

# Aufsätze

Felix Hanschmann

## Geschichtsbezogene Strafrechtsvorschriften als Herausforderung der Meinungsfreiheit

Strafrechtsvorschriften, die in ihren Tatbestandsvoraussetzungen auf geschichtliche Ereignisse Bezug nehmen und deren Billigung, Leugnung, Verherrlichung oder Verharmlosung unter Strafe stellen, finden sich nicht nur im deutschen Strafrecht. Neben § 130 Abs. 3 StGB, der die so genannte Auschwitz-Lüge pönalisiert, und dem im Zentrum der *Wunsiedel*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) stehenden § 130 Abs. 4 StGB, der sich ebenfalls auf die Verbrechen des nationalsozialistischen Regimes bezieht, enthalten zunehmend auch europäische und völkerrechtliche Normen vergleichbare Vorschriften. Daraus ergeben sich Schwierigkeiten rechtspolitischer, rechtsdogmatischer und geschichtstheoretischer Art.

### *1. Strafrechtsvorschriften mit Geschichtsbezug im deutschen Strafrecht*

Das deutsche Strafrecht enthält mit § 130 Abs. 3 und 4 StGB zwei Straftatbestände, die sich ausdrücklich auf den Nationalsozialismus beziehen. § 130 Abs. 3 StGB pönalisiert die so genannte „Auschwitz-Lüge“, für die nach Ansicht des BVerfG schon nicht der Schutzbereich der Meinungsfreiheit eröffnet ist, da es sich bei der Behauptung, es habe im Dritten Reich keine Verfolgung und keine Vernichtung der jüdischen Mitbürger\_Innen gegeben, um eine erwiesenen unwahre Tatsachenbehauptung handele.<sup>1</sup> Dieser Weg war dem BVerfG im *Wunsiedel*-Beschluss,<sup>2</sup> in dem das Gericht über die Verfassungsmäßigkeit des § 130 Abs. 4 StGB zu entscheiden hatte, versperrt. § 130 Abs. 4 StGB stellt die Störung des öffentlichen Friedens durch die Billigung, Verherrlichung oder Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise unter Strafe und erfasst damit zumindest auch Meinungsäußerungen. Die Begründung, die das Gericht dafür gegeben hat, dass die Norm zwar nicht dem in Art. 5 Abs. 2 GG statuierten Allgemeinheitserfordernis entspricht, weil sie sich ganz offensichtlich nur gegen bestimmte Meinungen richtet, gleichwohl aber ausnahmsweise verfassungsgemäß sei, ist für die Betrachtung vergleichbarer transnationaler Rechtsnormen von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Verfassungsgemäß, so das Gericht, sei die Einschränkung des

1 BVerfGE 90, 241 (249 f.); BVerfG, NJW 1993, S. 916 (916 f.); BVerfG, NJW 2004, S. 446 (448). Ebenso: BGH, NJW 1980, S. 45 (45). Bestätigt durch den EGMR: EGMR, NJW 2004, S. 3691 (3692). Siehe auch: EGMR, Urteil vom 23. Dezember 1998 (Lehideux und Isorni/Frankreich), Slg. 1998-VII, Nr. 47 und 53; EGMR, Entscheidung vom 13. Dezember 2005 (Witzsch/Deutschland [No. 2]), Nr. 7485/03, Rn 49 f. m.w.N. zur Rechtsprechung des EGMR.

2 BVerfGE 124, 300.

Grundrechts der Meinungsfreiheit durch § 130 Abs. 4 StGB allein unter Berücksichtigung der Singularität der nationalsozialistischen Verbrechen sowie der Identitätsprägenden Erfahrung des Nationalsozialismus für die Bundesrepublik Deutschland.

## II. Europäische und völkerrechtliche Strafrechtsnormen

Die 1985 von *Sebastian Cobler* getroffene Feststellung, dass es sich um „ein Novum und eine Kuriosität zugleich“ handle, das „Leugnen bestimmter Fakten zum Anlass staatlichen Strafens zu nehmen und historische Wahrheiten mit Hilfe der Kriminaljustiz zu behaupten“,<sup>3</sup> trifft heute nicht mehr zu. Vermittelt über völkerstrafrechtliche Delikte beziehen sich sowohl europäische als auch völkerrechtliche Normen auf geschichtliche Ereignisse. Art. 1 Abs. 1 lit. c) und d) des Rahmenbeschlusses zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit fordert die Mitgliedstaaten der EU auf, das 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 bzw. von Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne des Art. 6 des Statuts des Internationalen Militärgerichtshofs im Anhang zum Londoner Abkommen vom 8. August 1945, das gegen eine Gruppe von Personen oder gegen ein Mitglied einer solchen 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.<sup>4</sup> In seinem Erwägungsgrund 10 bekräftigt der Rahmenbeschluss darüber hinaus ausdrücklich, dass die Mitgliedstaaten nicht gehindert sind, ihre Strafrechtsvorschriften auszuweiten auf Straftaten, „die sich gegen eine Gruppe von Personen richten, die durch andere Kriterien als Rasse, Hautfarbe, Religion, Abstammung oder nationale oder ethnische Herkunft, wie etwa den sozialen Status oder politische Überzeugungen, definiert sind.“<sup>5</sup> Im Völkerrecht werden die Konventionsstaaten in Art. 6 des Zusatzprotokolls vom 28. Januar 2003 zum Übereinkommen des Europarats vom 23. November 2001 über Computerkriminalität betreffend die Kriminalisierung mittels Computersysteme begangener Handlungen rassistischer und fremdenfeindlicher Art<sup>6</sup> zur Pönalisierung des Verbreitens oder anderweitig Öffentlich-verfügbarmachens von Material über ein Computersystem aufgefordert, das Handlungen leugnet, grob verharmlost, billigt oder rechtfertigt, die den Tatbestand des Völkermords oder von Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne des Völkerrechts erfüllen und die als solche festgestellt wurden in rechtskräftigen Endent-

3 Cobler, Das Gesetz gegen die «Auschwitz-Lüge», Kritische Justiz 1985, S. 159 (166).

4 Umfassend zu den jeweiligen (straf-)rechtlichen Vorschriften in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union: Closa Montero, Study on how the memory of crimes committed by totalitarian regimes in Europe is dealt with in the Member States, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/justice/doc\\_centre/rights/studies/docs/memory\\_of\\_crimes\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/doc_centre/rights/studies/docs/memory_of_crimes_en.pdf).

5 In einem „Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat - Maßnahmen zum Gedenken an die Verbrechen totalitärer Regime in Europa“ vom 22. Oktober 2010, KOM(2010) 783 endg., S. 11, hat sich die Kommission gegen ein uniales Vorgehen auf diesem Gebiet ausgesprochen, da Art. 83 AEUV, der die Grundlage des Rahmenbeschlusses darstellt, die Europäische Union zum Erlass weitergehender Rechtsnormen nicht berechtige.

6 Das Zusatzprotokoll wurde mit Gesetz vom 16. März 2011 (BGBl. II 2011, S. 290) in das deutsche Recht umgesetzt.

### III. Rechtspolitische Schwierigkeiten

Transnationale Strafrechtvorschriften, die unmittelbar oder vermittelt über Tatbestände des Völkerstrafrechts an geschichtliche Ereignisse anknüpfen, begegnen zunächst rechtspolitischen Schwierigkeiten.

#### 1. Die Vielfalt der Geschichte(n)

a) Wenn auch im Widerspruch zur bisherigen Dogmatik hat das BVerfG im *Wunsiedel*-Beschluss hinsichtlich des exzeptionellen Charakters der Entscheidung nachvollziehbar, vor allem aber auch offen dargelegt, warum gerade im Hinblick auf den Nationalsozialismus eine Ausnahme von im Übrigen geltenden Grundsätzen gerechtfertigt ist. Es hat hierzu nicht nur auf die im - missverständlich benannten - »Historikerstreit«<sup>8</sup> heftig umstrittene Singularität der nationalsozialistischen Verbrechen verwiesen, sondern darüber hinaus auf die identitätsprägende Wirkung dieser Verbrechen für die gesellschaftliche, politische und rechtliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland. Darüber hinaus hat es die explizite Ausnahme vom Allgemeinheitserfordernis des Art. 5 Abs. 2 GG wiederholt als eine auf andere Fälle nicht übertragbare Besonderheit bezeichnet, die sich gerade aus der Singularität der nationalsozialistischen Verbrechen und deren genuiner Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland heraus rechtfertigt.<sup>9</sup> Daran allerdings hält sich schon der nationale Gesetzgeber nicht, wenn beispielsweise die Versammlungsgesetze der Länder Sachsen<sup>10</sup> und Sachsen-Anhalt<sup>11</sup> Versammlungsverbote und -einschränkungen nicht nur zulassen, wenn Verbrechen des nationalsozialistischen Regimes gebilligt, verherrlicht, gerechtfertigt, gezeugnet, verharmlost oder gegen die Verantwortung anderer aufgerechnet werden, sondern dies gleichermaßen für die während der Zeiten der sowjetischen Besatzung und der SED-Diktatur begangenen Menschenrechtsverletzungen gilt.

b) Für transnationale Strafrechtvorschriften, die, wenn auch vermittelt über völkerstrafrechtliche Delikte, an eine Vielzahl historischer Ereignisse anknüpfen und deren Billigung, Leugnung oder Verherrlichung unter Strafe stellen, kann jedoch weder die vom BVerfG für den ausnahmsweise gerechtfertigten Eingriff in das Grundrecht der Meinungsfreiheit gegebene Begründung überzeugen noch

7 Art. 17 des ZP fordert darüber hinaus Vorschriften zur Pönalisierung von Anstiftung und Beihilfe zu den in Art. 6 des Zusatzprotokolls genannten Taten.

8 Die wichtigsten Beiträge sind abgedruckt in: Augstein u.a. (Hrsg.), »Historikerstreit«, 1995. Aus der Rückschau: Herbert, Der Historikerstreit. Politische, wissenschaftliche und biographische Aspekte, in: Sabrow u.a. (Hrsg.), Zeitgeschichte als Streitgeschichte, 2003, S. 94. Aus neuerer Zeit, teilweise mit Beiträgen zur Rezeption des »Historikerstreits« in anderen europäischen Gesellschaften: Kronenberg (Hrsg.), Zeitgeschichte, Wissenschaft und Politik, 2008. Zur Bedeutung des »Historikerstreits« für die *Wunsiedel*-Entscheidung, siehe schließlich: Görisch, Das Grundrecht der Meinungsfreiheit im Lichte des »Historikerstreits«, *KritV* 2011, S. 186.

9 BVerfGE 124, 300 (321, 327, 328, 329, 331 und 335 f.).

10 Siehe § 15 Abs. 2 Nr. 1 a) und b) i.V.m. Nr. 2 des Gesetzes über Versammlungen und Aufzüge im Freistaat Sachsen (Sächsisches Versammlungsgesetz – SächsVersG) vom 20. Januar 2010 (SächsGVBl. S. 2). Der Sächsische Verfassungsgerichtshof (NVwZ 2011, S. 936) hat das Gesetz, allerdings nur aus formellen Gründen, für verfassungswidrig erklärt. Das Gesetz ist weitestgehend unverändert erneut erlassen worden (Gesetz über Versammlungen und Aufzüge im Freistaat Sachsen [Sächsisches Versammlungsgesetz – SächsVersG] vom 25. Januar 2012 (SächsGVBl. 2012, S. 54).

11 Siehe § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 a), b) und d) und Nr. 2 i.V.m. § 13 Abs. 3 Nr. 4 des Gesetzes des Landes Sachsen-Anhalt über Versammlungen und Aufzüge (Landesversammlungsgesetz – VersammlG LSA) vom 3. Dezember 2009 (GVBl. LSA 2009, S. 558).

die wiederholte Beteuerung, eine Übertragung auf andere Konstellationen komme – gleichsam als Kehrseite des Exceptionellen der Eingriffsrechtfertigungsdoktrin – keinesfalls in Betracht. Der aus der *Wunsiedel*-Entscheidung extrahierte „verallgemeinerungsfähige Gedanke *jeweils* singulärer, historisch-kontingenter Ausnahmen vom Gebot der Meinungsneutralität“ einerseits sowie „die strikte Beschränkung solcher Ausnahmen auf einen jeweils eng umgrenzten, auf konkrete historische Ereignisse bezogenen Bereich“<sup>12</sup> andererseits, mag bezogen auf nationalstaatliche Verfassungsordnungen überzeugen. Weder das eine noch das andere scheint aber dann noch möglich zu sein, wenn es nicht mehr um Normen nationaler Rechtsordnungen geht, sondern um europa- oder völkerrechtliche Strafvorschriften, in denen an eine Fülle von geschichtlichen Ereignissen angeknüpft wird. Die „lernenden Souveräne“<sup>13</sup> in anderen Staaten, deren geschichtliche Erfahrungen in spezifische Ausformungen der konkreten Rechtsordnung einschließlich entsprechender Strafrechtsbestimmungen einfließen, beziehen sich auf andere Geschichten. Die Feststellung des BVerfG, das durch den Rassenmord an den Juden im Dritten Reich „bedingte, mit normalen Maßstäben nicht zu erfassende Schicksal der Juden“ sei mit einem anderen „durch Verfolgung gekennzeichneten Schicksal“<sup>14</sup> nicht vergleichbar, mag dann immer noch geteilt werden, verhindert aber nicht, dass andere geschichtliche Erfahrungen Berücksichtigung im Normtext erheischen.

c) Als in der Debatte um den oben genannten Rahmenbeschluss die unionsweite Pönalisierung der Leugnung des Holocaust und das Zeigen des Hakenkreuzes als Symbol der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft anvisiert wurde, protestierten vor allem Abgeordnete des Europäischen Parlamentes (EP) aus osteuropäischen Mitgliedstaaten. Unter Berufung auf die zurückliegende Besetzung ihrer Länder durch die Sowjetunion forderten sie im Gegenzug, was beispielsweise in Ungarn bereits durch entsprechende Gesetze erfolgt war: die Einbeziehung der Leugnung der unter kommunistischer Herrschaft begangenen Verbrechen sowie die Ächtung kommunistischer Symbole.<sup>15</sup> Die zahlreichen Versuche und politischen Initiativen, die Vernichtung der europäischen Juden als „negativen Gründungsmythos für Europa“<sup>16</sup> auszuweisen, zur Grundlage einer europäischen Wertegemeinschaft einschließlich einer moralischen Verpflichtung auf humanitäre europäische Politik zu machen und die Anerkennung des Holocaust als „europäische Eintrittskarte“<sup>17</sup> zu betrachten,<sup>18</sup> stießen auf Widerstände. Für viele osteuropäische Staaten, deren kollektive Erinnerungsdiskurse unter kommunistischer Vorherrschaft bis 1989 auf hochgradig selektive historische Narrationen eingeforen waren und deren eigene Verstrickungen in die Vernichtung

12 Hong, Das Sonderrechtsverbot als Verbot der Standpunktdiskriminierung, DVBl. 2010, S. 1267 (1271); ders., Hassrede und extremistische Äußerungen in der Rechtsprechung des EGMR und nach dem *Wunsiedel*-Beschluss des BVerfG, ZaöRV 70 (2010), S. 73 (119).

13 Frankenberg, Der lernende Souverän, in: ders., Autorität und Integration, 2003, S. 46.

14 BVerfG, NJW 1993, S. 916 (917).

15 Hierzu: Weber, Strafbarkeit der Holocaustleugnung in der Europäischen Union, ZRP 2008, S. 21. Zu Ungarn: Judt, Geschichte Europas von 1945 bis zur Gegenwart, 2009, S. 963.

16 Leggewie, Schlachtfeld Europa, in: Bieber u.a. (Hrsg.), Kultur im Konflikt, 2010, S. 29 (31). Hierzu auch: Kroh, Holocaust transnational, Blätter für deutsche und internationale Politik 50 (2005), S. 741; Jeismann, Schuld – der neue Gründungsmythos Europas?, Historische Anthropologie 8 (2000), S. 454.

17 Judt (Fn. 15), S. 933.

18 Ein Beispiel hierfür ist das „Stockholm International Forum on the Holocaust“, das im Januar 2000 unter Beteiligung zahlreicher Politiker\_Innen, Historiker\_Innen und Journalist\_Innen in der schwedischen Hauptstadt stattfand und in dessen Abschlusserklärung die zahlreich anwesenden Regierungschefs stellvertretend für ihre jeweiligen Ländern ihre Verantwortung für die Erinnerung an die Vernichtung der europäischen Juden bekannten. Siehe die Abschlusserklärung unter: <http://www.holocaustremembrance.com/about-us/stockholm-declaration>.

der europäischen Juden<sup>19</sup> schmerzhaft erst unter national gepflegten und fremdes Leiden weitgehend nicht wahrnehmenden Opfermythen hervorgeholt werden müssen,<sup>20</sup> steht beispielsweise der 8. Mai nicht allein und häufig nicht einmal in erster Linie für einen Tag der Befreiung vom nationalsozialistischen Terrorregime, sondern ebenso für den Beginn einer neuen Leidensgeschichte, nämlich der Besatzung durch die Sowjetunion.<sup>21</sup> In vielen dieser Staaten wird das kommunistische Regime heute mindestens auf eine Stufe mit dem Nationalsozialismus gestellt oder im Extremfall, wie im „Haus des Terrors“ in Budapest, die kommunistischen Verbrechen als noch monströser dargestellt und die Vernichtung der europäischen Juden nur mehr als Lippenbekenntnis präsentiert.<sup>22</sup> Der in den westeuropäischen Staaten heute weitgehend geteilte Grundkonsens hinsichtlich des schlechthin dominanten Referenzpunktes für das europäische Projekt wird in Osteuropa nicht selten als „patronisierend, okzidentalisiert und mit Blick auf den Kommunismus relativierend“ betrachtet.<sup>23</sup> Und in gewisser Weise analog zu den oben genannten Strafvorschriften hat selbst das Europäische Parlament im September 2008 in einer Entschließung gefordert, „den 23. August (den Tag des Abschlusses des Paktes zwischen Hitler und Stalin im Jahr 1939, F.H.) zum Europäischen Gedenktag an die Opfer der stalinistischen und nazistischen Verbrechen zu erklären, um das Gedenken an die Opfer von Massendeportation und -vernichtung aufrecht zu erhalten und somit Demokratie zu stärken sowie Frieden und Stabilität auf unserem Kontinent zu fördern“,<sup>24</sup> und dies in einer Entschließung im April 2009 noch einmal bekräftigt.<sup>25</sup> Vorangegangen war die infolge der internationalen Konferenz „Europas Gewissen und der Kommunismus“ verabschiedete so genannte „Prager Erklärung zum Gewissen Europas und zum Kommunismus“, in der unter anderem von substantiellen Ähnlichkeiten zwischen Nationalsozialismus und Kommunismus „in terms of their horrific and appalling character and their crimes against humanity“<sup>26</sup> gesprochen wird. Man sieht hier recht schnell, wie man auf „eine schiefe Ebene der ein- und wechselseitigen Relativierung und Aufrechnung“,<sup>27</sup> in eine vor Hierarchisierungen nicht gefeierte Konkurrenz historischer Narrative gelangt, die bereits im Zentrum des unter gänzlich anderen globalen politischen Verhältnissen noch rein national ausgetragenen »Historikerstreits« stand.

d) Mit den Schlussfolgerungen im *Wunsiedel*-Beschluss ließe sich schließlich dogmatisch konsistent begründen, warum der von deutschen Reichsangehörigen begangene erste Genozid des 20. Jahrhunderts an den *Herero* und *Nama*, den *Jürgen Osterhammel* als »Völkermord«<sup>28</sup> bezeichnet, im deutschen Strafrecht neben den nationalsozialistischen Verbrechen keine Berücksichtigung findet. Ei-

19 Beeindruckend hierzu: Judt (Fn. 15), S. 933 ff.

20 Hierzu: Assmann, *Europe: A Community of Memory?*, GHI Bulletin No. 40 (Spring 2007), S. 11. Siehe auch die Beiträge von François zu Frankreich (S. 264), Borodziej zu Polen (S. 288), Zala zur Schweiz (S. 306) und Pollak zu Österreich (S. 326), in: Sabrow (Fn. 8).

21 Hierzu: Leggewie, *Gleichermaßen verbrecherisch? Totalitäre Erfahrungen und europäische Erinnerung*, <http://www.eurozine.com/articles/2006-12-20-leggewie-de.html>; Uhl, *Conflicting Cultures of Memories in Europe*, *Israel Journal of Foreign Affairs* 5 (2009), S. 59.

22 Hierzu: Uhl (Fn. 21), S. 59; Judt (Fn. 15), S. 962 f.

23 Troebst, *Jalta versus Stalingrad, GULag versus Holocaust*, *Berliner Journal für Soziologie* 2005, S. 381 (388).

24 P6\_TA(2008)0439.

25 P6\_TA(2009)0213.

26 <http://www.praguedeclaration.eu>.

27 Leggewie (Fn. 16), S. 32 f., der an anderer Stelle (Leggewie [Fn. 21]) von einem zynischen „body count“ spricht.

28 Osterhammel, *Die Verwandlung der Welt*, 4. Aufl. 2009, S. 197, 697 ff. und 1183. Hierzu auch: Hull, *Military Culture and the Production of „Final Solutions“ in the Colonies*, in: Gellately/Kiernan (eds.), *The Specter of Genocide*, 2003, S. 141.

ner Einbeziehung der Verbrechen der europäischen Kolonialstaaten<sup>29</sup> in transnationale Strafrechtsnormen stehen diese Schlussfolgerungen aber keineswegs entgegen, denn der Kolonialismus war ohne Zweifel ein europäisches Projekt, welches nicht nur, wie postkoloniale Arbeiten gezeigt haben, die koloniale Peripherie, sondern in vielfältiger Weise die kolonialen Zentren in Europa beeinflusst haben und immer noch beeinflussen.<sup>30</sup> Daher wird sich bei der Suche nach einer europäischen Geschichte auch „das ‚koloniale Erbe nicht in den Keller sperren lassen“<sup>31</sup> und ist nicht ausgeschlossen, dass in einer Dynamik der Pönalisierung geschichtsbezogener Aussagen auch Kolonialverbrechen auf Berücksichtigung in Normtexten drängen.<sup>32</sup> Anzeichen dafür sind vorhanden. So konterte die Türkei das mittlerweile vom Conseil Constitutionnel wegen Verstoßes gegen die Meinungsfreiheit für verfassungswidrig erklärte »Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi«, welches unter anderem den Völkermord an den Armeniern während des Ersten Weltkrieges durch osmanische Soldaten erfasste, dessen Anerkennung durch die Türkei aber auch das EP zur Bedingung eines Beitritts der Türkei zur Europäischen Union gemacht hat,<sup>33</sup> mit der Aufforderung, sich mit den Verbrechen der Franzosen im Algerienkrieg zu befassen.<sup>34</sup> Dem stünde zumindest nicht mehr Art. 4 des »Loi portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés« vom 23. Februar 2005 entgegen, demzufolge die Lehrpläne für französische Schulen „vor allem die positive Rolle der französischen Präsenz auf anderen Kontinenten, insbesondere in Nordafrika“ darstellen sollen und „der Geschichte und den Opfern der Kämpfer der französischen Armee in diesen Gebieten den wichtigen Platz ein(räumen), der ihnen zusteht.“ Ein weiteres Beispiel für einen politisch motivierten Versuch, Geschichte und Erinnerung durch Gesetze zu steuern, der nur deshalb scheiterte, weil Geschichtslehrer und namhafte Historiker protestierten und das Gesetz durch Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes sowie des französischen Präsidenten wieder außer Kraft gesetzt wurde.<sup>35</sup>

29 Umfassend hierzu: Ferro (Hrsg.), *Le livre noir du Colonialism, xvi<sup>e</sup>-xxi<sup>e</sup> siècle*, 2003. Knapp auch: Osterhammel (Fn. 28), S. 194 ff.

30 Die Einsicht in die Interdependenz der Beziehungen zwischen dem kolonialen Zentrum und der kolonialen Peripherie ist ein wesentliches Element postkolonialer Theorie. Siehe z.B.: Randeria, *Entangled Histories of Uneven Modernities*, in: Elkana u.a. (eds.), *Unraveling Ties*, 2002, S. 284; Conrad, *Double Marginalization*, in: Haupt/Kocka (eds.), *Comparative and Transnational History*, 2009, S. 52 (53 und 58); Kundrus, *Die Kolonien - »Kinder des Gefühls und der Phantasie«*, in: dies. (Hrsg.), *Phantasiereiche*, 2003, S. 7 (7 f.).

31 Eckert, *Der Kolonialismus im europäischen Gedächtnis*, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 2008, S. 31 (37 f.). Siehe auch: Gerwarth/Malinowski, *Der Holocaust als „kolonialer Genozid“? Europäische Kolonialgewalt und nationalsozialistischer Vernichtungskrieg*, *Geschichte und Gesellschaft* 33 (2007), S. 439 (445).

32 Zu den kolonialen Verbrechen als Bezugspunkte europäischer Geschichtsdiskurse: Leggewie (Fn. 16), S. 37 ff., mit der Feststellung: „Wer in Europa vom Holocaust redet, darf vom Kolonialismus nicht schweigen.“ *Ebd.*, S. 39.

33 Entschließung des Europäischen Parlaments zur Aufnahme von Verhandlungen mit der Türkei vom 28. September 2005 (P6\_TA(2005)0350). Siehe bereits die Entschließung des Europäischen Parlaments zu einer politischen Lösung der armenischen Frage vom 18. Juni 1987 (ABl. C Nr. 190/119), in der das Parlament die Auffassung vertrat, „dass die tragischen Ereignisse, die von 1915-1917 stattgefunden und sich gegen die Armenier des Osmanischen Reiches gerichtet haben, Völkermord im Sinne der von der Vollversammlung der UNO am 9. Dezember 1948 angenommenen Konvention zur Verhinderung und Verfolgung des Völkermordverbrechens sind“, und der Rat ersucht wurde, von der gegenwärtigen türkischen Regierung die Anerkennung des an den Armeniern 1915-1917 verübten Völkermords zu verlangen. Zur armenischen Frage im Kontext europäischer Geschichtsdiskurse: Leggewie (Fn. 16), S. 36 f.

34 Martens, *Armenien gegen Algerien*, *FAZ* vom 24. Dezember 2011, S. 2; Salomon, *Meinungsfreiheit und die Strafbarkeit des Negationismus*, *ZRP* 2012, S. 48 (49).

35 Hierzu: Liauzu/Manceron (Hrsg.), *La colonisation, la loi et l'histoire*, 2006; Eckert (Fn. 31), S. 31; Schmid, *Geschichtspolitik*, <http://www.ag-friedensforschung.de/regionen/Frankreich/kolonialismus.html>.

e) Derlei „rechtspolitischer Ablasshandel“<sup>36</sup> mag, weil er verschiedene Gräueltaten vergleicht und diese jedenfalls auf der Ebene des Normtextes auch gleichsetzt, die nationalsozialistischen Verbrechen relativieren.<sup>37</sup> Er ist aber Ausdruck der Tatsache, dass bei einer jenseits der Nationalstaaten erfolgenden Setzung von Normen, die auf geschichtliche Ereignisse Bezug nehmen, unterschiedliche geschichtliche Erfahrungen aufeinanderprallen und Anerkennung im Normtext verlangen. Dabei sind, nicht unähnlich der Orte und Tage, an die im Versammlungsrecht zur Legitimierung restriktiver Maßnahmen angeknüpft wird,<sup>38</sup> die historischen Ereignisse, deren Leugnung, Billigung, Verharmlosung oder Verherrlichung unter Strafe gestellt wird, leider nahezu unbegrenzt.

## 2. Semantische Weite der Strafrechtvorschriften

Angesicht der nur schwer auszuhaltenden Widerwärtigkeit neo-nazistischer Umtriebe mag man vielleicht geneigt sein, den Erlass neuer Strafrechtvorschriften zu akzeptieren, weil es schon die Richtigen trifft.<sup>39</sup> Angesichts der generellen Tendenz, „anstößigen Protest, provokante, fundamental kritische Positionen aus der Öffentlichkeit zu verdrängen“<sup>40</sup> und unter Berücksichtigung der semantischen Weite der Strafrechtvorschriften, die an geschichtliche Ereignisse anknüpfen, ist aber nicht ausgeschlossen, dass es dabei bleibt. Zwar betont das BVerfG im *Wunsiedel*-Beschluss, dass es sich bei der expliziten Ausnahme vom Gebot der Meinungsneutralität um eine „auf andere Konflikte nicht übertragbare einzigartige Konstellation“<sup>41</sup> handelt. Die Begründung hierfür erschöpft sich aber eben nicht nur in der Singularität der nationalsozialistischen Verbrechen, sondern bezieht deren genuine Bedeutung für die deutsche Verfassungsordnung, die „als Gegenentwurf zu dem Totalitarismus des nationalsozialistischen Regimes“<sup>42</sup> konzipiert wird, mit ein.<sup>43</sup> Wird bereits auf nationaler Ebene in diesem Zusammenhang die Frage gestellt, „ob nicht dem Grundgesetz eine weitergehende, umfassendere Abwehrbewegung gegenüber totalitären Bestrebungen jeg-

36 Cobler (Fn. 3), S. 169.

37 Wobei die deutsche Politik von solchen „rechtspolitischen Ablasshandel“ nicht frei ist: Im Zuge der Debatten um § 130 Abs. 3 StGB, der die so genannte Auschwitz-Lüge explizit unter Strafe stellt, verlangten die Unionsparteien sowie die Bundesregierung im Gegenzug, auch das Leugnen von Verbrechen bei der Vertreibung von Deutschen aus den ehemaligen Ostgebieten unter Strafe zu stellen. Siehe die Äußerung der Bundesregierung: BT-Drs. 10/1286, S. 12.

38 Exemplarisch hierfür sind auch die Beispiele aus der Rechtsprechung des BVerfG, welches die Terminverlegung einer Versammlung am 27. Januar, dem Tag der Befreiung des Vernichtungslagers in Auschwitz (BVerfG, NJW 2001, S. 1409) oder am gesetzlich geschützten Volkstrauertag (BVerfG, NVwZ 2003, S. 623) für zulässig erachtet, dies aber für den Ostermontag (BVerfG, NJW 2001, S. 2075), den 1. Mai (BVerfG, NJW 2001, S. 2076; NJW 2001, S. 2078) sowie den Tag der „Machtergreifung“ der NSDAP (BVerfG, NJW 2001, S. 1407) ablehnte.

39 So die Vermutung von: Brugger, Verbot oder Schutz von Haßrede?, AöR 128 (2003), S. 372 (407). Ähnlich auch: Roggan, Am deutschen Rechtswesen soll die Welt genesen?, Kritische Justiz 2001, S. 337 (337).

40 Enders, Die Freiheit der Andersdenkenden vor den Schranken des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 2008, S. 1092 (1099). Zu dieser Entwicklung im Versammlungsrecht: ders., Anmerkung zu BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats) Beschl. v. 26.1.2001 - 1 BvQ 9/01 -, JZ 2001, S. 652 (654); Hoffmann-Riem, Neuere Rechtsprechung des BVerfG zur Versammlungsfreiheit, NVwZ 2002, S. 257 (258).

41 BVerfGE 124, 300 (329).

42 BVerfGE 124, 300 (Leitsatz 1, 327 und 328). In diesem Punkt zustimmend: Degenhart, Anmerkung, JZ 2010, S. 306 (309). Ebenso: Höfling/Augsberg, Grundrechtsdogmatik im Schatten der Vergangenheit, JZ 2010, S. 1088 (1094), die von einem „negativen Gründungsmythos“ für die BRD sprechen. Skeptischer gegenüber der These vom Nationalsozialismus als Gegenmodell der deutschen Verfassungsordnung unter Verweis auf die den Nationalsozialismus explizit nennende Bremische Verfassung, dabei die bayerische Verfassung allerdings übersehend: Rühl, „Öffentliche Ordnung“ als sonderrechtlicher Verbotstatbestand gegen Neonazis im Versammlungsrecht?, NVwZ 2003, S. 531 (532 f.).

43 Skeptisch gegenüber einer vermeintlich nicht möglichen Übertragbarkeit aber: Görisch (Fn. 8), S. 191 f.; Holzner, Anmerkung, DVBl. 2010, S. 48 (49).

licher Couleur eignet“,<sup>44</sup> damit aber auch Zweifel an der These von der Nicht-Übertragbarkeit der vom Gericht postulierten Ausnahme vom Allgemeinheitserfordernis des Art. 5 Abs. 2 GG angebracht sind, entfalten die vom BVerfG angestellten Beruhigungsversuche jedenfalls in Bezug auf transnationale Rechtsnormen, die von nationalen Prägungen gelöst sind, ihre Wirkung nicht. Angesichts der bereits geschilderten „Gegenforderungen“, die auf eine Berücksichtigung weiterer Systemverbrechen pochen, erscheint schon die Singularität des nationalsozialistischen Unrechts nicht für alle Beteiligten eine Selbstverständlichkeit. Jedenfalls aber die Aussage, dass allein bei neonazistischen Äußerungen eine Ausnahme vom grundsätzlich geltenden Gebot der Meinungsneutralität in Betracht kommt, weil nur in diesem Fall eine besondere historische Prägung der politischen und rechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland bestehe, überzeugt auf transnationaler Ebene nicht. Die Forderungen der osteuropäischen Mitgliedstaaten der Europäischen Union signalisieren ja unter anderem gerade, das aus deren Perspektive die kommunistische Besatzung als mindestens ebenso identitätsprägend empfunden wird wie für die Bundesrepublik Deutschland der Nationalsozialismus. Damit fallen aber jedenfalls für transnationale Strafrechtsvorschriften die Schranken, die das BVerfG für weitergehende Eingriffe in das Grundrecht der Meinungsfreiheit gezogen hat.

#### IV. Rechtssystemimmanente Schwierigkeiten

Die Transnationalisierung von Strafvorschriften, die sich auf geschichtliche Ereignisse beziehen, potenzieren ferner die dogmatischen Schwierigkeiten, mit denen, wenn auch in einem geringeren Ausmaß, bereits entsprechende Normen auf nationaler Ebene belastet sind. Dies betrifft das generell Zweifelhafte solcher Normen innerhalb einer freiheitlichen und demokratischen Verfassungsordnung (1), die problematische Unterscheidung von Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen (2) sowie die konkrete Verwendung von Geschichte in der Grundrechtsdogmatik (3).

##### 1. Normative Friktionen: Wider die eigenen Prämissen

Die Meinungsfreiheit, die das BVerfG in liberaler Tradition als schlechthin konstituierend für die freiheitliche und demokratische Grundordnung des Grundgesetzes erachtet,<sup>45</sup> vertraut darauf, dass die BürgerInnen im öffentlichen Diskurs auch über extremistische oder anstößige Meinungen und Positionen diskutieren und streiten, ohne dass von Seiten des Staates mit strafrechtlichen Mitteln eingegriffen wird. Zur Bekämpfung von Bestrebungen, die verfassungsmäßige Ordnung zu beseitigen, sieht das Grundgesetz in den Art. 9 Abs. 2, Art. 18 und Art. 21 Abs. 2 GG ein besonderes Instrumentarium vor.<sup>46</sup> Dieser Rahmen geht zum einen davon aus, dass vor allem Minderheiten auf grundrechtlichen Schutz

44 Höfling/Augsberg (Fn. 42), S. 1094 f., die auch darauf hinweisen, dass den verfassungsrechtlichen Normen, die die so genannte „streitbare Demokratie“ konstituieren, eine Differenzierung nach der politischen Ausrichtung einer totalitären Ideologie nicht immanent ist. Auch wenn es in seinen Entscheidungen ausschließlich um neonazistische Versammlungen ging, hat schließlich schon das OVG Münster im Streit mit dem BVerfG um den Begriff der öffentlichen Ordnung festgestellt, dass das Grundgesetz eine „nachdrückliche Absage an jegliche Form von Totalitarismus, Rassenideologie und Willkür“ enthält. Siehe: OVG Münster, NJW 2001, S. 2111 (2111).

45 BVerfGE 7, 198 (208); BVerfG, EuGRZ 2010, S. 88 (90).

46 So auch das BVerfG: BVerfGE 7, 198 (208); 90, 1 (20 f.); 111, 147 (155 ff.); 124, 300 (320 f. und 331); BVerfG, NVwZ 2004, S. 90 (91); NJW 2001, S. 2069 (2070); NJW 2006, S. 3050 (3051). Siehe hierzu auch: Brugger (Fn. 39), S. 372; Hoffmann-Riem (Fn. 40), S. 2780 f.

angewiesen sind, zum anderen aber auch von der begründeten Vermutung, „dass Freiheit nicht in keimfreier Schutzatmosphäre gedeiht und unter Quarantäne nicht die notwendigen Abwehrkräfte entwickelt, sich auf lange Sicht selbst zu erhalten“. <sup>47</sup> Dies gilt auch für die staatliche Oktroyierung bestimmter Lesarten der Geschichte durch die Exklusion eben jener Lesarten aus dem öffentlichen Diskurs mit Hilfe des Strafrechts. <sup>48</sup> Auch als historische »Wahrheiten« angeführte Behauptungen sollen sich dem öffentlichen Diskurs stellen, sollen mit widerstreitenden Narrativen in der Hoffnung konfrontiert werden, es werde sich, so das liberale Ideal, im Bewusstsein der Relativität und Fehlbarkeit eine im Fluss bleibende diskursive Wahrheit herausbilden. Werden bestimmte geschichtsbezogene Behauptungen hingegen vom Staat durch Pönalisierung in negativer Weise besonders ausgezeichnet, kann ihnen das nicht nur eine besondere Anziehungskraft verleihen und deren Proponenten zu Märtyrern machen, die sich heldenhaft und unter Hinnahme staatlicher Repressionen gegen das politische System stellen. <sup>49</sup> Es kann nicht nur der Entstehung des Eindrucks Vorschub leisten, es fehle dem strafenden Staat einfach nur an besseren Argumenten oder er sei sich weder seiner über das Strafrecht durchgesetzten Wahrheit noch der zivilgesellschaftlichen Kräfte sicher. Vor allem birgt es die Gefahr, dass in öffentlichen Räumen stattfindende Kommunikations-, damit aber auch mögliche Aufklärungs- und Lernprozesse zu früh abgeschnitten werden, weil bestimmte historische Lesarten von vornherein dem öffentlichen Diskurs entzogen werden. Je extensiver daher transnationale Strafvorschriften an geschichtliche Ereignisse anknüpfen und dabei weder hinsichtlich ihrer Existenz noch hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs durch singuläre, in ganz besonderer Weise identitätsprägende historische Erfahrungen gerechtfertigt bzw. beschränkt sind, desto gefährdeter ist die demokratische Funktion der Meinungsfreiheit, die „primär in der Eröffnung eines Raums für Diskussion und Streit“ <sup>50</sup> besteht. Und je weniger diese Normen an die Gefährdung oder Verletzung von Rechtsgütern durch konkretes äußeres Verhalten anknüpfen, desto mehr bekämpft der Staat mit strafrechtlichen Mitteln letztendlich die bloße Äußerung innerer Einstellungen.

## 2. Die Unterscheidung von Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen

Bekanntlich unterscheidet nicht nur die deutsche Rechtsprechung bei der Meinungsfreiheit zwischen Tatsachenbehauptungen und wertenden Meinungsäußerungen, wobei eine Meinung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes auch dann gegeben sein soll, wenn Tatsachenbehauptungen Voraussetzungen für die Meinungsbildung sind oder mit einer Meinungsäußerung verbunden werden, d.h. insgesamt in einem wertenden Kontext erfolgen. <sup>51</sup> Der EGMR spricht von

47 Enders (Fn. 40), S. 1093. Ähnlich auch: Möllers, *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*, 2008, S. 111 f.

48 So mit ausdrücklichem Bezug auf eine historische Fragestellung, nämlich die Schuldfrage am Ersten Weltkrieg, auch das BVerfG: Jugendlichen die Geschichte in einem offenen Prozess, der auch abweichende Meinungen nicht unerwähnt lässt, zu vermitteln, könne „die Jugend sehr viel wirksamer vor Anfälligkeit für verzerrende Geschichtsdarstellungen schützen als eine Indizierung, die solchen Meinungen sogar eine unberechtigte Anziehungskraft verleihen können“. Siehe BVerfGE 90, 1 (20 f.). Mit Bezug auf den Nationalsozialismus: BVerfGE 124, 300 (320 f.); BVerfG, NJW 2006, S. 3050 (3051).

49 Ähnlich im Hinblick auf Parteiverbote: Möllers (Fn. 47), S. 112.

50 Ladeur, *Die „allgemeinen Gesetze“ als Schranken der Meinungsfreiheit*, K&R 2010, S. 642 (644).

51 Zur Unterscheidung von Tatsachenbehauptungen und wertenden Meinungsäußerungen: BVerfGE 54, 208 (219); 61, 1 (8); 85, 1 (15 f.); 90, 1 (15); 94, 1 (8); BVerfG, NJW 1991, 2074 (2075); NJW 1993, S. 916 (916 f.); NJW 1993, S. 1845 (1845 f.). Ausdrücklich mit Bezug auf die Auswärtige Amt: BVerfGE 90, 241 (247 f. und 254 f.); BVerwG, NJW 2010, S. 446 (448); NJW 2005, S. 3271 (3273).

einer „Kategorie von eindeutig feststehenden historischen Tatsachen“,<sup>52</sup> deren Behauptung nicht den Schutz der Meinungsfreiheit genieße. Die eingangs genannten Normen, die unter Anknüpfung an geschichtliche Ereignisse das Grundrecht der Meinungsfreiheit einschränken, enthalten neben dem Leugnen als Tatbestandsalternativen allerdings auch das (öffentliche) Billigen, das (gröbliche) Verharmlosen und Verherrlichen oder das Rechtfertigen. Abgesehen von den interpretatorischen Schwierigkeiten, die mit diesen Begriffen verbunden sind und an denen sich die Rechtsprechung abarbeitet,<sup>53</sup> ist abseits der wohl eher seltenen reinen Leugnung des Holocaust schwer vorstellbar, dass sie sich auf reine Tatsachenbehauptungen beziehen. Arrangiert man Fakten und Zahlen in der Absicht der Relativierung von Massenverbrechen, gewichtet und bewertet man geschichtswissenschaftliche Forschungsergebnisse in der gleichen Absicht einseitig, entwirft man in mehreren Aufsätzen „a positive light on certain acts of Philippe Pétain“<sup>54</sup> oder huldigt man dem Stellvertreter *Adolf Hitlers* in Wunsiedel: Immer wird ein Verhalten, welches als Verharmlosen, Verherrlichen oder Billigen im strafrechtlichen Sinne zu werten sein mag, eine grundrechtlich grundsätzlich geschützte Meinungsäußerung sein.<sup>55</sup> Abseits der durch eine immense geschichtswissenschaftliche Forschung belegten Evidenz der Verbrechen des nationalsozialistischen Regimes verliert die Unterscheidung zwischen Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen aber in dem Maße an Plausibilität, in dem sich transnationale Strafrechtsnormen auf immer mehr geschichtliche Ereignisse beziehen. Knüpfen sie an Delikte des Völkerstrafrechts an, erfassen sie unter Umständen auch Sachverhalte, deren historische Erforschung ungeachtet womöglich bereits vorliegender Urteile internationaler Gerichte nicht in dem Maße erfolgt ist und aufgrund zeitlicher Nähe nicht erfolgt sein kann, wie dies beim Nationalsozialismus der Fall ist.<sup>56</sup> Da die Unterscheidung von Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen aber nur eine „Entweder-oder-Lösung auf Schutzbereichsebene“<sup>57</sup> erlaubt, eine differenzierte Abgrenzung zwischen (pseudo-)wissenschaftlich eingekleideten Meinungsäußerungen und der Leugnung solcher historischer Ereignisse aber kaum möglich ist, könnten Gerichte wiederum darauf verfallen, auf der Suche nach dem wirklichen Bestreben des Äußernden auf innere Gesinnungen abzustellen.<sup>58</sup>

Nimmt man den EGMR in den Blick, der jedenfalls im Bereich der so genannten Hassrede sowie politisch extremistischer Äußerungen gegenüber dem BVerfG wesentlich restriktiver verfährt, erscheinen diese Befürchtungen nicht ganz unberechtigt.<sup>59</sup> Angesichts des extensiv gefassten Vorbehalts in Art. 10 Abs. 2 EMRK kommt zum einen der Frage der Allgemeinheit der Meinungsfreiheit

52 EGMR, Urteil vom 23. Dezember 1998 (Lehideux und Isorni/Frankreich), Slg. 1998-VII, Nr. 53; NJW 2004, S. 3691 (3692).

53 Siehe hierzu: BVerwG, NVwZ 2010, S. 446 (448); BGHSt 46, 36 (40); 47, 278 (281 f.); BGH, NJW 2005, S. 689 (691).

54 EGMR, Urteil vom 23. Dezember 1998 (Lehideux und Isorni/Frankreich), Slg. 1998-VII, Nr. 53.

55 Ähnlich auch: Huster, Das Verbot der „Auschwitzlüge“, die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht, NJW 1996, S. 487 (488).

56 Zu diesem Einwand siehe auch: Poscher, Neue Rechtsgrundlagen gegen rechtsextremistische Versammlungen, NJW 2005, S. 1316 (1317).

57 Höfling/Augsberg (Fn. 42), S. 1089.

58 Höfling/Augsberg (Fn. 42), S. 1089. Ein Beispiel hierfür ist die Entscheidung des BVerwG zum Verbandsverbot des Collegium Humanum, wo der Grundrechtsschutz scheinbar davon abhängig gemacht wird, ob der Äußernde das „Bestreben einer Verifizierung des Holocaust“ verfolgt oder aber „mit dem erkennbaren Ziel (...), das in mehrfacher Hinsicht jede historische Dimension sprengende Verbrechen geschehen des Holocaust insgesamt in Frage zu stellen und der bisherigen Geschichtsschreibung den Gebrauch von Lügen zu bescheinigen.“ Siehe: BVerwG, NJW 2004, 446 (448), Hervorhebung F.H.

59 Umfassend sowohl zu den einschlägigen Entscheidungen des EGMR als auch zu den diesbezüglichen Unterschieden zur Rechtsprechung des BVerfG: Hong (Fn. 12).

beschränkenden Regelungen im Unterschied zu Art. 5 Abs. 2 GG kaum Bedeutung zu. Zum anderen enthält Art. 17 EMRK, den der EGMR jedenfalls bei extremistischen Äußerungen weit auslegt,<sup>60</sup> das Gebot, die in der Konvention normierten Rechte nicht so auszulegen, als begründeten „sie für einen Staat, eine Gruppe oder eine Person das Recht, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung vorzunehmen, die darauf abzielt, die in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten abzuschaffen oder sie stärker einzuschränken, als es in der Konvention vorgesehen ist.“ Auf diesen normativen Grundlagen hat der EGMR nicht nur die Rechtsprechung des BVerfG zur Leugnung des Holocaust bestätigt, sondern darüber hinaus jede „justification of a pro-Nazi policy“<sup>61</sup> und jede andere Äußerung, die sich gegen die Grundwerte der Konvention richtet, dem Schutz der Meinungsfreiheit entzogen.<sup>62</sup> Wenn es der Zweck des Art. 17 EMRK ist, „to prevent individuals or groups *with totalitarian aims* from exploiting in their own interests the principles enunciated by the Convention“,<sup>63</sup> d.h. inneren Zielsetzungen scheinbar eine nicht geringe Bedeutung für die Frage nach dem grundrechtlichen Schutz einer Äußerung zukommt, andererseits aber die geschichtlichen Ereignisse, deren Leugnung, Billigung, Verherrlichung, Verharmlosung oder Rechtfertigung bestraft wird, immer umfassender in Strafrechtvorschriften einbezogen werden, dann koppelt man die Legitimität der Diskussion über Geschichte an die Spekulation über eben jene inneren Zielsetzungen.

### 3. Beliebige Verwendung der Geschichte für die Grundrechtsdogmatik

Geschichte als grundrechtsdogmatisches Argument zu verwenden, erscheint im Rückblick auf die Rechtsprechung des BVerfG deshalb problematisch, weil sie (auch) grundrechtsdogmatisch offensichtlich zu unterschiedlichen Zwecken verwendet werden kann. Während das Karlsruher Gericht im Jahr 1958 die Meinungsfreiheit gerade unter Rückgriff auf „die grausame Verfolgung der Juden und den Nationalsozialismus“ verteidigt hat, damit „die Welt gewiss sein kann, das deutsche Volk habe sich von dieser Geisteshaltung abgewandt und verurteile sie nicht aus politischen Opportunitätsgründen, sondern aus der durch die eigene innere Umkehr gewonnenen Einsicht in die Vergangenheit“,<sup>64</sup> schränkt es in der *Wunsiedel*-Entscheidung die Meinungsfreiheit nunmehr unter Berufung auf die Singularität des Nationalsozialismus als historischer Erfahrung ein. In beiden Fällen wird weniger die individuelle Schutzfunktion von Grundrechten betont, sondern das Grundrecht der Meinungsfreiheit „an eine überindividuelle Teleologie rückgebunden“<sup>65</sup> und auf eher demonstrative Zwecke funktional ausgerichtet. Wenn aber „Geschichte zum Rechtsgut deklariert wird, wird unter dem Deckmantel juristischer Wahrheitsfindung der staatlichen Willkür Tür und Tor geöffnet. Es ist dann nicht mehr auszuschließen, dass je nach den politischen Konjunkturen strafrechtlich definiert und sanktioniert wird, was gerade als

60 Siehe nur: EGMR, NJW 2004, S. 3691; Entscheidung vom 13. Dezember 2005 (Witzsch/Deutschland [No. 2]), Nr. 7485/03, Rn 47 ff. In Entscheidungen, die keine rechtsextremistischen Äußerungen betreffen, legt der EGMR Art. 17 EMRK allerdings deutlich restriktiver aus: EGMR, Urteil vom 2. Oktober 2008 (Leroy/Frankreich), Nr. 36109/03, Rn. 26 f.; Urteil vom 15. Januar 2009 (Orban u.a./Frankreich), Nr. 20985/05; Urteil vom 8. Juli 2008 (Vajnai/Ungarn), Nr. 33629/06, Rn. 20 ff.

61 EGMR, Urteil vom 23. Dezember 1998 (Lehideux und Isorni/Frankreich), Slg. 1998-VII, Nr. 53.

62 EGMR, NJW 2004, S. 3691 (3692). Zur Presse- und Fernsehberichterstattung über rassistische Äußerungen und ihre Strafbarkeit, siehe: EGMR, NStZ 1995, S. 237 mit Anm. Stöcker.

63 EGMR, Entscheidung vom 16. November 2004 (Norwood/Vereinigtes Königreich), Nr. 23131/03, Hervorhebung F.H. Ähnlich auch: EGMR, Entscheidung vom 2. September 2004 (W. P. u.a./Polen), Nr. 42264/98.

64 BVerfGE 7, 198 (216).

65 Höfling/Augsberg (Fn. 42), S. 1088.

„wahr“ und „richtig“ zu gelten hat und durchzusetzen ist.“<sup>66</sup> Das Problem wird wiederum verschärft, wenn man berücksichtigt, dass die Rechtsprechung internationaler Gerichte von den genuin nationalen historischen Erfahrungen weitgehend abgekoppelt ist. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit, das hinsichtlich seiner Funktionen seinerseits nicht unabhängig ist von Veränderungen der politischen Kultur,<sup>67</sup> kann angesichts dieser geringeren historisch-kulturellen Einbettung, wie sie nicht zuletzt in der Grundrechtseingriffe auch beschränkenden Begründung des BVerfG im *Wunsiedel*-Beschluss zum Ausdruck kommt, offener werden für Einschränkungen mit Rücksicht auf eine „political correctness“ und die daraus folgende Exklusion anstößigen Protestes aus dem grundrechtlich geschützten öffentlichen Diskurs.

## V. Geschichtswissenschaftliche Einsichten

Gegen die Ausweitung kommunikationsbezogener Strafrechtsvorschriften, die auf geschichtliche Ereignisse Bezug nehmen, sprechen schließlich geschichtswissenschaftliche Einsichten.<sup>68</sup> Deren Relevanz entfaltet sich für Strafrechtsvorschriften, die allein an nationalsozialistische Verbrechen anknüpfen, nicht in der gleichen Weise wie für Strafrechtsvorschriften, die darüber hinaus noch eine Fülle weiterer geschichtlicher Ereignisse in ihre Tatbestände einbeziehen. Der Nationalsozialismus im Allgemeinen und die Vernichtung der europäischen Jüdinnen und Juden im Besonderen gehören zu den am gründlichsten erforschten historischen Begebenheiten. Von der Kommunikationsgemeinschaft der Historiker, die Vergangenen mit eigenen Methoden, Regeln, (Beweis-)Verfahren, Konventionen und bestimmten Ansprüchen nachgehen,<sup>69</sup> wurde die Evidenz der nationalsozialistischen Verbrechen nachgewiesen. Es ist deshalb kein Zufall, dass nationale und internationale Gerichte allein in diesem Bereich darauf verzichten, Aufklärung über wissenschaftliche Fragen erst über die Einbeziehung Sachverständiger in das gerichtliche Verfahren zu erlangen, sondern sich vielmehr zutrauen, eine geschichtswissenschaftliche Fragestellung ohne externe Expertise selbst zu beantworten. Das kann aber nicht verdecken, dass die Erforschung des Vergangenen durch HistorikerInnen mit zahlreichen Schwierigkeiten behaftet ist, die sich im Strafverfahren dann in besonderem Maße niederschlagen, wenn es nicht um den Nationalsozialismus geht.

### 1. *Geschichtstheorie: die Vielfalt der Geschichten*

Entgegen einem „naiven Objektivismus“, der im Entstehungsprozess der Geschichtswissenschaft als wissenschaftlicher Disziplin im 18. Jahrhundert zunächst „durch Subjektivitätsverzicht erkaufte“,<sup>70</sup> worden ist und der Resultat einer nach Autonomie gegenüber den zu dieser Zeit erfolgreichen Naturwissenschaften strebenden Geschichtswissenschaft ist, die in der Fokussierung auf Fak-

66 Cobler (Fn. 3), S. 166.

67 Hierzu: Ladeur (Fn. 50), S. 642.

68 Die nachfolgenden Ausführungen basieren auf: Hanschmann, Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft, 2008, S. 149 ff.

69 Zur Bedeutung disziplinierter Kommunikationsgemeinschaften für die Geschichtswissenschaft siehe: Ricoeur, Zwischen Gedächtnis und Geschichte, *Transit* 22 (2002), S. 3 (9); Chartier, *Zeit der Zweifel*, *Neue Rundschau* 105 (1994), S. 9 (17).

70 Jaeger/Rüsen, *Geschichte des Historismus*, 1992, S. 38, 73 und 81 ff. (unter Bezug auf Leopold von Ranke).

ten und Archive ein neues epistemologisches und methodisches Paradigma fand,<sup>71</sup> will *die* historische Wahrheit, die „nur Eine sein“<sup>72</sup> kann, nicht unvermittelt und rein erscheinen. Die mit dem berühmten Wort von *Leopold von Ranke*, Aufgabe des Historikers sei es, zu „zeigen, wie es eigentlich gewesen“<sup>73</sup> ist, verbundenen Objektivitäts- und Wahrheitsansprüche sind einer Vielzahl von Einwänden ausgesetzt.<sup>74</sup> Selbst wenn man nicht der postmodernen Radikalität folgt, der zufolge sich die von Historiker\_Innen produzierten Erzählungen weder strukturell noch graduell von literarischen Erzählungen unterscheiden und die in der Geschichtswissenschaft zentralen Grenzziehungen zwischen fiktionaler Literatur und wissenschaftlicher Geschichte, zwischen Geschichtsschreibung und Geschichtswissenschaft, zwischen Fakten und Fiktionen als aufgelöst betrachtet,<sup>75</sup> wird man Abschied nehmen müssen von der *einen* Geschichte. Denn selbst wenn man unterstellt, dass der historische Diskurs auf eine außertextuelle Realität bezogen bleibt, d.h. durch Quellen die Beziehung des historischen Wissen zur Realität sichergestellt werden kann und er deshalb nicht mit reiner Willkür, Fantasie oder poetischer Fiktion gleichzusetzen wäre, hat man es mit einer unendlichen Vielzahl differenzierender Lesarten und Interpretationen der Geschichte, „zwischen denen prinzipiell eine unentscheidbare Beziehung besteht“,<sup>76</sup> zu tun. Auch wenn es demnach Kriterien gibt, anhand derer die relative Qualität bzw. die Wirklichkeitsadäquatheit<sup>77</sup> historischer Erzählungen bestimmt und eine Unterscheidung zwischen »historischer« Erzählungen und »fiktionaler« Literatur getroffen werden kann, verbleiben Unsicherheiten, die mit der Beobachtung eines historischen Ereignisses bzw. der Interpretation einer Quelle verbunden sind, weil die Darstellung nur durch und in der Sprache erfolgen kann.

- 71 Siehe hierzu: Ricoeur (Fn. 69), S. 6. Zur Bedeutung des Empirismus für die Entstehung der Geschichte als wissenschaftlicher Disziplin: Simon, *Historiographie*, 1996, S. 164 ff. und 187 ff.; Jaeger/Rüsen (Fn. 70), S. 34 ff.
- 72 von Ranke, *Deutsche Geschichte im Zeitalter der Reformation*, Bd. 1, 1881, S. X (Vorrede).
- 73 So: von Ranke, *Geschichte der romanischen und germanischen Völker von 1494 bis 1514*, *Sämtliche Werke*, Bd. 33/34, 1874, VII (Einleitung zur 1. Ausgabe von 1824). In seiner *Englischen Geschichte*, Bd. 2, *Sämtliche Werke*, Bd. XV, 1877, S. 103 (Einleitung zum Buch 5), schreibt Ranke: „Ich wünschte mein Selbst gleichsam auszulöschen, und nur die Dinge reden, die mächtigen Kräfte erscheinen zu lassen.“ Zu „Rankes Begriff der historischen Objektivität“ siehe den gleichnamigen Aufsatz von: Viehaus, in: Koselleck u.a. (Hrsg.), *Objektivität und Parteilichkeit in der Geschichtswissenschaft*, 1977, S. 63. Zu Rankes Arbeiten mit Quellen, Archiven und Bibliotheken: Grafton, *Die tragischen Ursprünge der deutschen Fußnote*, 1998, S. 48 ff.
- 74 Zu den unterschiedlichen Vorstellungen von Objektivität in der Geschichtswissenschaft: Megill, *Four senses of objectivity*, in: ders. (ed.), *Rethinking objectivity*, 1994, S. 1, der zwischen „absoluter“, „disziplinärer“, dialektischer“ und „prozeduraler“ Objektivität unterscheidet. Hierzu auch: Bevir, *Objectivity in History*, *History and Theory* 33 (1994), S. 328.
- 75 Siehe hierzu vor allem die Arbeiten von Hayden White, *Metahistory*, 1991; ders., *Die Bedeutung der Form*, 1990; ders., *The fictions of factual representation*, in: ders., *Tropics of discourse*, 1978, S. 121, besonders S. 127 f. Kritisch zu Hayden White und seinen Thesen: Oexle, *Sehnsucht nach Klio*, *Rechtshistorisches Journal* 11 (1992), S. 1; Walther, *Fernes Kampfgetümmel*, *Rechtshistorisches Journal* 11 (1992), S. 19. Selbst nach weniger radikalen Historikern sind „Geschichtsschreiber und Geschichtenerzähler [...] Geschwister im Geiste“ und „der Historiker nur eine gelehrte und sich auf ältere Texte und Zeichen stützenden Spezies der Gattung ‚Dichter/Schriftsteller‘“: Stolleis, *Rechtsgeschichte als Kunstprodukt*, 1997, S. 15 und 16. Ganz ähnlich spricht Chartier (Fn. 69), S. 12 und 17, von der „berechtigten Feststellung, Geschichtsschreibung sei stets Erzählung, mit denselben Formeln wie die imaginären Erzählungen komponiert“. Die „Nähe des historischen Diskurses zur Erzählung“ hebt schließlich auch Ricoeur (Fn. 69), S. 3, hervor.
- 76 Lorenz, *Konstruktion der Vergangenheit*, 1997, S. 165.
- 77 Lorenz (Fn. 76), S. 31 und 153, will „das klassische Streben nach Objektivität so auffassen, dass das Forschungsobjekt ‚adäquat‘ bzw. angemessen wiedergegeben werden soll“ bzw. sich Wahrheit „aus der Adäquatheit der Referenz“ ergibt, jedoch nicht ohne im Anschluss sogleich zuzugeben, dass „leicht Uneinigkeit darüber entstehen [kann], was eine adäquate Wiedergabe ist.“ Ähnlich schreibt Koselleck, *Standortbestimmung und Zeitlichkeit*, in: ders. u.a. (Fn. 73), S. 17 (28): „Denn der Quellenbefund vergangener Geschehnisse zeigt eine Widerständigkeit und behält sein Eigengewicht, das nicht ex-post durch Parteinahme für oder gegen beliebig verschiebbar ist. Wohl aber können Quellen durch verschiedene Einblicknahmen Verschiedenes zu erkennen geben.“

Weil Sprache aber „auf bestimmte Aspekte einer Erscheinung und nicht auf die Erscheinung in ihrer Ganzheit“ verweist, handelt es sich bei Sachenaussagen immer um „bestimmte Interpretationen von Sachverhalten, in denen bestimmte Aspekte beleuchtet oder selektiert werden“. <sup>78</sup> Begriffe wie »Mord«, »Staatsoberrhaupt«, »Diktator«, »Kollaboration«, »Widerstand«, »umbringen« oder die Bezeichnung von Sinnzusammenhängen zwischen zeitlich auseinander liegenden Ereignissen als wichtig/unwichtig, fortschrittlich/verhängnisvoll, gut/schlecht oder als »wesentlich für« lassen erkennen, dass die Sprache nicht „wie eine Glasplatte über die Wirklichkeit“ <sup>79</sup> gelegt werden kann. Tatsachen bleiben „unendlich beschreibbar und auch wieder-beschreibbar“. <sup>80</sup> Darüber hinaus müssen die räumlich-zeitlich lokalisierbaren Elemente, Vorgänge, Ereignisse und Handlungen, um Geschichte schreiben zu können, schließlich immer noch in Verbindung gebracht, organisiert, gewichtet und die komplexen Zusammenhänge (re-)konstruiert werden. Infolgedessen bleiben historische Erzählungen aber insofern zwangsläufig offen, als durch das Verschieben der Perspektive, durch differente Akzentuierung, durch den Wechsel auf einen anderen möglichen metawissenschaftlichen Standpunkt <sup>81</sup> oder durch Erwähnung oder Außerachtlassung von anderen Fakten leicht andere Zusammenhänge konstruiert werden können und eine historische Erzählung demnach nie die einzig mögliche bzw. relevante zu einem Thema sein kann. <sup>82</sup>

## 2. Hermeneutik: Bedingungen der Interpretation der Geschichte(n)

Zudem beeinflussen bei der Interpretationsarbeit des Historikers als auch bei der sich über Geschichte und Geschichtsbilder verständigenden Öffentlichkeit die jeweiligen politischen, religiösen, sozialen und intellektuellen Prägungen der Interpretenden den Interpretationsvorgang sowie das Ergebnis desselben. Unterschiedliche Vorverständnisse, die notwendigerweise zeitlich, räumlich, sozial und kontextuell determiniert sind, prägen unvermeidlich historische Begriffe und Aussagen. <sup>83</sup> Jede Interpretation eines vergangenen Ereignisses bzw. einer Quelle ist demnach abhängig von den weltanschaulichen oder politischen Dispositionen des Exegeten, d.h. dass sich in jeder historischen Aussage unvermeidlich Inhaltsbestandteile finden, die nicht den geschichtlichen Gegenstand, sondern den konkreten Standpunkt des Interpretenden innerhalb gesellschaftlicher Konstellationen kennzeichnen. Potenziert werden die Schwierigkeiten, wenn es nicht allein um einzelne Ereignisse geht, sondern darüber hinaus von „Was-Fragen“ auf „Warum-Fragen“ übergegangen wird, wenn also über das Beschreiben hinaus versucht wird, Kausal- und Folgebeziehungen, die selbst nicht wahrnehmbar sind, offen

78 Lorenz (Fn. 76), S. 29.

79 Lorenz (Fn. 76), S. 42. Siehe auch: Stolleis (Fn. 75), S. 14 f.; Hedinger, Standortgebundenheit historischer Erkenntnis?, in: Koselleck u.a. (Fn. 73) S. 362 (366); Simon (Fn. 71), S. 13 und 279, demzufolge „Aussagen über Vergangenes [...] in der Struktur unseres Sprechens selbst präformiert“ sind und die „Sprache nicht Spiegel der Wirklichkeit ist, sondern ein Baukasten zur ihrer ‚Rekonstruktion‘ oder ‚Repräsentation‘“.

80 Baumgartner, Die subjektiven Voraussetzungen der Historie und der Sinn von Parteilichkeit, in: Koselleck u.a. (Fn. 73), S. 425 (430).

81 Hierzu: Mommsen, Der perspektivische Charakter historischer Aussagen und das Problem von Parteilichkeit und Objektivität historischer Erkenntnis, in: Koselleck u.a. (Fn. 73), S. 441 (463).

82 Ein gutes Beispiel für die Vielfalt der Geschichten und die Pluralität der vielen Lesarten der Geschichte ist die beeindruckende Darstellung der parlamentarischen Debatte über die sog. „Ostverträge“ vom 22. März 1972, bei: Schulze, Kleine deutsche Geschichte, 1996, S. 253 f., der die Debatte wie folgt zusammenfasst: „Man redete von mehreren möglichen deutschen Zukünften und deshalb auch von mehreren deutschen Vergangenheiten.“ Ebenfalls sehr aufschlussreich, die Analyse der Reden der deutschen Bundespräsidenten und der darin enthaltenen Geschichtsbilder von: Langewiesche, Geschichte als politisches Argument, Saeculum 43 (1992), S. 36.

83 Koselleck (Fn. 77), S. 19 und 27; Mommsen (Fn. 81), S. 445, beide in: Koselleck u.a. (Fn. 73).

zu legen und »Wirkungen« festzustellen.<sup>84</sup> Angesichts der unüberschaubar zahlreichen, vielfältigen und komplexen Daten, Fakten, Quellen und Details, deren Interpretation, Berücksichtigung bzw. Nichtberücksichtigung sowie Verknüpfungsmöglichkeiten sich wiederum nach den Sichtweisen, Problemstellungen sowie theoretischen und methodischen Prämissen, die der Beobachter für die Beobachtung eines komplexen Phänomens wählt, und unter Berücksichtigung der Abwesenheit eines für die Geschichtswissenschaft gültigen a priori, welches in der Lage wäre, die Unmenge historischer Details in zwingende Kausalaussagen zu überführen oder in einer Einheit zusammenzufassen, drängt es sich geradezu auf, dass jede Konstruktion einer linear-kausalen historischen Erklärung, jede mit einer zeitlichen Sequenz von »Davor« und »Danach« begründete Behauptung einer logischen Folge von »Ursache« und »Wirkung«, mit gravierenden methodischen und theoretischen Schwierigkeiten zu kämpfen hat.<sup>85</sup> Die Abhängigkeit der Konstruktion und Organisation historischen Materials von einer „komplizierten theoretischen Vorarbeit“,<sup>86</sup> in deren Folge überhaupt erst präzise, dann aber eben theoretisch imprägnierte Fragestellungen, die an den zu untersuchenden historischen Gegenstand herangetragen werden, ausgearbeitet werden können, führt dazu, dass der Historiker die geschichtliche Wirklichkeit in ihrer prinzipiell unendlichen Mannigfaltigkeit nie unmittelbar zu erfahren vermag. Die geschichtliche Wirklichkeit ist vielmehr immer schon vermittelt durch die Perspektiven, die Historiker\_Innen in den Erkenntnisprozess einbringen, durch die Kategorien, Hypothesen, Theorien und Paradigmata, mit denen sie die jeweils relevanten Daten aus der unendlichen Menge primärer Informationen selektieren und erklärend ordnen.<sup>87</sup> Das ist offensichtlich, wenn man weiter berücksichtigt, dass auch die Geschichtswissenschaft für einen zumeist überschaubaren Zeitraum von bestimmten theoretischen und/oder methodischen Trends (»Psychohistorie«, »Cliometrik«, »New Social History« bzw. »New Political History«, »linguistische Wende«, »neue Kulturgeschichte«), die neue Fragestellungen aufwerfen bzw. andere Herangehensweisen implizieren, erfasst wird. Schreibt man Diplomatiegeschichte bzw. Politikgeschichte, die sich auf Individuen und Institutionen der jeweiligen politischen Systeme konzentriert, fällt »die Geschichte« anders aus, als wenn Sozialgeschichte, die soziale und ökonomische Strukturen untersucht, geschrieben wird und wieder anders, wenn sich Historiker kulturgeschichtlich orientieren und Ideen, Leitbilder oder Mentalitäten zum Gegenstand ihrer Forschung machen.

84 Ausführlich zum Kausalitätsproblem in der Geschichtswissenschaft: Lorenz (Fn. 76), Kapitel IX, X und XI. Luhmann, Ideengeschichte in soziologischer Perspektive, in: Matthes (Hrsg.), Lebenswelt und soziale Probleme, 1981, 49 (49 f.), stellt zum Kausalitätsproblem fest: „Die Schwierigkeiten und Hindernisse multiplizieren sich, wenn man Zusammenhänge oder gar Einflüsse tracieren will“, und er fragt: „Wie kann man das, was faktisch gelaufen ist, wie kann man vor allem für jeden Einzelpunkt die Auswahl aus der Vielzahl der Möglichkeiten erklären?“.

85 Luhmann (Fn. 84), S. 50: „Wenn wir überhaupt der Versuchung einer kausal orientierten Analyse nachgeben [...], geraten wir in eine Art von Komplexität, die sich nicht mehr nachvollziehen läßt.“.

86 Wehler, Historisches Denken am Ende des 20. Jahrhunderts, 2001, S. 16 f. und S. 11 f., demzufolge „die erdrückende Mehrheit der ominösen Tatsachen erst auf der Grundlage einer komplizierten theoretischen Vorarbeit konstruiert wird, mithin eine von Theorie und Fragestellung abhängige Konstruktionsleistung [...] darstellt“.

87 Mommsen (Fn. 81), S. 445 mit Fn. 11. Ein gutes Beispiel hierfür ist der bei der Erforschung des Nationalsozialismus entbrannte Streit zwischen der sog. »intentionalistischen« Methode, die historische Ergebnisse durch Betrachtung der Absichten und Motive der Beteiligten zu erklären sucht und den Holocaust als die stufenweise Realisierung eines in den Köpfen der nationalsozialistischen Elite frühzeitig entwickelten Plans betrachtet, und der sog. »strukturalistischen« oder »funktionalistischen« Methode, die politische und soziale Strukturen in den Blick nimmt und die Ermordung der europäischen Juden vor allem durch eine komplexe Vernetzung von Einzelentscheidungen verursacht sieht.

### 3. Die Konstruktion der Geschichten

Insbesondere die in den vergangenen Jahren publizierten Arbeiten zur Entstehung der Nationalstaaten haben schließlich in beeindruckender Weise dargelegt, in welchem Maße Geschichte erfunden, Geschichtsbilder konstruiert und Geschichte missbraucht wurde.<sup>88</sup> Weit zurückliegende Ursprünge, in ferner Vergangenheit verortete Anfangs- und Herkunftspunkte wurden gesucht und – kaum überraschend – in den meisten Fällen auch »gefunden«, genetisch-teleologisch verstandene Prozesse, die sich, nachdem sie abgeschlossen waren, in kontinuierliche Stabilitäten wandelten, wurden offen gelegt, diskontinuierliche Brüche, heterogene Strukturen, amorphe Verflechtungen, gleitende Fusionen und fließende Übergänge hingegen beseitigt und die objektive und unveränderliche Existenz des (nationalen) Kollektivs mit all seinen Merkmalen und Eigenschaften in einer fernen Vergangenheit verwurzelt. Insbesondere in den so genannten „Kulturnationen“, in denen ein bereits ausdifferenziertes administratives System und ein politisches Zentrum noch nicht vorhanden waren, haben mit Literatur, Sprache und Geschichte vertraute Bildungsbürger\_Innen von etwas berichtet, „was durch ihren Bericht erst politische Realität werden und Macht erlangen sollte.“<sup>89</sup> Wissenschaftliche Disziplinen wie die Geschichtswissenschaft, die Literaturgeschichte, die Philologie, die Pädagogik oder die Ethnologie kommentierten den Prozess der Nationalstaatsbildung und die Emergenz eines nationalen Zusammengehörigkeitsgefühls nicht nur retrospektiv und reagierend, sondern beteiligten sich massiv an der Ausbildung kollektiver Gedächtnisse. Um Identitätsbehauptungen stützen, politische Forderungen begründen und Legitimitätsansprüche geltend machen zu können, mussten von einer in politische Programme eingebundenen und an der Konstituierung und Stabilisierung eines Nationalstaates orientierten Geschichtswissenschaft künstliche Mythen geschaffen und propagandistisch verbreitet, d.h. ins kollektive Gedächtnis eingeschrieben werden. Die Projektion der eigenen Nation in eine weit zurückliegende Vergangenheit des frühen Mittelalters erfolgte in einer „hochgradig selektiven, stilisierten, idealisierten Form“<sup>90</sup>, durch „Geschichtsklitterung“,<sup>91</sup> „Geschichtskon-

88 Hobsbawm, Nationen und Nationalismus. Mythos und Realität seit 1780, 1991; ders./Ranger, The Invention of Tradition, 1983; Gellner, Nationalismus, Kultur und Macht, 1999; ders., Nationalismus und Moderne, 1995; Anderson, Die Erfindung der Nation, 1993; Schulze, Staat und Nation in der europäischen Geschichte, 1999; ders., Die Wiederkehr Europas, 1990; ders., Gibt es überhaupt eine deutsche Geschichte?, 1998; ders. (Fn. 82); Langewiesche, Nation, Nationalismus, Nationalstaat in Deutschland und Europa, 2000. Wichtige Erkenntnisse in Bezug auf Kontinuitäten und Diskontinuitäten konnten die im Kontext des von der DFG geförderten Sonderforschungsbereichs »Die Entstehung der europäischen Nationen im Mittelalter« entstandenen Arbeiten bringen. Siehe mit weiteren Nachweisen nur: Ehlers, Die deutsche Nation des Mittelalters als Gegenstand der Forschung, in: ders. (Hrsg.), Ansätze und Diskontinuität deutscher Nationbildung im Mittelalter, 1989, S. 11; ders., Mittelalterliche Voraussetzungen für nationale Identität in der Neuzeit, in: Giesen (Hrsg.), Nationale und kulturelle Identität, 1991, S. 77.

89 Münkler, Die Nation als Modell politischer Ordnung, Staatswissenschaft und Staatspraxis 1994, S. 367 (373 ff.). Ähnlich: Habermas, Der europäische Nationalstaat, in: ders., Die Einbeziehung des Anderen, 1996, S. 128 (134).

90 Wehler, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 2, 1989 S. 410; ders., Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 1, 1989, S. 521. Etwas vorsichtiger spricht: Böckenförde, Die Nation – Identität in Differenz, in: ders., Staat, Nation, Europa, 1999, S. 34 (52), immerhin noch davon, dass das kollektive Bewusstsein und das kollektive Gedächtnis „regelmäßig eine spezifische – blickverengte – Wahrnehmung und Interpretation der eigenen Geschichte hervor[bringt]. Diese wird zu ‚Nationalgeschichte‘, die die Identitätsbehauptung der Nation stützt und legitimiert, zuweilen in historischer Projektion auch erst ‚herstellt‘ und so dem (kollektiven) Gedächtnis einprägt.“

91 Oberndorfer, Der Nationalstaat, ZAR 1989, S. 3 (8); ders., Vom Nationalstaat zur offenen Republik, Aus Politik und Zeitgeschichte B 9/1992, S. 21 (24).

struktionen“,<sup>92</sup> „Geschichtsinzenierungen“<sup>93</sup> und durch die Bildung „historischer Mythen oder pseudowissenschaftlich gewonnener nationaler Geschichtsbilder«, die selbst vor einer platten Verfälschung der Vergangenheit nicht zurückscheuten“<sup>94,95</sup> Allein, die Wissenschaft von heute vermag solche „Leistungen“ nicht mehr zu produzieren, „weil ihr die dafür erforderliche Naivität unwiederbringlich verlorengegangen ist.“<sup>96</sup>

## VI. Schlussfolgerungen

Strafvorschriften, die an geschichtliche Ereignisse anknüpfen, müssen nicht zwangsläufig einer objektivistischen Vorstellung von Geschichte anhängen. Die Geschichten, um die es in Strafverfahren geht, werden im Rahmen dieser Verfahren unter den Bedingungen der jeweiligen Prozessordnung rechtssystemimmanent konstruiert. Das Recht, das in seinen Normtexten auf geschichtliche Geschehnisse Bezug nimmt, indem es deren Leugnung, Billigung, Verherrlichung oder Verharmlosung unter Strafe stellt, lässt sich aber gegen die soeben skizzierten methodischen und (erkenntnis-)theoretischen Schwierigkeiten bei der Erforschung des Vergangenen nicht vollständig immunisieren. Jeder Beweisanspruch, der auf die Darlegung oder Widerlegung konkreter geschichtlicher Ereignisse abzielt, ist mit diesen Schwierigkeiten behaftet. Man kann die in den transnationalen Strafvorschriften vorgenommenen Bezugnahmen auf Entscheidungen internationaler Gerichte, in denen vergangene Ereignisse als Völkerrechtsdelikte gewertet worden sind, als einen Versuch deuten, der unausweichlichen Pluralität der Geschichten jedenfalls für das nationale Strafverfahren aus dem Weg zu gehen. Zum einen werden die Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Vergangenen dadurch aber lediglich vorverlagert in die Verfahren eben jener internationalen Gerichte. Zum anderen bleibt es den Angeklagten in nationalen Strafgerichten unbenommen, die Feststellungen des internationalen Gerichtes anzugreifen und gegenläufige Beweisangebote zu stellen. Wenn von einem „Pluralismus offen konkurrierender Geschichtsbilder“<sup>97</sup> auszugehen ist, dann stehen Strafvorschriften, die an Geschichte anknüpfen, auf tönernen Füßen. Eine angemessene Reaktion auf die geschichtswissenschaftlichen Entzauberungen<sup>98</sup> wäre nicht die Ausweitung von Strafrechtsvorschriften, die in immer größerem Umfang bestimmte Lesarten des Vergangenen, seien sie auch noch so dumm und falsch, pönalisieren und so aus dem öffentlichen Diskurs verbannen. Eine angemessene Reaktion wäre vielmehr eine Rechtsordnung, die dafür sorgt, dass Geschichte umstritten bleibt, um nicht zuletzt auch immer virulenten Versuchen staatlich-offizieller

92 Langewiesche (Fn. 88), S. 11.

93 Kaschuba, Volk und Nation, in: Winkler/Kaelble (Hrsg.), Nationalismus – Nationalitäten – Supranationalismus, 1993, S. 56 (60).

94 Wehler (Fn. 90 [Bd. 1]), S. 510.

95 Die Verortung der eigenen Nation im frühen Mittelalter entsprach nach Ehlers (Fn. 88), S. 13, weniger der tatsächlichen historischen Entwicklung als vielmehr einer „Projektion eigener Wunschvorstellung ins Mittelalter“.

96 Ehlers (Fn. 88), S. 15. Siehe auch: Werner, Der Streit um die Anfänge, in: Hildebrand (Hrsg.), Symposium Wem gehört die deutsche Geschichte?, 1987, S. 19 (30, 33, 34 und 35); Schneidmüller, Die mittelalterlichen Konstruktionen Europas, in: Duchhardt/Kunz (Hrsg.), »Europäische Geschichte« als historiographisches Problem, 1997, S. 5 (21 f.), der die „Überformung mittelalterlicher Befunde durch moderne Wünsche und Perspektiven“ kritisiert.

97 Wehler, Aus der Geschichte lernen?, 1988, S. 20 f.

98 So in Anlehnung an Max Weber Wolfgang Mommsen (Fn. 81), S. 449.

Geschichtskonstruktionen widerstehen zu können.<sup>99</sup> In einer demokratischen Gesellschaft muss mit anderen Worten die Verständigung über Geschichte eine „Diskussion ohne Ende“<sup>100</sup> sein. Nicht die Unentscheidbarkeit, Widersprüchlichkeit und die „Pluralität von Standpunkten, die notwendigerweise zur geschichtlichen Erkenntnis gehören“,<sup>101</sup> sollten beunruhigen, sondern im Gegenteil jeder Versuch der Schließung des Diskurses, jede Zensur, jede hegemoniale Definition und Bestimmung des Vergangenen und jede Oktroyierung verbindlicher Geschichtsbilder. Diskurse über Geschichte werden immer von einer Vielzahl miteinander konkurrierender Akteure geführt, die „ihre“ Geschichten gegeneinander behaupten. Darin eingeschlossen sind aber auch oppositionelle Minderheitengruppen, die sich einem dominierenden Geschichtsverständnis, das von Interpretations- und Deutungseliten, die über einen privilegierten Zugang zu den Medien und ausgebaute Informationsapparate verfügen, konzipiert und propagiert wird, entgegenstellen und alternative Lesarten im öffentlichen Raum zur Geltung bringen.<sup>102</sup> Gerade die oben skizzierten Debatten um eine „europäische Geschichte“ verdeutlicht eindrucksvoll, wie verschiedene Interpretationen aufeinandertreffen und miteinander konkurrieren, wie Erinnerungsforderungen aufgestellt und Erinnerungsverweigerungen praktiziert werden, wie Geschichte für unterschiedliche Zwecke versucht wird zu instrumentalisieren, wie der Kampf um die Geschichte geführt wird in Medien, über Museen, Gedenktage und Denkmäler bis in Schulbücher hinein. Vor diesem Hintergrund reflektieren geschichtspolitische Konflikte nichts anderes als die politisch-kulturellen Konstellationen einer pluralistischen Gesellschaft und sind in diesem Sinne nicht zuletzt Ausdruck des Maßes an republikanischer Offenheit und Toleranz, das in einer Gesellschaft zu finden ist. Auf der anderen Seite produzieren sie die Konfliktstruktur stets aufs Neue und sind damit Bestandteil des gesellschaftlichen Kampfes um kulturelle Hegemonie.<sup>103</sup> Vor diesem Hintergrund ist die Ausweitung transnationaler Strafvorschriften, die die Leugnung, Billigung, Verharmlosung oder Rechtfertigung von immer mehr geschichtlichen Ereignissen unter Strafe stellen, mehr als bedenklich.

99 Zu entsprechenden Strategien in der ehemaligen DDR und zur Funktion, zu den Handlungsspielräumen und Produktionsbedingungen, zur Rolle und zu den Aufgaben der Geschichtswissenschaft in der DDR: Sabrow, *Das Diktat des Konsenses*, 2001; ders., „Beherrschte Normalwissenschaft“, *Geschichte und Gesellschaft* 24 (1998), S. 412, vor allem S. 422 ff. Ebenfalls hierzu, jedoch konzentriert auf das Verhältnis der DDR-Geschichtswissenschaft zur nationalsozialistischen Vergangenheit: Kappner, *Erstarnte Geschichte*, 1999, S. 39 ff.; Herf, *Zweierlei Erinnerung*, 1998, sowie die Beiträge von: Groehler (S. 17 ff.); Danyel (S. 31 ff.); Lemke (S. 61 ff.); Frei (S. 125 ff.) und Timm (S. 213 ff.), in: Danyel (Hrsg.), *Die geteilte Vergangenheit*, 1995.

100 Lorenz (Fn. 76), S. 34.

101 Koselleck (Fn. 77), S. 29.

102 Zur Geschichte „als Gegengeschichte, als Reservoir gleichsam unterdrückter Traditionen“, die dem „totalisierenden Anspruch offizieller Geschichtskonstruktionen [...] das fragmentierte Gedächtnis entgegengestellt, das oppositionelle Minderheitengeschichte zur Sprache bringt“: Sandner, *Hegemonie und Erinnerung*, *ÖZP* 30 (2001), S. 5 (8 und 9).

103 Zu kultureller Hegemonie im Kontext von Geschichts- und Vergangenheitspolitik: Sandner (Fn. 102), S. 5. Siehe hierzu auch: Langewiesche (Fn. 82), S. 36.