufassung der Norm hat sich der Gesetzgeber von der üblichen Systematik des § 130 StGB gelöst. Zuvor stellte der Wortlaut auf die Menschenwürde anderer oder die Aufstachelung zu Hass oder Gewalt gegen bestimmte Bevölkerungsgruppen ab. § 130 Abs. 3 StGB verzichtet auf die Bedrohung bestimmter Bevölkerungsgruppen und stellt den Umgang mit historischem Unrecht in den Fokus. Einziges Rechtsgut ist nunmehr der öffentliche Frieden. Ziel des Gesetzgebers war der Schutz des gesellschaftlichen Diskurses vor einer „politische Klimavergiftung.“⁵

Die Vorschrift bereitet hinsichtlich ihrer verfassungsrechtlichen Legitimation Schwierigkeiten, die in Rechtsprechung und Literatur bereits vielfach behandelt wurden. Hier können zwei Problemkreise unterschieden werden. Zunächst stellt sich die Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit eines solchen Verbots. § 130 Abs. 3 StGB richtet sich gegen die Äußerung einer konkreten Meinung und ist daher als Sonder-

* Der Verf. ist Doktorand am Lehrstuhl für Privatrecht, Rechtsphilosophie und Rechtsgeschichte an der Universität Rostock.

¹ BGBl. I 1994, S. 3186.

² Insgesamt ist die Holocaustleugnung in 18 europäischen Staaten verboten.

³ ABl. EU 2008 Nr. L 328/55, S. 2.

⁴ Langenbacher, in: Langenbacher/Shain (Hrsg.), Power and the past, Collective memory and international relations, 2010, S. 13 (16).

⁵ BT-Drs. 12/8588, S. 8

recht nicht mit Art. 5 Abs. 2 GG vereinbar. Des Weiteren ist fraglich, inwieweit der Schutz des öffentlichen Friedens als diffuses Rechtsgut überhaupt eine überzeugende Rechtfertigung für die Einschränkung der Meinungsfreiheit darstellen kann.

1. Zwischen Meinungsfreiheit und Sonderrecht

Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsmäßigkeit des § 130 Abs. 3 StGB bestätigt und bedient sich dabei zweier Argumentationslinien. Die reine Leugnung des Holocausts ist eine unwahre Tatsachenbehauptung und sei daher bereits von dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit ausgenommen. Es liege somit bereits kein Eingriff in Art. 5 Abs. 1 GG vor.⁶

Nur wenn die Leugnung Voraussetzung für den Meinungsbildungsprozess oder mit Werturteilen verbunden werde, unterfalle sie dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit.⁷ Problematisch bleibt indes, dass die Norm gegen das Sonderrechtsverbot verstößt. An dieser Stelle knüpft das Gericht an die aus dem Wunsiedel-Beschluss⁸ bekannte Argumentation an. § 130 Abs. 3 StGB sei zulässiges Sonderrecht, da die Vorschrift „auf die Verhinderung einer propagandistischen Affirmation der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft zwischen den Jahren 1933 und 1945 gerichtet ist.“⁹

Das Bundesverfassungsgericht konstruiert damit eine Begründung, die außerhalb der üblichen Dogmatik des Grundgesetzes liegt. Die Rechtfertigung ergebe sich sowohl aus der identitätsprägenden Bedeutung des nationalsozialistischen Unrechts für die Bundesrepublik als auch aus der Gefahr, die in einer Verbreitung nationalsozialistischer Ideologien liegt. Der Verweis auf die identitätsprägende Bedeutung bleibt indes diffus. Bemerkenswert ist zudem, dass das Gericht den Kontrast zum Nationalsozialismus zwar für die Ausnahmekonstruktion umfassend bemüht, gleichzeitig aber betont, dem Grundgesetz liege kein allgemeines antinationalsozialistisches Prinzip zugrunde. Dies ist ein Wertungswiderspruch, den das Gericht nicht überzeugend aufzulösen vermag. Die Begründung des § 130 Abs. 3 GG wäre einfacher gefallen, wenn das Bundesverfassungsgericht ein solches Prinzip als Grundlage der grundgesetzlich verbürgten Werteordnung anerkannt hätte.¹⁰ Der Verweis auf die Identität der Bundesrepublik eröffnet demgegenüber weitere Problemkreise. Soll dies Grundlage für die Legitimität von strafrechtlichen Verboten sein, müssen Identitätsbildungsprozesse betrachtet und die Wirkungszusammenhänge juristisch erfassbar gemacht werden. Die Identität der Bundesrepublik kann eine Ausnahme vom Sonderrechtsverbot nicht als abstrakte Idee, sondern nur als soziale Tatsache begründen, die sich in verfassungsrechtlichen Prinzipien übersetzen lassen muss.

⁶ BVerfGE 90, 241 (249).

⁷ BVerfG NJW 2012, 1498 (1499); BVerfG NJW 2018, 2858 (2859).

⁸ BVerfGE 124, 300.

⁹ BVerfG NJW 2018, 2861 (2862 f.) unter Verweis auf BVerfGE 124, 300 (328 ff.).

¹⁰ Dazu *Klausmann*, Meinungsfreiheit und Rechtsextremismus, Das antinationalsozialistische Grundprinzip des Grundgesetzes, 2019, S. 143 ff.

Abseits der formellen Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 GG setzt die Verfassungsmäßigkeit eines Eingriffs in die Meinungsfreiheit ein konkretes Schutzgut voraus. § 130 Abs. 3 StGB verweist auf den öffentlichen Frieden. Dieses Merkmal soll die Funktion eines eingrenzenden Korrektivs erfüllen.¹¹ In der genannten Entscheidung konkretisiert das Bundesverfassungsgericht den Begriff als Gewährleistung von Friedlichkeit. Ziel sei der Schutz vor Äußerungen, die auf rechtsgutgefährdende Handlungen hin angelegt sind. Dadurch wird versucht, den Begriff der Friedensstörung so zu präzisieren, dass letzten Endes konkrete Individualrechtsgüter betroffen sind. Die tatbestandlich erfassten Äußerungen müssen so beschaffen sein, dass sie potenziell zu rechtsgutgefährdenden Handlungen führen.¹²

2. Die (Ir)Relevanz der Opfergruppen

Diese Argumentation überzeugt nicht. Tatbestandsmäßige Aussagen werden in aller Regel nicht als konkrete Aufforderungen zu Straftaten getätigt, dann würden sie bereits § 111 StGB unterfallen. Die Konkretisierung muss also so verstanden werden, dass die Äußerungen (wenn sie ungehindert verbreitet würden) das Potential beinhalten, Aggressionen gegen andere zu provozieren. Diese Verbindung ist praktisch nicht nachweisbar und dogmatisch unzureichend. Die Einschränkung der Meinungsfreiheit kann nur dann geboten sein, wenn Individualrechtsgüter von Verfassungsrang betroffen sind. Das Gericht versucht den vom Gesetzgeber bewusst abstrakt gehaltenen Begriff daher so zu präzisieren, dass diese Anforderung erfüllt ist. Zur Legitimation einer Strafnorm wäre aber jedenfalls eine konkrete Verbindung zwischen den Aussagen und etwaigen späteren Handlungen notwendig.¹³ Das Bundesverfassungsgericht behilft sich hier mit einer Konstruktion, in der diese Verbindung bei den Tatmodalitäten Leugnen und Billigen vermutet wird. Dies mag die praktische Anwendung des § 130 Abs. 3 StGB erleichtern, kann aber die dogmatischen Mängel nicht beseitigen.

Kaum eine Erwähnung finden indes die historischen Opfergruppen. Sie werden in der Entscheidung weitestgehend ausgeklammert. Demgegenüber erweitern diverse Stimmen in der Literatur das Schutzgut des § 130 Abs. 3 StGB um genau diesen Personenkreis. Abgestellt wird auf die Opfer des nationalsozialistischen Unrechts – entweder als Gruppe oder Einzelpersonen.¹⁴ Tatsächlich liegt hier der relevante Punkt. Wenn das Holocaustleugnungsverbot als Ausnahme von Art. 5 GG bestehen soll, muss auf die Interessen und Rechtsgüter der Opfer abgestellt werden. Obgleich dies eine Entfernung vom gesetzgeberischen Willen bedeutet, lassen sich damit konkrete Rechtsgüter benennen. Abseits der juristischen Dogmatik wirft § 130 Abs. 3 StGB eine konkrete Frage auf:

¹¹ *Schäfer/Anstötz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 130 Rn. 86.

¹² BVerfG NJW 2018, 2861 (2862 f.).

¹³ *Zabel*, ZStW 122 (2010), 834 (844).

¹⁴ Etwa *Ostendorf*, NJW 1985, 1062; *Junge*, Das Schutzgut des § 130 StGB, 2000, S. 123; *Höfling/Augsberg*, JZ 2010, 1088.

Wieso ist es Unrecht, den Holocaust zu leugnen? Die Antwort auf diese Frage liefert auch die juristische Legitimation. Im Zentrum der Norm steht die öffentliche Auseinandersetzung mit einem historischen Ereignis. Eine Betrachtung des Verbots muss daher den Holocaust als erinnertes historisches Ereignis in den Blick nehmen.

III. Erinnerung als Gegenstand des Rechts: Versuch einer Systematisierung

Die gesellschaftliche Aufarbeitung des nationalsozialistischen Unrechts begann erst in den späten 1960er Jahren. Entscheidend dafür waren die wachsenden Anerkennungsbemühungen der Opfergruppen, die juristische Aufarbeitung durch die Frankfurter Auschwitzprozesse¹⁵ und eine verstärkte mediale Präsenz.¹⁶ Diese Ereignisse stellen Grundsteine für einen kulturellen Prozess dar, der in der Errichtung des Mahnmals für die ermordeten Juden Europas seine symbolische Kulmination fand.¹⁷ Seit dem ist die Frage der Bedeutung des Holocaust für die Bundesrepublik von der Ebene gesellschaftlicher und akademischer Diskurse längst in die Sphäre des Rechts übergetreten. Neben § 130 Abs. 3 StGB finden sich etwa in den Versammlungsgesetzen des Bundes und der Länder Regelungen, die Versammlungen an Gedenktagen oder -orten beschränken und untersagen. Sowohl nationale als auch internationale Gerichtshöfe sind vermehrt mit Fragen der Zulässigkeit solcher Verbote befasst worden. Erinnerungsgesetze müssen daher als besonderer Gesetzestypus verstanden werden. Sie regeln nicht nur Verhalten, sondern kodifizieren eine spezifische Lesart der Geschichte. Sie lassen sich in deklarative und regulative Erinnerungsgesetze unterteilen.

Deklarative Erinnerungsgesetze sollen die Ansicht des Gesetzgebers über historische Ereignisse darlegen und haben keinen klassischen Regelungsgehalt. Darunter fällt etwa die Anerkennung des durch das Osmanische Reich verübten Völkermords¹⁸ an den Armeniern durch Frankreich und Deutschland. Frankreich hat dazu ein formelles Gesetz verabschiedet, der Deutsche Bundestag fasste einen Beschluss.¹⁹ Die Gesetze legen in zweifacher Hinsicht eine offizielle Version der

Vergangenheit fest. Erstens bestätigen sie die historischen Ereignisse auf Tatsachenebene (es ist eine kritische Zahl an Armeniern zwischen 1915 und 1916 getötet worden²⁰). Zweitens nehmen sie mit der Bezeichnung als Völkermord eine rechtliche und moralische Bewertung vor.

Regulative Erinnerungsgesetze gehen darüber hinaus und schreiben nicht nur eine bestimmte Lesart, sondern auch einen Umgang mit der Vergangenheit vor. Darunter fallen insbesondere Leugnungsverbote. Der Gesetzgeber bedient sich solcher Verbote, um Ansichten aus dem öffentlichen Raum zu entfernen, die der staatlich akzeptierten Vergangenheitsversion entgegenstehen. Dies ist nicht unumstritten. Anders als bei deklarativen Erinnerungsgesetzen stellt sich hier die Frage, ob der Staat eine bestimmte Lesart der Vergangenheit durch Sanktionsandrohung verbindlich machen darf. Das Problem verschärft sich, wenn nicht politisch inakzeptable Strömungen, sondern die historischen Opfer selbst zum Ziel der Repression werden. Etwa, wenn es Staaten betrifft, deren Betrachtung der Vergangenheit sich von historischen Wahrheitsmaximen zunehmend entfernt. Die Türkei leugnet den Völkermord an den Armeniern bis heute. Äußerungen, die der offiziellen Leugnungspraxis entgegenstehen, werden teilweise sanktioniert.²¹

Erinnerungsgesetze sind oft das Ergebnis von Anerkennungsbemühungen der jeweiligen Opfergruppen oder eine Reaktion auf vermehrte Übergriffe. Um die Funktionsweise dieser Gesetze zu erfassen, muss eine Nation als Ergebnis konfliktreicher historischer Prozesse verstanden werden, in denen sich die Interessen bestimmter Gruppen teils gewalttätig durchgesetzt haben. Diese Konflikte verschwinden nicht, sie verbleiben als Erfahrung im kollektiven Gedächtnis der Betroffenen.²² Die Anerkennungsbemühungen vormals unterdrückter Gruppen offenbart, dass Unrecht auch generationelle Grenzen überwinden kann und nicht nur ein singulärer Akt, sondern eine umfassende und identitätsbildende Erfahrung darstellt. Wenn der Staat seine Vergangenheit aufgreift, kann dies daher nicht willkürlich geschehen. Er muss bestimmten Maßstäben unterworfen werden. Erinnerungskultur ist das Ergebnis politischer Entscheidungen, die sich mittelbar und unmittelbar auch in der Sphäre des Rechts niederschlagen. Erinnerungsgesetze formalisieren die staatliche Lesart der Vergangenheit und müssen in diesem Kontext betrachtet werden. Deren Wirkungsweise und Legitimation stehen in engem Zusammenhang mit der Wirkungsweise und Legitimation von kollektiven Erinnerungsprozessen. Um über die Rechtfertigung von Erinnerungsgesetzen zu sprechen, muss

¹⁵ Eine detaillierte historische Zusammenfassung findet sich bei Pendas, in: Gross/Renz (Hrsg.), Der Frankfurter Auschwitz-Prozess (1963–1965), 2013, S. 55.

¹⁶ Vgl. Reichel, in: Deutsches Institut für Menschenrechte/Deile/Hutter/Kurtenbach/Tessmer (Hrsg.), Jahrbuch Menschenrechte, Jg. 2007, 2006, S. 150 (154).

¹⁷ Wesentlich weniger Beachtung, aber für die Opfer von ebenso großer Wichtigkeit waren die Errichtung des Mahnmals für die ermordeten Sinti und Roma Europas sowie das Denkmal für die im Nationalsozialismus verfolgten Homosexuellen. Die späte Anerkennung dieser Opfergruppen stellt insoweit ein großes Versäumnis der deutschen Aufarbeitung dar.

¹⁸ Die rechtliche Einstufung als Völkermord im Sinne der erst 1948 eingeführten Genozid-Konvention ist rechtlich nicht unumstritten. Diskutiert wird in diesem Zusammenhang vor allem die tatbestandlich notwendige Zerstörungsabsicht.

¹⁹ Loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915; BT-Drs. 18/8613.

²⁰ Die genauen Opferzahlen sind nicht genau bezifferbar. Konservative Schätzungen liegen bei etwa 800.000. Die Resolution des Deutschen Bundestages geht von über einer Millionen Opfern aus.

²¹ Bayraktar, in: Demirdjian (Hrsg.), The Armenian Genocide Legacy, 2016, S. 197 (207).

²² Ricœur, Memory, History, Forgetting, 2010, S. 81 f.; Bartelson, in: Bell (Hrsg.), Memory, Trauma and World Politics, Reflections on the Relationship Between Past and Present, 2010, S. 33 (35 f.).

also zunächst die staatliche Erinnerungs- und Gedächtnispolitik als ihr notwendiger Rahmen betrachtet werden.

1. Das kulturelle Gedächtnis

Erinnerungs- und Gedächtnispolitik meint die Beeinflussung des *kulturellen Gedächtnisses* einer Nation oder Gemeinschaft durch staatliche Maßnahmen. Der Begriff des kulturellen Gedächtnisses ist vor allem im deutschen Raum von Jan und Aleida Assmann eingeführt worden. Er bezeichnet die Erinnerungen und das Wissen einer Gesellschaft, die durch kulturelle Artefakte, Traditionen, Rituale und Symbole über Generationen hinweg bewahrt und weitergegeben werden. Im kulturellen Gedächtnis werden bestimmte vergangene Ereignisse gespeichert und verbleiben auf Dauer im kollektiven Bewusstsein. Es ist das Resultat einer kontinuierlichen Praxis der sozialen (Re)Konstruktion von Wissen und Erfahrung, die historische Ereignisse zu bedeutungsvollen Referenzpunkten für die Gegenwart macht. Das kulturelle Gedächtnis ermöglicht es einer Gemeinschaft, ihre Geschichte zu verstehen und sich in der Gegenwart und Zukunft zu orientieren. Seine primäre Funktion liegt in der Konstruktion eines Bezugsrahmens, an dem sich Identitätsbildungsprozesse ausrichten können. Jede Identität inkludiert einen bestehenden kulturellen Hintergrund aus vermittelten Wissensbeständen, kollektiven Erfahrungen und etablierten Normen. Der Rekurs auf vergangene Ereignisse trägt dazu bei, Normen und soziale Praktiken Legitimation zu verleihen. Diese Dynamiken definieren das soziale Gefüge einer Gesellschaft und beeinflussen ihre kulturelle Entwicklung. Es ist Voraussetzung für eine kohärente Gemeinschaftsbildung und zeichnet sich durch eine relative Stabilität in zeitlicher Hinsicht aus.²³ Das kulturelle Gedächtnis bildet die Grundlage für das, was oft als „nationale Identität“ bezeichnet wird – letztlich auch das, was das Bundesverfassungsgericht zur Legitimation des Holocaustleugnungsverbots zu bemühen versucht hat. Die im Grundgesetz verankerten Werte generieren ihre soziale Verbindlichkeit und identitätsstiftende Bedeutung nicht allein aus dem formalen Akt der Staatsgründung. Sie werden zu den Grundwerten der Gemeinschaft, weil sie im Kontext der geteilten Vergangenheit einen Sinn erhalten. Das Prinzip der Menschenwürde entfaltet seine volle Bedeutung gerade im Kontrast zu den Erlebnissen des Nationalsozialismus. Diese Verbindung ergibt sich indes nicht ex nihilo. Vergangene Ereignisse müssen bewusst erinnert, das heißt in das kulturelle Gedächtnis überführt werden.

2. Die Funktionsweise des kulturellen Gedächtnisses

Das kulturelle Gedächtnis ist hochgradig strukturiert und institutionalisiert. Die Fixierung bestimmter Ereignisse zu Referenzpunkten erfordert besondere Maßnahmen, wenn sie auf Dauer – also über Generationen – bestehen soll.²⁴ Die

Ereignisse müssen in spezifischen kulturellen Objekten verankert und deren Bedeutung durch kontinuierliche Kommunikation aufrechterhalten werden. Diese Prozesse werden als *kulturelle Formung* und *institutionalisierte Kommunikation* bezeichnet.²⁵ Kulturelle Objekte wie Denkmäler, Texte oder Kunstwerke kodieren Erinnerungen und ermöglichen die Weitergabe historischer Erfahrungen unabhängig von individuellen Akteuren. Diese Bedeutung muss durch regelmäßige Kommunikationsakte wachgehalten werden. Dafür gibt es in jeder Gesellschaft spezialisierte Institutionen und Individuen. Die Bedeutung religiöser Ereignisse wird in sakralen Texten, Symbolen und Artefakten kodiert. Sie muss jedoch durch eine speziell ausgebildete Priesterschaft regelmäßig reproduziert und an die gegenwärtigen Mitglieder der Gemeinschaft vermittelt werden. Die Berührung mit diesen Objekten bewirkt, dass die Sinnhaftigkeit des Ereignisses auch in der Gegenwart verstanden und erfahren werden kann. Die zu Gedenkstätten gemachten ehemaligen Konzentrationslager können den Holocaust sowohl auf einer Tatsachenebene in die Gegenwart transportieren als auch den Schrecken und das Unrecht als Erfahrungsstrom an den Betrachter vermitteln. Erst dadurch wird die Bedeutung eines Ereignisses in die Gegenwart transportiert und für jene zugänglich, die es nicht selbst erfahren haben.²⁶ Voraussetzung ist jedoch, dass die Gedenkstätten nicht als Objekte für sich stehen, sondern deren Bedeutung durch Kommunikationsakte wachgehalten wird.

3. Der Staat als kultureller Akteur

Jede Gesellschaft pflegt ein kulturelles Gedächtnis, aus dem sie ihr Selbstbild konstruiert. Sie muss dafür entsprechende Objekte und Kommunikationsprozesse etablieren. Dafür müssen Institutionen geschaffen werden, deren Aufgabe die Gedächtnispflege ist. Im säkularen Staat wird Gedächtnispflege vornehmlich durch staatliche Institutionen wahrgenommen. Auch der demokratische Verfassungsstaat beruht auf einer historisch gewachsenen kulturellen Identität als vorrechtliche Bedingung. Er lebt von einer kulturell vermittelten Akzeptanz seiner Institutionen und Werte. Das Recht knüpft immer an eine bereits vorhandene Kultur an.²⁷ Diese Kultur wird durch staatliche Institutionen geformt und gepflegt, um einen konsistenten und kohärenten Rahmen für die Gemeinschaft zu schaffen. Teile dieser Kultur muss der Staat in seine Rechtsordnung überführen, sie kodifizieren und verbindlich machen, um den bestehenden Konsens über die grundlegendsten Werte zu erhalten.²⁸ Diese Aufgabe wird dem Staat als Teil des demokratischen Auftrags zugeschrieben. Durch Wahlen legitimiert das Volk nicht nur politische Entscheidungen, sondern auch die kulturelle Deutungsmacht des Staates. Die Pflege der kulturellen Identität ist Existenzgrundlage des

²³ J. Assmann, in: J. Assmann/Hölscher (Hrsg.), *Kultur und Gedächtnis*, 1988, S. 9 (15); *Sturken*, *Tangled Memories*, *The Vietnam War, the AIDS Epidemic, and the Politics of Remembering*, 2002, S. 12 ff.

²⁴ *Feuchtwang*, in: Schwarz/Radstone (Hrsg.), *Memory, Histories, Theories, Debates*, 2010, S. 281 (285).

²⁵ J. Assmann (Fn. 23), S. 11; A. Assmann, *Der lange Schatten der Vergangenheit, Erinnerungskultur und Geschichtspolitik*, 2018, S. 32 f.

²⁶ A. Assmann (Fn. 25), S. 33; *Sturken* (Fn. 23), S. 9; *Hunt*, *Memory, war, and trauma*, 2010, S. 172 f.

²⁷ *Uhle*, *Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität*, 2004, S. 15, 26 ff.

²⁸ BVerfGE 93, 1 (22).

Verfassungsstaates und somit „zentralste und originärste Staatsaufgabe.“²⁹ Im Sinne des deutschen Verfassungsrechts ist sie ein Staatsziel.

Die Pflege der nationalen Identität beinhaltet die Pflege des kulturellen Gedächtnisses als dessen notwendige Grundbedingung. Um Ereignisse über Generationen im Bewusstsein einer Gesellschaft zu erhalten, muss der Staat kulturelle Objekte schaffen und eine entsprechende Kommunikationspraxis etablieren. Die sich daraus ergebenden Implikationen dürfen nicht unterschätzt werden. Die Prägung des kulturellen Gedächtnisses bedeutet die Prägung der nationalen Identität. Sie hat weitreichende Folgen nicht nur für das Konstrukt der Nation, sondern auch für die in ihr agierenden kollektiven und individuellen Akteure. Der Staat darf hier nicht willkürlich handeln. Er ist an rechtsstaatliche und demokratische Grundsätze gebunden.

4. Selektion

Der Platz im kulturellen Gedächtnis ist begrenzt. Nicht jedes Ereignis aus der Vergangenheit kann kollektiv als lebendige Erinnerung bewahrt und für die Herausbildung einer kulturellen Identität genutzt werden. Dies macht eine Selektion durch die staatlichen Institutionen notwendig. Dieses Auswahlverfahren ist problematisch, da das kulturelle Gedächtnis nie die Gesellschaft als Ganzes widerspiegelt. Keine Gesellschaft ist homogen, sondern besteht aus verschiedenen Gruppen mit teils abweichenden kollektiven Erinnerungen. Das kulturelle Gedächtnis spiegelt daher auch die gesellschaftliche Machtverteilung. Die darin kodierten Erfahrungen sind regelmäßig die der herrschenden Gruppe. Daneben gibt es Gruppen, deren Erfahrungen nicht im kulturellen Gedächtnis der Nation repräsentiert wird. *Martin Saar* bezeichnet sie als kulturelle Minderheiten. Der Begriff ist deskriptiv und impliziert nicht notwendigerweise auch eine Benachteiligung dieser Gruppen.³⁰ Er sollte gleichwohl mit Vorsicht genutzt werden, denn die Grenze zwischen kulturellen Gruppen in einer Gesellschaft verläuft nie trennscharf und bereits der Versuch ihrer Darstellung beinhaltet auch askriptive Elemente.

Es wäre indes ebenso verfehlt, die Existenz abweichender kultureller Gruppen zu ignorieren. Dies ist relevant, wenn es um eine divergierende Erfahrung der geteilten Vergangenheit geht. Die teils gewaltsame nationale Vergangenheit tangiert nicht alle Mitglieder der Gemeinschaft gleich. Unrechtserfahrung wie der Holocaust begründet einen irreduziblen Unterschied zwischen Bevölkerungsgruppen. Die Auswirkungen des Holocaust auf die kollektiven und persönlichen Identitäten der Opfergruppen sind enorm und unterscheiden sich grundlegend von den Erfahrungen der deutschen Mehrheitsbevölkerung. Allein die Tatsache, dass sie Opfer des Holocausts waren, während die damalige Mehrheitsbevölkerung auf Täterseite stand, führt zu einer fundamental anderen Identitätskonstruktion. Für die Opfer des Holocausts war es nicht möglich, das Unrecht einfach zu vergessen. Das Verfolgungsschicksal ist maßgeblicher Teil ihrer Identität geworden.

Es ist gerade ihre im Nationalsozialismus konstruierte und überzeichnete Abweichung von der Mehrheit, die Grund ihrer Verfolgung war. Juden wurden als Juden, Sinti und Roma als Sinti und Roma und Homosexuelle als Homosexuelle verfolgt. Der Holocaust war für sie keine politische Verfolgung, sondern die systematische und ideologiestützte Aufhebung ihres Menschseins an sich.³¹ Die tatsächlichen Opfer des Holocausts mögen zum größten Teil bereits verstorben sein, allerdings verbleibt die Wirkung des Unrechtes im kollektiven Gedächtnis und der kollektiven Identität der betroffenen Gruppen als übergenerationelles Kollektiv. Die Erfahrung prägt und definiert die Betroffenen über Generationen hinweg.

Die gegenwärtige Epoche ist die erste, in der Erinnerungskultur und kollektive Identitätsprozesse demokratisch begleitet werden. *Pierre Nora* spricht daher zutreffend von einer Demokratisierung der Geschichte, die erstmals eine Partizipation vormals unterdrückter Gruppen im öffentlichen Erinnerungsraum ermöglicht.³² In einer Demokratie darf der Erinnerungsraum nicht einseitig von der Mehrheit dominiert werden. Unterschiedliche Gruppen müssen die Möglichkeit erhalten, ihre Erfahrungen in den Diskurs einzubringen. Erst dies ermöglicht eine Neubewertung der nationalen Geschichte, die nicht nur die historischen Sieger in den Blick nimmt.³³ Als verfassungsrechtlich verankerte Aufgabe darf der Maßstab für staatliche Erinnerungspolitik nichts weniger als die Gerechtigkeit sein. Ihr Ziel muss daher in der Etablierung einer gerechten Erinnerungskultur gesehen werden.³⁴

IV. Eine gerechte Erinnerungskultur

Historisches Unrecht hinterlässt Wunden im kollektiven Gedächtnis der Opfer. Die Etablierung einer Erinnerungskultur an den Holocaust war ein wichtiger Schritt, um eine Bewältigung durch die Opfer überhaupt zu ermöglichen. Erinnerung und Aufarbeitung können transformativ wirken, indem die Leiderfahrungen anerkannt und die Täter als solche moralisch disqualifiziert werden. Dies eröffnet die Möglichkeit der Verarbeitung und Auseinandersetzung auf beiden Seiten.³⁵ Eine Verweigerung solcher Anerkennung reproduziert das Unrecht auf kultureller Ebene. Diese Art der Invalidierung führt zum späteren Schweigen vieler Überlebender.³⁶ Ein „Weitermachen“ ist für sie schlicht nicht möglich. Daher stellt die Leugnung des armenischen Völkermordes durch den türkischen Staat eine Fortsetzung des Unrechts dar. Der öffentliche Erinnerungsraum wird hier nicht nur zur Propagierung einer tatsachenwidersprechenden Lesart der Geschichte genutzt, sondern erhält die historische Oppressionslage auf kultureller Deutungsebene aufrecht. Die Folge ist die Beschädi-

²⁹ *Uhle* (Fn. 27), S. 414 ff.

³⁰ *Saar*, in: *Saar/Echterhoff* (Hrsg.), *Kontexte und Kulturen des Erinnerns*, 2002, S. 267 (268 f.).

³¹ *Breitling*, in: *Liebsch* (Hrsg.), *Bezeugte Vergangenheit oder versöhnendes Vergessen*, 2012, S. 133 (140).

³² *Nora*, *Transit*. *Europäische Revue* 22 (2002), 18 (25).

³³ *Benjamin*, in: *Tiedemann* (Hrsg.) *Sprache und Geschichte*, S. 141 (152 ff.).

³⁴ Pointiert formuliert bei *Ricœur*, *Das Rätsel der Vergangenheit, Erinnern – Vergessen – Verzeihen*, 2004, S. 113.

³⁵ So auch *Neuhäuser*, *ARSP* 99 (2013), 309 (316).

³⁶ *Breitling* (Fn. 31), S. 140.

gung der armenischen Identität, deren kollektive Erfahrung im offenen Widerspruch zur offiziellen Erinnerung steht. Gleichzeitig wird auch das Wissen um den Völkermord auf Seiten der Mehrheitsbevölkerung unterdrückt. Gerechzt kann eine Erinnerungskultur daher nur sein, wenn sie die Interessen und Erfahrungen unterschiedlicher Gruppen in den Blick nimmt. Dazu gehört der Erhalt eines kohärenten Bezugsrahmens. Eine Orientierung an der kulturellen Mehrheit muss daher zulässig sein. Allerdings darf der demokratische Staat dem Unrecht der eigenen Vergangenheit nicht agnostisch gegenüberstehen. Er muss sich zugunsten der Opfergruppen damit auseinandersetzen und den Erfahrungen der vormalig unterdrückten Gruppen einen Platz im öffentlichen Erinnerungsraum zusprechen. Die Platzierung des Holocaust im kulturellen Gedächtnis der Bundesrepublik mag auch die Geltung der demokratischen Ordnung durch die Gegenüberstellung mit der nationalsozialistischen Willkürherrschaft verdeutlichen. Für die Opfergruppen bedeutet dies aber vor allem, dass ihre individuellen und kollektiven Erfahrungen gesellschaftlich und institutionell anerkannt werden. Auch sie sind Teil der Bevölkerung. Ihre Interessen hat der Staat ebenso zu berücksichtigen. Der Holocaust ist das historisch-kulturelle Erbe der Bundesrepublik, für dessen Aufarbeitung diese verantwortlich ist.³⁷ Aufarbeitung muss hier als die Etablierung einer Erinnerungspraxis verstanden werden. Ohne das bleibt Aufarbeitung ein singulärer Prozess, der das historische Unrecht abschließen soll. Ein solcher Abschluss kann jedoch nur durch diejenigen erfolgen, denen Unrecht widerfahren ist.³⁸

V. Eine Neubewertung des § 130 Abs. 3 StGB im Kontext des kulturellen Gedächtnisses

Aus diesem Rahmen lässt sich eine verfassungsrechtliche Legitimation für § 130 Abs. 3 StGB ableiten. Dem Holocaust ist ein Platz im öffentlichen Gedächtnisraum zuzusprechen, wobei die Ereignisse dort in adäquater Weise repräsentiert werden müssen. Dieses Ziel ist verfassungsrechtlich vorgegeben. Der Aufgabe ist der deutsche Staat mit seiner bisherigen Erinnerungsarbeit nachgekommen.

Das eigentliche Schutzgut des § 130 Abs. 3 StGB ist nicht im öffentlichen Frieden zu sehen, sondern im kulturellen Gedächtnis, wie es von den staatlichen Institutionen etabliert und gepflegt wird. Die Ausnahme zu Art. 5 Abs. 2 GG muss nicht über einen diffusen Verweis auf die Identität der Bundesrepublik konstruiert werden. Die Bewahrung des Holocaust im kulturellen Gedächtnis liefert als Staatsziel ein Verfassungsprinzip, das der Meinungsfreiheit gegenübersteht. Dies allein vermag eine Grundrechtseinschränkung jedoch nicht zu rechtfertigen. Es kann nicht zulässig sein, Ansichten zu verbieten nur, weil sie der staatlichen Lesart entgegenlaufen. Vielmehr muss ein Bezug zu den Opfergruppen her-

gestellt werden, aus dem sich die Relevanz des Holocaust für die staatliche Erinnerungsarbeit erst ergibt. Zwar hat der Gesetzgeber den Wortlaut des § 130 Abs. 3 StGB bewusst unabhängig von den Opfern gefasst, um auch die „einfache“ Leugnung des Holocaust zu erfassen. Dieser Gedanke ist jedoch in zweifacher Hinsicht verfehlt.

1. Die Holocaustleugnung als Reproduktion oppressiver Deutungsmuster

Erstens beruht die Unterscheidung zwischen „einfacher“ und „qualifizierter“ Holocaustleugnung auf einem falschen Verständnis. Die Intension des Gesetzgebers war die Sanktionierung der bloßen Leugnung von historischen Tatsachen – ohne, dass die Opfer durch die Aussage herabgewürdigt werden. Dieser Unterscheidung bedarf es indes nicht. Sie verfehlt den Charakter revisionistischer Bemühungen. Die „einfache“ Holocaustleugnung ist keine wertfreie geschichtswissenschaftliche Abstrusität, sondern Angriff auf die ehemals verfolgten Gruppen. Schon die bloße öffentliche Leugnung dieser Geschehnisse präsentiert sich gegenüber den Opfergruppen als Relativierung ihrer kollektiven Erinnerung und Identität. Sie bewirkt eine Täter-Opfer-Umkehr, indem die Opfer ihrerseits der Geschichtsfälschung bezichtigt werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob dies explizit zum Ausdruck gebracht wird. Es ist die notwendige Konsequenz der Leugnung. Das Ziel revisionistischer Bemühungen ist die Verschiebung der Erinnerungskultur über eine manipulative historische Konstruktion. Den Opfergruppen wird die Möglichkeit erneuter Exklusion vermittelt.³⁹ Die (historische) Tätergruppe erfährt demgegenüber eine falsche moralische Rehabilitation.⁴⁰ Die Leugnung historischen Unrechts ist somit nicht nur eine unwahre Tatsachenbehauptung, sondern versucht, die Prozesse demokratischer Erinnerungskultur in ihr Gegenteil zu verkehren. Daher ist die Leugnung des Holocaust stets als Unrecht zu werten. Sie beinhaltet immer auch eine Herabwürdigung der Opfer.

Zweitens bildet das kulturelle Gedächtnis ohne konkrete Bezugnahme auf die Opfer kein überzeugendes Schutzgut. Verbote können nicht gerechtfertigt sein, wenn sie allein die staatliche Deutungsmacht sichern sollen. Darin findet sich der Unterschied zu den Maßnahmen des türkischen Staates. Diese dienen dazu, die eigene Herrschaft zu sichern und eine bereits ausgegrenzte Gruppe zu unterdrücken. Erst die Inklusion der Opfergruppe zeigt eine verfassungsrechtlich gebotene Schutzrichtung auf.

2. Die Rolle der Opfergruppen: Verfassungsrechtliche Überlegungen

Das Schutzgut des § 130 Abs. 3 StGB ist in einer Kombination aus dem kulturellen Gedächtnis und den Interessen der Opfergruppen zu suchen. Der Staat schützt die Platzierung des Holocaust im kulturellen Gedächtnis. Dies folgt wiederum aus den berechtigten Ansprüchen der Opfer. Der Staat

³⁷ Ausführlich dazu *dos Santos Lopes*, in: Heimrath/Neuhann/Niedernhuber/Peters/Steenbreker/Wirsing (Hrsg.), *Zeitliche Dimensionen und Kritische Theorie(n) des Rechts*, 2023, S. 123.

³⁸ *Adorno*, in: Tiedemann (Hrsg.), *Gesammelte Schriften in 20 Bänden*, 2003, S. 555.

³⁹ Ähnlich EGMR, Urt. v. 24.6.2003 – 65831/01 (*Garaudy v. France*), 1. Ii.

⁴⁰ *Kahn*, in: Nelen/Willems/Moerland (Hrsg.), *Denialism and human rights*, S. 215 (222); *Junge* (Fn. 14), S. 121 ff.

kommt damit seinem verfassungsrechtlichen Auftrag nach. Zwar richtet sich die Holocaustleugnung gegen die staatliche Erinnerungskultur, Intension und Effekt ist jedoch die Beseitigung der darin enthaltenen Bewältigungs- und Aufarbeitungsprozesse zu Lasten der Opfergruppen. Für eine Legitimation eines Verbots kann daher zusätzlich auf die Rechte der Opfergruppen und ihrer Nachfahren abgestellt werden. Die Identität und ihre Voraussetzungen finden im allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG einen verfassungsrechtlichen Schutz.⁴¹ Die Leugnung des Holocausts tangiert diese Prozesse maßgeblich und in destruktiver Absicht. Insoweit ergeben sich aus dem Postulat einer gerechten Erinnerungskultur nicht nur die Pflicht, historisches Unrecht im offiziellen Gedächtnis aufzuarbeiten, sondern auch die Befugnis, Angriffe abzuwehren, soweit sie sich mittelbar oder unmittelbar gegen die historischen Opfergruppen richten. Damit können der Meinungsfreiheit konkrete verfassungsrechtlich geschützte Positionen entgegengehalten werden, welche die sozialen und kulturellen Zusammenhänge spiegeln.

Gleichzeitig muss in Ansehung der Meinungsfreiheit als zentrales Element jeder Demokratie auch Raum für kritischen Diskurs bleiben. Staatliche Verbote dürfen nur solches Verhalten aus dem öffentlichen Raum ausschließen, welches dazu geeignet und bestimmt ist, in die Aufarbeitungsprozesse des kulturellen Gedächtnisses einzugreifen. Die Holocaustleugnung verfolgt stets das Ziel, in diese Prozesse einzugreifen. Geeignet, dies zu erreichen, ist sie jedoch nur, wenn sie öffentlich getätigt wird. Grundsätzlich gilt auch hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Leugnungsverbote sind daher gerechtfertigt, wenn und soweit sie das kulturelle Gedächtnis in Ansehung der Betroffenen verteidigen. So wie die Opfergruppen durch die Leugnung mittelbar betroffen sind, müssen auch Leugnungsverbote ihren Schutz jedenfalls mittelbar bezwecken.

VI. Ergebnis und Ausblick

Mit dem aufgezeigten Begründungsansatz gelingen zwei Dinge. Erstens wird die Funktion des § 130 Abs. 3 StGB im Kontext der sozialen Mechanismen um kollektive Erinnerungsprozesse deutlich. Zweitens lässt sich die Norm so in einen rechtlichen Rahmen einbetten, der eben diese Mechanismen erfasst und in die juristische Sphäre übersetzt. Das vom Bundesverfassungsgericht bemühte Konzept der Identität wird anhand konkreter sozialer Phänomene rechtlich greifbar. Nichtsdestotrotz würde der Straftatbestand von einer konzeptuellen Neuregelung profitieren. Statt des unzureichenden Verweises auf den öffentlichen Frieden hätte der Gesetzgeber sich auf die Würde der Opfer als Rechtsgut berufen können und somit nicht nur ein plausibles, sondern vor allem verfassungsrechtlich eindeutig verbürgtes Rechtsgut gewählt.

Fragen über die Regulierung der Vergangenheit werden in den kommenden Jahrzehnten nur weiter an Relevanz gewinnen. Die vermehrten Stimmen von Opfergruppen nach Anerkennung und einem Ende historischer oppressiver Ideologien

sollten zu einer kritischen Auseinandersetzung mit nationalen Vergangenheits Erzählungen führen. Diese Prozesse können schmerzhaft und konfliktreich sein. Sie werden aber mit Sicherheit in die Sphäre des Rechts übertreten. Insbesondere im französischen und englischsprachigen Raum haben sich entsprechende juristische Diskurse bereits etabliert. Dies mag auch an der Kolonialvergangenheit liegen, die eine Vielzahl an globalen Verbindungen dieser Länder begründet. Dem positiven Selbstkonzept der ehemaligen Kolonialmächte stehen die Erfahrungen der Opfergruppen entgegen. In Deutschland finden sich Auseinandersetzungen mit der Thematik primär in den Sozial- oder Kulturwissenschaften. Es bleibt zu hoffen, dass diesen Fragen in Ansehung der zunehmenden interdisziplinären Ausrichtung der Rechtswissenschaft auch hier größere Beachtung geschenkt wird. Die Etablierung konkreter verfassungsrechtlicher Prinzipien würde jedenfalls einen Grundstein für produktive Aufarbeitungsprozesse – etwa der deutschen Kolonialvergangenheit – in der Zukunft legen.

⁴¹ So auch BVerfG NJW 2009, 3089 (3091) unter Bezug auf BGHZ 75, 160 (162 f.).