

Antisemitismus als Herausforderung für das bundesdeutsche Strafrecht

Ein juristisch-historischer Blick »zurück in die Zukunft«

Martin Heger

I. Einführung

Vor drei Jahren erreichte der Antisemitismus das deutsche Strafrecht – nicht dass es davor nicht schon lange antisemitische Straftaten gegeben hat und diese auch von der Strafjustiz verfolgt und geahndet worden wären; allein: im Strafgesetzbuch (StGB) gab es bis zum 2.4.2021 keinerlei expliziten Anhalt in diese Richtung. Mit Wirkung zum 3.4.2021 wurde in die den abstrakt festgestellten Strafraumen konkretisierende Strafzumessungsregel des § 46 II ¹ das Wort »antisemitisch« eingefügt; seither lautet dieser Halbsatz wie folgt: »Dabei kommen namentlich in Betracht: Die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche, antisemitische oder sonstige menschenverachtende«. ²

Da seit 2015 bereits die übrigen strafscharfend zu berücksichtigenden Beweggründe bzw. Ziele in der Norm genannt sind, waren antisemitische Motive – entweder als »rassistische« oder als sonstige menschenverachtende – schon vor 2021 zu berücksichtigen. ³ Diese Rückwirkung der Strafzumessungsregel auch auf antisemitische Beweggründe und Ziele hat zur Konsequenz, dass die Strafschärfung für Taten bereits ab dem 1.8.2015 – dem Inkrafttreten der Einfügung der ersten solchen Motive als Strafschärfungsgründe in § 46

1 §§ ohne nähere Bezeichnung sind solche des StGB. Entsprechend der Gesetzesfassung wird im Text das generische Maskulin verwendet; bei der Wiedergabe von Fällen folgt die Geschlechtszuschreibung derjenigen in der Entscheidung.

2 Dazu *Martin Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger (Hg.), StGB (2023), § 46, Rn. 33b.

3 *Julia von Eitzen*, Rassistische und fremdenfeindliche Gewalttaten in Deutschland vor dem Hintergrund internationaler Vorgaben und Entwicklungen (2021), S. 359.

II – anwendbar ist; das gilt umso mehr, als eine Erfassung antisemitisch motivierter Handlungen durch diese Strafzumessungsregel dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers entsprochen hat und sich gerade darin äußerte, dass unmittelbar nach der Regelung von 2015 eine explizite Aufnahme auch von »Antisemitismus« in diese Reihung zunächst noch mit dem Argument abgelehnt wurde, dieser sei bereits erfasst.⁴ Nulla poena sine lege steht also nicht entgegen, wenn für Taten zwischen dem 1.8.2015 und dem 2.4.2021 antisemitische Motive als menschenverachtende Beweggründe erfasst werden können (und angesichts des Willens des historischen Gesetzgebers auch müssen). Auch wenn damit die erste explizite Bezugnahme auf Antisemitismus in einem deutschen Strafgesetz (wohl) nichts an der Rechtslage geändert hat (allerdings steht mit der Explizierung definitiv fest, dass alle – und nicht etwa bloß besonders massive – Formen von Antisemitismus unter diese Strafschärfungsklausel fallen), ist es doch ein wichtiger Schritt, um sichtbar zu machen, dass antisemitisch motivierte Straftaten angesichts dieses Beweggrundes bzw. Zieles als Hate speech bzw. Hate crime nicht mehr bloß mit der bei abstrakter Betrachtung allein des Strafrahmens möglichen Mindeststrafe belegt werden dürfen.⁵

§ 46 II 2 begründet damit für alle Straftaten eine Erhöhung des Strafrahmens gegenüber dem gesetzlichen Minimum in Form einer Strafrahmenuntergrenze. Wenn mithin die in Rede stehende Straftat – welcher Art auch immer – aus antisemitischen Beweggründen oder mit solcher Zielsetzung durchgeführt worden ist, muss der Täter mit einer im Minimum erhöhten Bestrafung rechnen; verbunden ist dies obendrein – und das eben erst mit der Explizierung von »Antisemitismus« als Strafschärfungsgrund – mit einem entsprechenden Labeling in den Urteilsgründen, die sich ja zu der Strafzumessung in concreto verhalten müssen.

Zwei Ausnahmen von der erhöhten Bestrafung sind zu nennen: Erstens passt diese natürlich nicht für Mordtaten angesichts der in § 211 zwingend vorgegebenen Höchststrafe, auch wenn es sich bei Antisemitismus als Motiv fraglos um einen niedrigen Beweggrund – vom Bundesgerichtshof (BGH) wohl unter »Rassenhass« erfasst⁶ – handelt; zweitens passt diese nicht für einige der nachfolgend näher zu beschreibenden Delikte, die heute gleichsam den Besonderen Teil des Anti-Antisemitismus-Strafrechts bilden und angesichts der re-

4 Julia von Eitzen (Fn. 3), S. 359.

5 Vgl. Martin Heger (Fn. 2), § 46, Rn. 33b.

6 Dazu grundlegend BGHSt 18, 19.

gelmäßig dahinter stehenden kommunikativen Akte auch als Hate speech anzusprechen sind. Grund ist das in § 46 III geregelte Doppelverwertungsverbot, wonach »Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, ... nicht berücksichtigt werden« dürfen.⁷

Wenn sich Antisemitismus etwa im Leugnen des Holocausts manifestiert, ist – weil dieses ja den Kern von § 130 III bildet – eine Strafschärfung wegen antisemitischer Motivation über § 46 II 2 nicht statthaft;⁸ das gilt auch für die sonstige menschenverachtende Motivation, und zwar nicht nur weil das »sonstige« letztlich bedeutet, dass seit der Explizierung des Antisemitismus die danach genannte Menschenverachtung nicht mehr diese Fälle erfassen soll, sondern weil das Leugnen des Holocausts regelmäßig und typischerweise einer menschenverachtenden und rassistischen Gesinnung entspringt.⁹

Vor diesem Hintergrund sollen im Folgenden die Aspekte des strafrechtlichen Umgangs mit Antisemitismus in der Bundesrepublik Deutschland ab 1949 beleuchtet werden. Dabei möchte ich mich bis zur Wiedervereinigung auf das westdeutsche Recht beschränken, weil dieses formal bis heute – wenn gleich mit Änderungen – fort gilt, aber auch, weil in der DDR ein offensichtlich abweichendes Verständnis von Antisemitismus vor allem unter dem irreführenden – und bis heute noch gelegentlich bemühten – Konzept eines bloßen Antizionismus in Form einer Israelfeindlichkeit staatlicherseits gepflegt wurde,¹⁰ weshalb der gerade in diesem Konzept liegende Antisemitismus nicht wirksam strafrechtlich bekämpft werden konnte.¹¹

7 *Martin Heger* (Fn. 2), § 46, Rn. 45.

8 *Martin Heger* (Fn. 2), § 46, Rn. 33b.

9 *Julia von Eitzen* (Fn. 3), S. 359.

10 Vgl. nur *Sebastian Voigt*, Das Verhältnis der DDR zu Israel, bpb vom 28.3.2008, <https://www.bpb.de/themen/naher-mittlerer-osten/israel/45014/das-verhaeltnis-der-ddr-zu-israel/> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023); *Thomas Haury*, »Antizionismus« in der frühen DDR, bpb vom 3.12.2020, <https://www.bpb.de/themen/antisemitismus/dossier-antisemitismus/322325/antizionismus-in-der-fruehen-ddr/> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

11 Ausführlich zu Geschichte und Inhalt des DDR-Strafrechts *Moritz Vormbaum*, Das Strafrecht der DDR (2015).

II. Die Beleidigung als Allheilmittel

1. Ehrverletzung durch Titulierung als »Jude«?

Als in den 1950er Jahren in der Bundesrepublik – angesichts der weitestgehend zum Erliegen gekommenen strafrechtlichen Verfolgung nazistischer Verbrechen wenig verwunderlich – der zwar zurückgedrängte, aber natürlich weiterhin virulente Antisemitismus sich in jüdenfeindlichen Äußerungen und Hakenkreuzschmierereien auf jüdischen Friedhöfen Bahn gebrochen hatte,¹² stand die westdeutsche Justiz vor der Frage, wie solche Taten strafrechtlich geahndet werden konnten.¹³ Zwar war 1951 mit dem (nachmalig: ersten) Strafrechtsreformgesetz im bundesdeutschen Strafrecht wieder ein Staatsschutzstrafrecht verankert worden,¹⁴ doch diente dies allein der Bekämpfung tatsächlicher oder vermeintlicher Bedrohungen aus der DDR bzw. von kommunistischen Kräften; gegen antisemitische Agitation gab es kaum Vorkehrungen. Da Beschimpfungen der jüdischen Religion oder der jüdischen Gemeinden als solche nicht in Rede standen, konnte der bis in die Weimarer Republik gelegentlich angewandte Blasphemie-Tatbestand des § 166 nicht helfen.¹⁵ Auch eine üble Nachrede oder Verleumdung, die gem. §§ 186, 187 tatbestandlich jeweils das Behaupten einer ehrenrührigen Tatsache erforderten, wurde für die Bezeichnung als »Jude« – mit Recht – abgelehnt.¹⁶ Der einzige Tatbestand, der gegen jüdenfeindliche Äußerungen in Stellung gebracht werden konnte, blieb daher die Beleidigung gem. § 185; eine solche Strafbarkeit wurde etwa erwogen, wenn – nicht unähnlich der Schmierereien in der NS-Zeit auf die Schaufenster von Geschäften jüdischer Inhaber – auf einem Wahlplakat in Bezug auf einen Bewerber das Wort »Jude« geschmiert wurde.¹⁷ Einerseits ist eine Strafverfolgung angesichts der offensichtlichen und für die Zeitgenoss:innen unmissverständlichen Nähe zu entsprechenden Titulierungen aus der NS-Zeit verständlich, andererseits – nimmt man die

12 Eine Liste aller antisemitischen Straftaten seit dem Ende des zweiten Weltkrieges bis Anfang 2020 findet sich bei *Ronen Steinke*, Terror gegen Juden – Wie antisemitische Gewalt erstarkt und der Staat versagt (2020), S. 149ff.

13 Vgl. dazu *Uffa Jensen*, Ein antisemitischer Doppelmord – Die vergessene Geschichte des Rechtsterrorismus in der Bundesrepublik (2022), S. 176ff. (m. w. N.).

14 BGBl. 1951 I, S. 739.

15 Vgl. dazu *Christoph Jahr* in diesem Band.

16 BGHSt 8, 325.

17 Vgl. BGHSt 8, 325.

gängige Definition der Beleidigung ernst – ist natürlich fragwürdig, warum in der bloßen – sei es richtigen oder unzutreffenden – Zuschreibung einer Religionszugehörigkeit angesichts der durch Art. 3 GG formal eigentlich erreichten Gleichheit aller Religionsgemeinschaften eine Ehrverletzung zu sehen sein sollte. Klar war aber – und ist es leider bis heute – dass jedenfalls in einem nicht unerheblichen Teil der Bevölkerung angesichts von Stereotypen oder Ressentiments genau dieser Beleidigungserfolg gegenüber dem als »Jude« Markierten eingetreten ist. Der BGH entschied dazu 1955:

»Indessen stellt die Äußerung über die jüdische Abstammung O.s in dem Zusammenhange, in dem sie gemacht wurde, und unter den gegebenen Umständen eine Beleidigung i.S. des § 185 StGB dar. Beleidigung begeht im allgemeinen, wer einer anderen Person ungerechtfertigt seine Mißachtung kundgibt. Im Unterschied zu § 186 StGB kommt es für die Anwendung des § 185 StGB also nicht auf die objektive Eignung der Äußerung an, sondern auf den erkennbaren Sinn, den der Täter seiner Äußerung beilegt.«¹⁸

Der letzte Satz wird heute oft verallgemeinernd so verstanden, dass nicht der objektive Gehalt der Äußerung, sondern vor allem der damit verbundene, vom Täter dieser beigelegte Sinn maßgeblich sein soll (meint mithin der Täter mit der Bezeichnung als »Jude« erkennbar eine Abwertung der damit titulierten Person, kommt es – so der BGH – nicht darauf an, ob das Jude-Sein objektiv negativ, positiv oder neutral bewertet wird). Dem wird dann eine Normativierung dergestalt entgegengestellt, dass es darauf ankomme, ob die Bezeichnung normativ ehrmindernd gemeint sein könne oder nicht; das wird etwa heute für Homosexualität anders gesehen als bis Anfang der 1990er Jahre.¹⁹ Im Prinzip ist dies auch überzeugend, doch greift dies zumindest mit Blick auf das BGH-Zitat zu kurz, denn darin wird ja auch auf die gegebenen Umstände – d. h. wohl die konkrete Situation im Raum Braunschweig 1955 – abgestellt. Es ist keineswegs unwahrscheinlich, dass zehn Jahre nach dem formalen Ende der Judenvernichtung im NS-Staat von vielen Personen das Jüdischsein einer Person nach wie vor (oder wieder) als Makel angesehen worden ist – und dies auch, aber keinesfalls nur vom Täter (wäre es aus erkennbarer Tätersicht kein Makel, wäre die Bezeichnung nicht im Rechtssinne beleidigend). Dafür spricht nicht nur das in dieser Zeit in Justiz wie Gesellschaft faktische Totschweigen

18 BGHSt 8, 325, 326.

19 Allg. Jasmin Daniela Finger, Homophobie und Strafrecht (2016).

der NS-Gräuel, sondern auch das politische Umfeld: Mit dem Bundesvorsitzenden der Deutschen Partei (DP) *Heinrich Hellwege* kam 1955 in Niedersachsen der bislang einzige politisch deutlich rechts von der Union positionierte Ministerpräsident an die Macht.²⁰ Auch wenn – wie der BGH zur üblen Nachrede zuvor zu Recht festgestellt hat – schon angesichts von Art. 3 III GG die bloße Zuschreibung einer Religionszugehörigkeit als solche niemanden verächtlich zu machen vermag, war doch retrospektiv wohl nicht so weit hergeholt, dass trotz dieser wieder erreichten formalen Gleichheit aller Religionen und Weltanschauungen im Staat des Grundgesetzes angesichts der unverändert oder vielleicht sogar wieder vorherrschenden Umstände die Zuschreibung als »Jude« im Umfeld – und sei es der Verfassungsordnung zuwider – ein negatives Merkmal sein konnte.

Insofern habe ich Zweifel, ob man dieses Urteil allein auf den Widerstreit von subjektiver Missbilligungsabsicht und objektiver Wertung der Rechtsordnung zurückführen kann, wie es ein viel zitiertes Urteil des LG Tübingen in Bezug auf eine mögliche Beleidigung als Homosexueller tut:

»Entscheidend ist aber, dass sich das Strafrecht in einem Widerspruch zu dem verfassungsrechtlich begründeten Antidiskriminierungsansatz begeben würde, wenn die Bezeichnung als »homosexuell« als ehrmindernd und herabsetzend bewertet würde. Darin käme gerade die Diskriminierung zum Ausdruck, die von Rechts wegen nicht mehr sein soll. Insoweit verhält es sich nicht anders wie mit sonstigen Bezeichnungen einer sexuellen Präferenz wie »bisexuell« oder »heterosexuell« oder mit Bezeichnungen einer religiösen Zugehörigkeit wie Katholik oder Jude – und zwar völlig unabhängig davon, ob der Erklärungsempfänger der betreffenden Personengruppe angehört.«²¹

Das OLG Celle führte 2003 aus, dass die Bezeichnung einer Person als »Jude« und (zusätzlich) in Verbindung der behaupteten Zugehörigkeit zu einer »fremdvölkischen Minderheit« wegen der Assoziation zur nationalsozialistischen Rassenlehre grundsätzlich zur Herabwürdigung geeignet ist.²² Allerdings bedarf es m. E. einer expliziten Behauptung der angeblichen Fremdartigkeit nicht, wenn eine dahingehende Tätersicht sich angesichts der

20 Ausführlich *Matthias Frederichs*, Niedersachsen unter dem Ministerpräsidenten Heinrich Hellwege (1955–1959) (2010).

21 LG Tübingen, NSTZ 2013, 10.

22 OLG Celle, NSTZ-RR 2004, 107.

Umstände aus der formal neutralen Titulierung als »Jude« etc. ergibt (das dürfte vielfach für eine solche Bezeichnung auf Berliner Schulhöfen zutreffen, ebenso wie im übrigen für die dortige Titulierung als »Schwuler«).

2. Das Antragserfordernis

Allerdings blieb die Beleidigung die ersten vier Jahrzehnte nach Kriegsende absolutes Antragsdelikt. Ein:e in der NS-Zeit als Jüdin:Jude Verfolgte:r musste angesichts der gerade auch vor diesem historischen Kontext offensichtlich negativ konnotierten erneuten Zuschreibung als ebensolche:r selbst eine Strafverfolgung durch den Nachfolgestaat des sog. Dritten Reiches einfordern. In Bezug auf die Verfolgung wegen Verunglimpfung des Angedenkens Verstorbener – zugespitzt gesagt: Ermordeter – wurde dieses Antragserfordernis mit dem EGStGB vom 2.3.1974²³ zum 1.1.1975 eingeschränkt. In § 194 II wurde folgender Satz 2 eingefügt:

»Hat der Verstorbene keine Antragsberechtigten hinterlassen oder sind sie vor Ablauf der Antragsfrist gestorben, so ist kein Antrag erforderlich, wenn der Verstorbene sein Leben als Opfer einer Gewalt- und Willkürherrschaft verloren hat und die Verunglimpfung damit zusammenhängt.«

Da bei der Beleidigung lebender Personen zumindest diese als Antragsteller noch in Betracht kommen, sah der Gesetzgeber zunächst von einem Gleichlauf auch für § 185 StGB ab. Erst zehn Jahre später erreichte diese Relativierung des Antragserfordernisses auch öffentlich begangene Beleidigungen durch Aufnahme folgenden Satz 2 in § 194 I StGB²⁴:

»Ist die Tat durch Verbreiten oder öffentliches Zugänglichmachen einer Schrift (§ 11 Abs. 3), in einer Versammlung oder durch eine Darbietung im Rundfunk begangen, so ist ein Antrag nicht erforderlich, wenn der Verletzte als Angehöriger einer Gruppe unter der nationalsozialistischen oder einer anderen Gewalt- und Willkürherrschaft verfolgt wurde, diese Gruppe Teil der Bevölkerung ist und die Beleidigung mit dieser Verfolgung zusammenhängt.«

23 BGBl. 1974 I, S. 469.

24 BGBl. 1985 I, S. 425.

III. Strafbarkeit als Volksverhetzung

Die Strafnorm gegen Volksverhetzung in § 130 war spätestens nach ihrem Umbau im Jahr 1960 der Ausgangspunkt von Diskussionen über den »richtigen« strafrechtlichen Umgang mit antisemitischen Äußerungen und vor allem – und das bis heute unvermindert – mit der sog. Auschwitz-Lüge (seit dem 1.12.1994²⁵ vor allem in Bezug auf die dafür speziell ausgerichtete Strafnorm gegen Holocaust-Leugnen in § 130 III). Inzwischen – seit dem 9.12.2022 – hat § 130 nicht weniger als acht Absätze.²⁶

1. Der Ausgangstatbestand

Zwischen der mit dem 6. StÄG vom 30.6.1960²⁷ zum 4.8.1960 erfolgten Neufassung von § 130 StGB und dem 30.11.1994 beschränkte sich der Tatbestand auf folgende knappe Umschreibung:

»Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, die Menschenwürde anderer dadurch angreift, daß er

1. zum Haß gegen Teile der Bevölkerung aufstachelt,
2. zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordert oder
3. sie beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet,

wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.«

Angesichts der dieser Gesetzesreform vorausgegangenen umfangreich aufgetretenen antisemitischen Schmierereien war klar, dass das Hauptziel dieser Reform in der Erfassung zumindest schwerwiegender antisemitischer Äußerungen liegen sollte – und zwar gerade auch solcher, die man auch mit dem Beleidigungstatbestand beim besten Willen nicht mehr erfassen konnte. Die mit Blick auf den aktuellen Tatbestand ausgemachten Probleme etwa mit den Begriffen der »Rasse«, »Religion« oder »Herkunft«, die jeweils das Phänomen des Antisemitismus nicht wirklich zu erfassen vermögen und obendrein sprachliche Kollateralschäden mit sich bringen, stellten sich in den 34 Jahren dieses Tatbestandes nicht, denn die Tathandlung musste sich schlicht gegen als solche abgrenzbare Teile der Bevölkerung – wie auch immer diese definiert sein

25 BGBl. 1994 I, S. 3186.

26 BGBl. 2022 I, S. 2146.

27 BGBl. 1960 I, S. 478.

mögen – richten; auch der Angriff auf deren Menschenwürde erforderte keine nähere Bestimmung der möglichen Teilgruppen, so dass etwa – wie bei Antisemitismus typisch – die in Deutschland lebenden Jüdinnen:Juden als Opfergruppe problemlos erfasst werden konnten.

Betrachtet man aber nun die drei Tathandlungen, zeigt sich, dass viele gegen diese und andere Gruppen gerichteten Verbalattacken nicht erfasst wurden. Das lässt sich vor allem mit Blick auf das Ableugnen des Holocausts zeigen, denn das Inabredestellen der historischen Tatsache der Ermordung großer Teile der europäischen Jüdinnen:Juden durch das NS-Regime war zwar eine infame Lüge und bediente in der Bevölkerung latent vorhandene antisemitische Ressentiments, stachelte aber deshalb noch nicht notwendig zum Hass gegen Jüdinnen:Juden auf, musste nicht notwendig in Willkürmaßnahme gipfeln und beschimpfte oder verleumdete sie auch nicht stets – wenngleich dies oft der Fall sein mochte. Das Ergebnis war, dass die Rechtsprechung differenzierte zwischen der sog. einfachen Auschwitz-Lüge, dem bloßen Verleugnen des Holocausts, und der sog. qualifizierten Auschwitz-Lüge;²⁸ nur wenn in letzterem Sinne dieses Verleugnen verbunden wurde mit Unterstellungen gegen heute lebende Jüdinnen:Juden, wie, dass diese durch die Erfindung des Holocausts nur Geldzahlungen erlangen wollten, oder wenn zu einer Wiederholung dessen aufgefordert wurde, konnte dies als Volksverhetzung bestraft werden. Umgekehrt stellte der BGH fest, dass nach damaliger Rechtslage das bloße Bestreiten der Gaskammernmorde den Tatbestand von § 130 StGB nicht erfüllt hat.²⁹ Dass diese nur rudimentäre Strafbarkeit der Auschwitz-Lüge der Verbreitung derselben gerade in neonazistischen Kreisen nicht gerecht wurde, zeigte sich immer mehr. Es bedurfte aber noch eines Fehlurteils des LG Mannheim, das den früheren NPD-Vorsitzenden *Decker* zwar angesichts des Ableugnens des Holocausts wegen Volksverhetzung verurteilte, ihm bei der milden Strafzumessung aber zugutehalten wollte, er habe dabei uneigennützig und in einem vermeinten – wiewohl verfehlten – Gemeininteresse gehandelt.³⁰

28 BGHSt 40, 97.

29 BGHSt 40, 97, 100.

30 LG Mannheim, NJW 1994, 2494. Es folgte ein – berechtigter – Sturm in den Medien. Vgl. etwa *Hanno Kühnert*, Mit Blindheit geschlagen, in *Die ZEIT* vom 19.8.1994, <http://www.zeit.de/1994/34/mit-blindheit-geschlagen> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023); im *SPIEGEL* vom 14.8.1994 bzw. 20.11.1994 wurden Artikel über die beteiligten Richter überschrieben mit »Schlag ins Gesicht«, <https://www.spiegel.de/politik/schlag-ins-gesicht-a-b54e94c4-0002-0001-0000-00001368431> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023)

2. Die Strafbarkeit des Leugnens des Holocausts und des Verherrlichens der NS-Gewaltherrschaft

Mit diesem Urteil des LG Mannheim wachte der Gesetzgeber endlich auf, fasste § 130 insgesamt neu und fügte mit Absatz 3 nunmehr einen eigenen Tatbestand gegen jede Art der Auschwitz-Lüge ein (2002 modifiziert):

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

Diese Strafnorm ist bis heute zentrales Element der Bekämpfung historisch begründeter antisemitischer Äußerungen. Dazu kam 2004 ein weiterer Absatz 4, der auch das bloße Verherrlichen der NS-Gewaltherrschaft unter Strafe stellte und damit Verleugnung, Relativierung und Rechtfertigung insbesondere des Völkermords an den europäischen Jüdinnen:Juden erfasste.

Die Strafbarkeit der Auschwitz-Lüge war insofern problemlos mit der grundrechtlich garantierten Meinungsfreiheit zu vereinbaren, als es sich bei der Massenvernichtung der Jüdinnen:Juden um eine unumstößliche Tatsache handelte; ihre Leugnung war und ist als falsche Tatsachenbehauptung nicht von Art. 5 I GG geschützt. Komplexer stellte sich die grundrechtliche Rechtfertigung von § 130 IV dar, denn ein Verherrlichen etc. der NS-Gewaltherrschaft war rechtlich gesehen definitiv eine Meinungsäußerung; und weil sich dieser Tatbestand nur gegen solche Äußerungen in Bezug auf die NS-Herrschaft und nicht etwa auch den Stalinismus etc. richtete,³¹ war es beim besten Willen nicht mehr ein allgemeines Gesetz, bei dem Meinungsäußerungen ohne Rücksicht auf die darin zum Ausdruck gekommene Meinung strafbewehrt sind.³² Das Bundesverfassungsgericht hat bekanntlich in seinem Wunsiedel-Beschluss von 2009 diese Umstände zwar konstatiert, zugleich aber eine Rechtfertigung des damit verbundenen Eingriffs in die Meinungsfreiheit daraus hergeleitet, dass dem Grundgesetz insgesamt ein minimaler Anti-

bzw. »Narrenfreiheit für Juristen?«, <https://www.spiegel.de/politik/narrenfreiheit-fue-r-juristen-a-53997ab8-0002-0001-0000-000009292917?context=issue> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

31 Vgl. *Martin Heger*, Gleichheit und materielles Strafrecht, in: ZIS (2011), S. 402–415 (410).

32 BVerfGE 124, 300.

Faschismus zugrunde liege, weshalb eine neonazistische Verherrlichung des Faschismus gleichsam dem Grundgesetz den Boden entziehen würde.³³

Da die Holocaust Leugner:innen international agieren und sich mit dem Internet neue Möglichkeiten grenzüberschreitender Desinformation aufgetan haben, kam es an der Jahrtausendwende zu Diskussionen, ob etwa das Zeigen des Hitlergrußes vor deutschen Fernsehkameras am Rande eines Länderspiels in Warschau oder das Leugnen des Holocausts via Internet aus Australien in Deutschland wegen Verwendung von NS-Abzeichen bzw. Volksverhetzung strafbar sein könnten,³⁴ ohne dass jemand im Inland selbst aktiv geworden wäre. Gerade mit Blick auf die Volksverhetzung via Internet verfolgte der BGH im Thoeben-Urteil Anfang des 21. Jahrhunderts eine extrem extensive Linie und postulierte, dass bereits dann ein Tatort auch im Inland anzunehmen und deshalb deutsches Strafrecht anzuwenden sei, wenn die Internet-Lügen im Inland abgerufen werden könnten.³⁵ Dies war und ist freilich vom Wortlaut des § 9 I nicht mehr gedeckt, denn angesichts der Struktur von § 130 III als einem potenziellen Gefährdungsdelikt kann es den von § 9 geforderten zum Tatbestand gehörenden Erfolg streng genommen nicht geben.³⁶ Das sieht zwischenzeitlich auch der BGH so und kehrte von seiner Rechtsprechung ab, so dass heute das Holocaust-Leugnen via Internet aus dem Ausland nicht mehr als solches strafbar sein kann.³⁷

Konjunktur hat der Tatbestand in jüngster Zeit nicht mehr nur im Leugnen der Judenvernichtung, sondern in der letzten Tatvariante – deren Verharmlosen. Beispiele aus den letzten Jahren sind jeweils gelbe Davidsterne, in denen statt des Wortes »Jude« – wie im Nationalsozialismus – etwa »Ungeimpft« steht.

Teilweise wird behauptet, die »Ungeimpft«-Sterne würden den Holocaust nicht verharmlosen, sondern – zumindest aus Sicht derjenigen, die diese Sterne verwenden – ja gerade bezeichnen, dass es sich dabei um großes Unrecht handelte, nun aber erneut Unrecht geschehe. Insofern sei zumindest kein Vorsatz gegeben. Diese Argumentation ist m. E. aber evident falsch. Für § 130

33 BVerfGE 124, 300.

34 Bejahend – freilich zu Unrecht – KG 1999, 3500.

35 Vgl. BGHSt 46, 212 (Fall »Thoeben«).

36 Dazu grundlegend *Martin Heger*, Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts (2009), S. 250ff.

37 BGH NSTZ 2015, 81; 2017, 146.

III genügt bedingter Vorsatz (vgl. § 15). Dieser Vorsatz muss sich beim Verharmlosen nur darauf beziehen, dass das als Vergleich gewählte Beispiel nicht annähernd so schwer wiegt wie die Massenvernichtung der europäischen Jüdinnen:Juden. Zwar mag danach ein Vergleich mit einer anderen Diktatur – auch wenn diese nicht so viele Opfer hatte – zulässig sein; doch geht es hier ja um einen Vergleich mit einer objektiv viel harmloseren Sache. Dass diese Unrecht (aus Sicht des:der Täter:in) darstellen mag, ist irrelevant, wenn er:sie annimmt, dass objektiv dieses Unrecht nicht vergleichbar ist. Sonst könnte ja jemand auch einen aus seiner Sicht zu Unrecht verhängten Strafzettel (dessen »Opfer« er zu sein vermag) mit dem Holocaust vergleichen. Das zeigt die Absurdität der Argumentation. Es geht um die Vergleichbarkeit des Unrechts und nicht darum, (angeblich) Opfer von irgendwelchem (aber eben nicht vergleichbaren!) Unrecht zu sein. Der Vorsatz würde nur entfallen, wenn der:die (dann freilich grenzdebile) Täter:in denken würde, das von ihm genannte Unrecht sei nicht nur aus seiner Sicht schlimm, sondern objektiv mit dem Holocaust vergleichbar. Das gleiche muss gelten, wenn jemand – wie in anderen Fällen geschehen – »AfD-Wähler«, »SUV-Fahrer« oder nach Beginn des russischen Aggressionskriegs gegen die Ukraine »Russe« in den gelben Stern schreibt.

3. Der aktuelle Grundtatbestand

Der heutige Volksverhetzungstatbestand in § 130 I hat folgenden Wortlaut:

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

Nicht auf die Shoah bezogene antisemitische Äußerungen sollten je nachdem ob sie öffentlich oder medial verbreitet worden sind, durch die 1994 ebenfalls runderneuerten Absätze 1 und 2 erfasst werden; diese wurden vor dem Hin-

tergrund des EU-Rahmenbeschlusses gegen Rassismus und Xenophobie von 2008 im Jahr 2011 ausgeweitet, sodass es seither nicht mehr darauf ankommt, dass der:die Täter:in eine bestimmte Gruppe adressiert; vielmehr genügt, wenn der Hass gegenüber einem:einer einzelnen wegen dessen Zugehörigkeit zu einer solchen Gruppe artikuliert wird.

Die erwähnte Kritik an den einzelnen Merkmalen der Gruppen ändert nichts daran, dass – wie zu dem insoweit völlig offenen und damit eben völlig klaren Vorgängertatbestand – davon gerade auch antisemitische Angriffe auf jüdische Gruppen und Gemeinden sowie deren Mitglieder erfasst sein sollen. Selbst wenn eine Subsumtion unter Merkmale wie »rassisch« schwerfallen mag, sind diese jedenfalls Teile der Bevölkerung; erfasst sind damit auch hier lebende Ausländer:innen wie Israelis. Da der Gruppen-Begriff ohne Bezug auf die Bevölkerung auskommt, könnten darunter sprachlich selbst im Ausland lebende Personengruppen verstanden werden, doch käme es im Regelfall schon deshalb nicht zu einer Strafbarkeit, weil die Gefahr für den öffentlichen Frieden im Inland eingetreten sein muss.³⁸ Relevanz könnte dies etwa haben, wenn man im Inland gegen eine Gruppe nach Israel emigrierter Jüdinnen:Juden in einer Weise hetzt, dass aufgetretene Zuhörer:innen hierzulande unfriedlich reagieren könnten.

IV. Das Vorfeld der Volksverhetzung – zurück zur Beleidigung?

Ein halbes Jahr nach der Aufnahme des Begriffs »Antisemitismus« in das StGB ist dann der Tatbestand der Volksverhetzung vorverlagert und dabei – aus meiner Sicht zu Unrecht – wieder in die eigentlich nicht mehr wirklich einschlägigen Ehrdelikte eingereiht worden. § 192a hat heute – kürzlich sprachlich minimal modifiziert – folgenden Wortlaut:

»Wer einen Inhalt (§ 11 Absatz 3), der geeignet ist, die Menschenwürde anderer dadurch anzugreifen, dass er eine durch ihre nationale, rassische, religiöse oder ethnische Herkunft, ihre Weltanschauung, ihre Behinderung oder ihre sexuelle Orientierung bestimmte Gruppe oder einen Einzelnen wegen dessen Zugehörigkeit zu einer dieser Gruppen beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet, an eine andere Person, die zu einer der

38 Näher Martin Heger, Antisemitismus als Herausforderung für die Strafjustiz – eine Fallstudie, in: GRZ (2023), S. 66–69 (67).

vorbezeichneten Gruppen gehört, gelangen lässt, ohne von dieser Person hierzu aufgefordert zu sein, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.«

Es ist hier nicht der Ort, die Norm en détail zu betrachten.³⁹ Dass die für § 130 I angesprochene Kritik am Wording auch hier gilt, bedarf keiner Ausführungen. Allerdings ging es bei dieser Norm letztlich um etwas anderes: Es sollte der Fall erfasst werden, dass eine volksverhetzende Äußerung im Sinne des § 130 I allein deshalb nicht als solche strafbar sein konnte, weil mangels Öffentlichkeit der Äußerung der öffentliche Friede nicht gefährdet werden konnte; als Paradebeispiel wurde stets auch im Gesetzgebungsverfahren der leider nicht seltene Fall antisemitischer Briefe an Mitglieder des Zentralrats der Juden genannt. Angesichts dieser Lückenschließung wäre eine Lozierung dieses Tatbestandes zum Schutz der Menschenwürde – und eben nicht der persönlichen Ehre – im Umfeld von § 130 sinnvoller gewesen. Diese Lückenschließungsfunktion erhellt aber auch, dass § 192a wörtlich an § 130 I anschließt.

Dass § 192a in diesem Abschnitt deplatziert ist, zeigt sich schließlich daran, dass zwar unter bestimmten Voraussetzungen gem. § 395 III StPO für die Beleidigung, nicht aber auch für die verhetzende Beleidigung eine Nebenklagebefugnis vorgesehen ist. Konsequenterweise müsste man mindestens diese »nachreichen«, wobei man überlegen könnte, ob man nicht zugleich auch die Volksverhetzung gem. § 130 I, II, soweit sie sich nur gegen einen Einzelnen wegen der Zugehörigkeit zu einer Volksgruppe richtet, in den Kreis der Nebenklagedelikte aufnehmen sollte.⁴⁰

V. Antisemitismus und Allgemeindelikt

Während trotz der sprachlich unglücklichen Formulierungen in § 130 klar ist, dass vor dem Hintergrund des NS-Rassenwahns, der sich gerade in der Judenvernichtung niedergeschlagen hat, auch antisemitische Hetzreden in der Öffentlichkeit oder medial vermittelt als Volksverhetzung strafbar sind, taten

39 Dazu ausführlich demnächst *Laura Schwarz/Martin Heger*, Die verhetzende Beleidigung – ein neuer Straftatbestand zur Bekämpfung von Hasskriminalität, erscheint in der ZStW.

40 Näher ebd.

sich die Gerichte lange schwer damit, bei allgemeinen Straftaten die antisemitische Zielrichtung als solche zu erkennen, zu benennen und daraus Folgerungen zu ziehen. In negativer Hinsicht Berühmtheit erlangt hat insoweit die Verneinung antisemitischer Motivation bei einem Brandanschlag auf eine Synagoge (!) in Wuppertal. Die dahinterstehende Intention der Richter, jugendliche Täter mit ihrerseits nicht einfacher Migrationsgeschichte nicht zusätzlich zu belasten und deshalb das gegen ein Gotteshaus der Jüdinnen:Juden – und nicht gegen Israel – gerichtete Geschehen als »Israelkritik« ansehen zu wollen, führt dazu, dass Antisemitismus sozusagen in ein Gesamtsaldo der Strafzumessung eingestellt und durch andere Gründe marginalisiert werden kann.⁴¹

§ 46 II 2 n. F. zwingt das Gericht in solchen Fällen heute zum »Schwur« – und bewirkt in Bezug auf die Frage, ob Antisemitismus dahintersteht, eine umfängliche Revisibilität, denn die Strafzumessung ist zwar Domäne des:der Tatrichter:in, aber das gilt eben nicht auch für die Frage, ob die maßgeblichen rechtlichen Maßstäbe für die Konkretisierung des Strafrahmens richtig gezogen worden sind. Wird mithin aufgrund unrichtiger rechtlicher Würdigung Antisemitismus verneint – etwa weil man diesen Begriff zu eng ziehen und scheinbare »Israelkritik« mit Unrecht ausklammern will –, leidet das Urteil an einem revisiblen Rechtsfehler im Sinne von § 337 StPO.

VI. »In Stein gemeißelter Antisemitismus«

Im Sommer 2022 hat der VI. Zivilsenat des BGH entschieden, dass eine Gemeinde, deren Kirchbau seit dem Mittelalter u. a. das Relief einer »Judensau« ziert, nicht verpflichtet ist, dieses zu verdecken oder zu entfernen, weil die Gemeinde sich von diesem Motiv durch Erklärungen deutlich distanziert habe, weshalb eine Beleidigung der Jüdinnen:Juden im strafrechtlichen Sinne nicht mehr vorliege.⁴² Aus dem jahrhundertelangen Schandmal sei ein Mahnmal geworden. Da es um einen Zivilprozess ging musste der BGH darüber entscheiden, ob ein Anspruch des Klägers auf Entfernung des Reliefs besteht, was ange-

41 Mit Recht sehr kritisch zu der Rechtsprechung daher *Abraham Cooper/Yitzchok Adlerstein*, in Tagesspiegel vom 27.3.2017, <https://www.tagesspiegel.de/politik/wie-kann-ein-anschlag-auf-eine-synagoge-nicht-judenfeindlich-sein-3818683.html> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

42 BGH NJW 2022, 2406.

sichts einer sich davon distanzierenden Platteninschrift am Boden vor der Kirche verneint worden ist; weiterhin hat der Kläger begehrt festzustellen, dass in dem Relief eine Beleidigung liegt. Der BGH stellte fest, dass der Kläger als Jude durch die alle Juden als solche diffamierende Darstellung auf dem Relief in seinem Ehranspruch verletzt sein kann, doch sei eben durch die Platte gewordene Distanzierung der Gemeinde von diesem Inhalt heute keine Beleidigung im Sinne von § 185 als dem dafür in der Tat anzulegenden normativen Maßstab mehr anzunehmen.

Bedenkt man, dass dieser unbestimmte Tatbestand als Teil des Strafrechts letztlich allein deutlich machen soll, was jemand – der vorsätzlich gegen das dahinterstehende Verbot einer Beleidigung verstößt – zu erwarten hat, sieht man, dass auch diese Strafnorm vorliegend nicht erfüllt sein kann, denn ihre Urheber sind längst tot. Zwar mag man im Offensichtlichlassen der »Judensau« objektiv das Unterlassen des Unterbindens einer Ehrabschneidung gegenüber Jüdinnen:Juden erblicken – der Vorsitzende Richter des VI. Zivilsenats sprach von »in Stein gemeißelten Antisemitismus« –, doch steht dem dann das Fehlen eines aktuellen Beleidigungsvorsatzes gegenüber; das wird man in der Tat angesichts der klaren Gegenerklärungen nicht in Frage stellen können, doch verbindet sich angesichts des Zivilrechtsstreits – und eben nicht eines Strafverfahrens gegenüber dem Pfarrer der Gemeinde – durchaus die Frage, ob ein als Ergebnis einer vormaligen Tat bestehendes objektiv evident ehrverletzendes Machwerk allein deshalb in seiner Sichtbarkeit und damit auch Erkennbarkeit ungeschmälert sein soll, weil an einer anderen Stelle der Träger auch dieses Bauteils sich von dessen objektivem Erkennungswert zwischenzeitlich distanziert hat.⁴³

Losgelöst von der Rechtsfrage hätte neben einem Expert:innengremium auch die »Moral von der Geschichte« – so meine ich – der Kirchengemeinde nahegelegt, gerade angesichts der gegen die »Judensau« gerichteten Klage am Wirkungsort *Luthers*, der ja auch durch antisemitische Texte hervorgetreten ist, zu hinterfragen, ob deren offenbare Sichtbarkeit (trotz für Eingeweihte erkennbarer Distanzierung) nicht doch ein – zumindest moralisches – Problem darstellen könnte. Insoweit besteht m. E. eine gewisse Parallele zum Umgang mit aus vormaligen Kolonialgebieten entwendeten menschlichen Über-

43 In diese Richtung geht auch die Urteilsbesprechung von Marc-Philippe Weller/Greta Göbel, Antisemitische Schmähobjekte – zur Frage eines Beseitigungsanspruchs nach § 1004 BGB am Beispiel des Wittenberger Sandsteinreliefs, in: JZ (2023), S. 411–416.

resten oder kultischen Gegenständen.⁴⁴ Jenseits der Frage, ob aus damaliger oder heutiger Sicht ein Straftatbestand verwirklicht ist, gebietet die Verantwortung für früheres Unrecht wie auch die heute daraus resultierende wenigstens moralische Verpflichtung eine Abkehr davon, dass man solche Dinge im Zweifel auch *praeter legem* restituiert. Der gleiche Gedanke würde hier nahelegen, das Relief entweder zu verdecken oder in eine Gedenkstätte gegen Antisemitismus zu verbringen. Davon unverändert – und bar jeder Distanzierung – ausgehende öffentliche Diffamierungen des Klägers und aller anderer Jüdinnen:Juden, die es sehen müssen, erscheinen mir nicht zu rechtfertigen. Der frühere BGH-Richter *Thomas Fischer* drückt es daher aus meiner Sicht treffend aus:

»Hier muss man ernsthaft fragen, welchen berechtigten sozialen Sinn es haben soll, einzelne – und zudem noch besonders abstoßende – Manifestationen erniedrigender, abwertender und beleidigender Gedankeninhalte im öffentlichen Raum auszustellen, um den Bürgern mittels beigefügter Informationstexte – die man lesen kann oder auch nicht – vorzuführen, welch schlimme, entmenslichende Beleidigungen einzelner Bevölkerungsgruppen früher vorgekommen sind. Diese Frage gewinnt hier, im Unterschied zur allgemeinen Denkmalpflege, ganz besondere Bedeutung, weil die Frage, welche Folgen die zur Schau gestellte Beschimpfung für die Ausgrenzung der Gruppenmitglieder hatte, eindeutig und beantwortet und im Weltgedächtnis verankert ist. Zusammenhanglose, nicht erwartbare und nicht in weitere Zusammenhänge gestellte ›Ausstellungen‹ von Manifestationen des Judenhasses im öffentlichen Raum sind, ..., abwegig und verlieren diesen Charakter auch nicht dadurch, dass der Eigentümer sie zu privaten ›Gedenkstätten‹ oder zu Illustrationen vergangener Verirrungen erklärt. Das unterscheidet solche Werke von Darstellungen und Exponaten, die sich im Rahmen von Gedenkstätten und musealen Einrichtungen finden.«⁴⁵

44 Vgl. dazu *Sebastian Spitra*, Rechtsdiskurse um die Restitution von Kulturerbe mit kolonialer Provenienz, in: Dann/Feichtner/v. Bernstorff (Hg.), (Post)Koloniale Rechtswissenschaft (2022), S. 521–550.

45 *Thomas Fischer*, Ist das »Judensau«-Relief in Wittenberg eine Beleidigung?, Ito vom 6.6.2022, <https://www.ito.de/recht/meinung/m/eine-frage-an-thomas-fischer-judensau-wittenberg-beleidigung/> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

VII. Flaggenverbrennung

Betrachtet man Antisemitismus nicht vor dem Hintergrund darauf unmittelbar rekurrierender Strafvorschriften, erweitert sich der Blick in verschiedener Hinsicht. Ein Aspekt ist der als vermeintliche »Israelkritik« verpackte Antisemitismus, der sich gerade in Berlin und vor historischen Stätten immer wieder auch im Verbrennen israelischer Fahnen geäußert hat.⁴⁶ Dies war auch der Grund für die Neufassung des § 104, der in Absatz 1 Satz 2 und 3 nunmehr solche Handlungen gegenüber den Fahnen aller von der Bundesrepublik anerkannter Staaten unter Strafe stellt (und nicht mehr nur einen Angriff auf offiziell – etwa vor der Botschaft – aufgehängte Flaggen). In der Debatte im Rechtsausschuss war allen Beteiligten klar – und wurde auch thematisiert – dass es hier nicht um das Verbrennen irgendwelcher Fahnen irgendwelcher Staaten geht, sondern de facto allein um das Verbrennen der israelischen Flagge *coram publico*.⁴⁷ Dass der Gesetzestext sich nicht auf diesen einen, allein wohl praktischen Fall beschränkt, mag man bedauern, weil dadurch die eigentliche Zielrichtung – nämlich die Bekämpfung von aggressiv und öffentlich vorgebrachtem Antisemitismus in der Verpackung vermeintlicher »Israelkritik« – verloren gegangen ist; man muss es aber wohl akzeptieren, damit nicht der möglicherweise auch verfassungsrechtlich relevante Vorwurf eines Sondergesetzes erhoben werden kann.⁴⁸ Eine andere Frage ist natürlich, ob im Fall des Verbrennens just der israelischen Fahnen in – wie sicher zumeist – antisemitischer Intention zusätzlich noch die Strafzumessungsregel des § 46 II in Betracht zu ziehen ist; bedenkt man, dass eben wegen der genannten Überlegungen letztlich alle ausländischen Flaggen vor dem Strafgesetz gleich sein sollen, wäre die – freilich eben nur mit der israelischen Flagge verbundene – antisemitische Zielrichtung nicht schon im Tatbestand angelegt, so dass eine zusätzliche strafscharfende Berücksichtigung bei der Konkretisierung der Strafe nicht gegen das Verbot einer Doppelverwertung verstoßen dürfte. Konsequenz

46 Vgl. nur aus der Debatte im Bundestag am 14.5.2020 den SPD-MdB *Johannes Fechner*, BT-Plenarprotokoll 19/160, S. 19971.

47 *Martin Heger* (Fn. 2), § 104, Rn. 1.

48 Für Legitimierbarkeit auch nur des strafrechtlichen Schutzes der israelischen Flagge *Martin Heger*, Der strafrechtliche Schutz von Nation und Religion in Deutschland, in: Eveline Goodman-Thau/George Y. Kohler (Hg.), *Nationalismus und Religion – Hermann Cohen zum 100. Todestag* (2019), S. 31–38 (35 f.).

wäre, dass für das Verbrennen der israelischen Fahne in antisemitischer Tendenz nicht bloß die minimal mögliche Geldstrafe am untersten Rand zulässig wäre, sondern die Tagessatzzahl nennenswert über dem Minimum liegen müsste.⁴⁹

Strafbar ist gem. § 104 II schon der Versuch. Da es sich nicht um ein Antragsdelikt handelt, muss auch dieser von den Ermittlungsorganen ausermittelt und grundsätzlich auch angeklagt werden. Während des Conference League-Spiels von Union Berlin gegen Maccabi Tel Aviv im Olympiastadion am 30.9.2021 versuchte ein Union-Fan, eine Israel-Fahne anzuzünden, was glücklicherweise schnell durch Zivilpolizisten verhindert werden konnte.⁵⁰ Dass der Tatort eine gerade mit Blick auf die NS-Zeit unrühmliche Vergangenheit hatte, wird in Reportagen betont; so heißt es im Deutschlandfunk, das Spiel sei das erste Pflichtspiel einer israelischen Mannschaft an diesem Ort.⁵¹ Der Anzünder wurde gefasst und 2022 vom Amtsgericht Tiergarten nach Medienberichten wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung und versuchter Sachbeschädigung (§ 303) zu einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen verurteilt; die Staatsanwaltschaft hatte eine Bewährungsstrafe von 7 Monaten gefordert.⁵² Zwar ist der Strafraum von § 104 II gegenüber der versuchten Sachbeschädigung identisch, doch tritt mit diesem Rückgriff auf eine ebenso klassische, wie politisch indifferente Strafnorm das mit dem Anzünden der israelischen Flagge verbundene antisemitische Unrecht in den Hintergrund. Da beide Normen unterschiedliche Rechtsgüter schützen, sollte man in einem

49 *Martin Heger* (Fn. 2), § 46 Rn. 33b.

50 Vgl. dazu etwa den Beitrag: Antisemitische Beleidigungen überschatten Union-Sieg, Sportschau vom 1.10.2021, <https://www.sportschau.de/fussball/europa-conference-league/spielbericht-union-berlin-maccabi-haifa-100.html> (zuletzt abgerufen am 4.2.2023); ebenso die Aussagen des Augenzeugen *Elmar Werner* im Interview mit *Gunnar Leue*, »Antisemitismus nimmt sehr zu«, in taz vom 23.11.2021, <https://taz.de/Nach-Vorfaellen-bei-Union-Berlin-Spiel/!5815001/> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

51 *Sebastian Engelbrecht*, Die geteilte Öffentlichkeit, dlf vom 24.10.2021, <https://www.deutschlandfunk.de/antisemitismus-beim-spiel-union-berlin-maccabi-haifa-die-100.html> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

52 Vgl. die Meldung: 38-Jähriger nach antisemitischen Vorfällen bei Union-Spiel zu Geldstrafe verurteilt, rbb vom 16.11.2022, <https://www.rbb24.de/sport/beitrag/2022/11/union-berlin-maccabi-haifa-fussball-geldstrafe-antisemitismus.html> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023); s. auch *Anne Losensky*, Feuerzeug an Israel-Flagge gehalten – Union-Fan vor Gericht, in BZ vom 16.11.2022, <https://www.bz-berlin.de/polizei/menschen-vor-gericht/feuerzeug-an-israel-flagge-gehalten-union-fan-vor-gericht> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

solchen Fall § 303 jedenfalls in Tateinheit mit § 104 verurteilen, bei Versuch wie Vollendung. Im Bericht des RBB ist überdies nur in Bezug auf die Anklage von Antisemitismus die Rede, so dass ich nicht sagen kann, ob das Amtsgericht – wie durch § 46 II erst recht bei der Bejahung bloß allgemeiner Straftaten wie der Körperverletzung und Sachbeschädigung geboten – innerhalb des Strafraumens, der sich hier aus dem schwersten Delikt – der versuchten Körperverletzung – zwischen einer Geldstrafe und bis zu zehn Jahren Gefängnis bewegen würde (bei der nach § 23 I 2 i. V. m. § 49 I Nr. 3 möglichen Strafmilderung läge die Obergrenze bei siebeneinhalb Jahren) bei der Konkretisierung den offenbar gewordenen Antisemitismus des Täters strafscharfend in Rechnung gestellt hat oder nicht.

Dass Sportplätze und ihr organisiertes Umfeld schon lange keine rechtsfreien Räume mehr sind und dortiges Fehlverhalten deshalb auch von der Justiz geahndet werden muss, zeigte sich jüngst in einem anderen Vorfall im Berliner Fußball. In einem A-Jugend-Spiel sollen zwei Spieler des CFC Hertha 06 ihren Gegenspielern von TuS Makkabi den Hitlergruß gezeigt und ihnen zugerufen haben: »Ich verbrenne euch und eure dreckige Fahne, ihr Bastarde, so wie die Deutschen das mit euch gemacht haben.« Damit dürfte die Schwelle zur Strafbarkeit wegen Volksverhetzung überschritten sein. Als der Vereinsvorsitzende des CFC Hertha 06 zwei Monate später in einer Fernsehsendung seinen Sohn – einen der beiden Spieler – verteidigen wollte, sei dagegen – so ein Sprecher der Berliner Polizei – diese Schwelle wohl noch nicht erreicht gewesen; er hatte gesagt: »Mein Sohn wird sein komplettes Leben die Juden hassen – das weiß ich 100 Prozent. Da gibt es keinen, mit dem man sich hinsetzen und reden kann, sondern die sagen von vornherein: ›Wir sind Juden, wir haben das Recht, wir können alles machen, was wir wollen‹.« Später versuchte er sich zu verteidigen unter Hinweis darauf, dass sein Sohn wegen der Aussagen vom Sportverband eine zweijährige Sperre erhalten haben: »Ich meine damit, dass mein Sohn die Juden hassen wird, weil er ihretwegen jetzt zwei Jahre keinen Fußball spielen kann«.⁵³ Die Sperre hat der Sohn – um das festzuhalten – wegen seines Fehlverhaltens gegenüber Spielern eines Clubs mit jüdischen Spielern vom Verband erhalten, nicht von einer jüdischen Organisation. Gleichwohl sollen – so der Vater – es »die Juden« gewesen sein, die den Sohn

53 Vgl. *Isabel Pfannkuche*, Nach Judenhass auf Fußballplatz ermittelt jetzt die Polizei!, in BZ vom 3.2.2023, <https://www.bz-berlin.de/berlin/charlottenburg-wilmersdorf/jetzt-auch-polizei-eingeschaltet> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

antisemitisch werden ließen und ihn damit noch der Situation ausgesetzt haben, dass ihn der BFV wegen dieses verbandsseits verbotenen Antisemitismus bestrafen musste. Eine offensichtliche – im Kontext von Antisemitismus leider nicht singuläre – Vertauschung von Täter und Opfer! Dass dies das Resultat von einer Nachfrage war, legt leider nahe, dass solches Denken nicht bloß auf Berliner Sportplätzen und in den Funktionärsriegen immer noch anzutreffen ist.

Unabhängig von der hier offenbarten Verdrehung von Täter und Opfer ist festzuhalten, dass antisemitische Handlungen nicht durch eigene diskriminierende Erfahrungen zu rechtfertigen sind. Es ändert daher nichts an der Klassifizierung einer Straftat als antisemitisch im Lichte von § 46, wenn der Täter selbst das Opfer von Diskriminierung geworden sein sollte. Ein Aufrechnen erlittener Islamophobie oder Rassismus mit praktiziertem Antisemitismus ist nicht statthaft, erst recht natürlich nicht, wenn die islamophobe/rassistische Handlung nicht vom Opfer des Antisemitismus ausgegangen ist; beleidigen sich zwei Personen wechselseitig, lässt § 199 ausnahmsweise Straffreiheit zu.

Dass ein Jugendlicher – wie der CFC-Spieler – durch sein Umfeld aufgehetzt worden ist, mag man ihm zugutehalten; mehr aber auch nicht. Will jemand seinen Unmut gegen israelische Aktionen zum Ausdruck bringen, mag er dies dem Botschafter des Staates Israel sagen oder eine Demonstration dagegen organisieren; vergreift er sich dagegen an jüdischen oder für jüdisch gehaltenen Mitbürger:innen oder deren Einrichtungen wie Synagogen etc., ist dies gerade nicht als Reaktion darauf zu verstehen, sondern – wenngleich vielleicht durch aktuelle Anlässe getriggert – Ausdruck von offenkundigem Antisemitismus. Für die Strafzumessung nach § 46 II müssen solchen Umstände außer Betracht bleiben, so dass auch während einer militärischen Auseinandersetzung zwischen Israelis und Palästinenser:innen betätigter Antisemitismus nicht etwa milder zu bestrafen ist als außerhalb solcher Geschehnisse.

VIII. Relativierung der Holocaustleugnung durch die Strafbewehrung des Leugnens anderer Völkerverbrechen?

Schließlich hat eine andere politisch und historisch aufgeladene Fragestellung zwischenzeitlich das Strafrecht erreicht. Als neben dem Holocaust intensiver auch über koloniale Verbrechen etwa, aber nicht nur von Deutschland – z. B. die Völkermorde an den Herero und Nama im heutigen Namibia sowie

die Kriegsgräuere beim Maji-Maji-Krieg im heutigen Tansania – diskutiert wurde, wurde immer wieder diskutiert, beide Völkermorde – den an den europäischen Jüdinnen:Juden, der Shoa, und eben die genannten im damaligen Deutsch-Südwestafrika – in ein Verhältnis zueinander zu setzen. Damit wurde gleichsam das Resultat des 2. Historikerstreits 1986 in Frage gestellt, dass der Holocaust als einmaliges Menschheitsverbrechen nicht etwa mit den Verbrechen des Stalinismus, denen nicht weniger Menschen zum Opfer gefallen sind, verglichen werden dürfe. So wie damals der Historiker *Ernst Nolte* argumentierte, *Hitlers* Judenvernichtung sei zumindest auch ein Resultat seiner Furcht vor bolschewistischen Verbrechen gewesen,⁵⁴ finden sich heute Stimmen, die einen Weg von »Windhuk nach Auschwitz« diskutieren⁵⁵ und damit die historisch vorausgegangenen Völkermorde an den Herero und Nama⁵⁶ letztlich als Ausgangspunkt für die industrielle Menschenvernichtung in der NS-Zeit begreifen wollen.⁵⁷ Ähnliche Assoziationen lassen sich natürlich auch in einer Linie danach ziehen, etwa wenn der Palästinenserpräsident in Deutschland – dem Ausgangspunkt der Shoah – schwadroniert, es habe seither in den palästinensischen Gebieten »50 Holocauste« gegeben.⁵⁸ Die Debatte scheint mir doch zweierlei vereinbar gemacht zu haben: Man kann und muss wohl unverändert und mit vollem Recht, die Einzigartigkeit und Präzedenzlosigkeit der Shoah anerkennen, ohne dass man zugleich in Abrede

54 Dokumentation der Kontroverse bei Piper (Hg.), »Historikerstreit«. Die Dokumentation der Kontroverse um die Einzigartigkeit der nationalsozialistischen Judenvernichtung, (1987).

55 Vgl. nur *Jürgen Zimmerer*, Von Windhuk nach Auschwitz? (2011).

56 Zu deren Einstufung *Moritz Vormbaum*, Ad legendum (2019), S. 194ff.

57 Zur Debatte vgl. nur *Frank Bajohr/Rachel O'Sullivan*, Holocaust, Kolonialismus und NS-Imperialismus, in: Vierteljahreshefte für Zeitschichte (2022), S. 191ff.

58 Die Staatsanwaltschaft Berlin sah offenbar – für mich nicht wirklich nachvollziehbar – keine genügenden Anhaltspunkte für eine Strafbarkeit wegen Verharmlosens des Holocausts, vgl. den Artikel: Olaf Scholz nennt Abbas Holocaustvergleich erneut inakzeptabel, Zeit Online vom 6.12.2022, <https://www.zeit.de/politik/2022-12/olaf-scholz-mahmud-abbas-holocaust-relativierung> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023). Dahinter mag auch das diplomatische Problem stehen, dass das Auswärtige Amt wegen des offiziellen Besuchs in Berlin von diplomatischer Immunität ausgegangen war, dies sich aber angesichts der Nichtanerkennung von Palästina als Staat nicht von selbst ergeben hat, vgl. die Meldung: Polizei prüft Anfangsverdacht wegen Volksverhetzung gegen Mahmud Abbas, Zeit Online vom 19.8.2022, <https://www.zeit.de/politik/ausland/2022-08/holocaustaussage-mahmud-abbas-ermittlungen-polizei> (zuletzt abgerufen am 15.5.2023).

stellen müsste, dass es daneben, davor oder danach nicht andere Menschheitsverbrechen gegeben hat, die gleichermaßen als Völkermord für sich dastehen.

Vor dem Hintergrund der aktuellen Debatte um die Vergleichbarkeit von Völkermorden überrascht es nicht, dass die Ende 2022 vor allem aufgrund entsprechender EU-Vorgaben erfolgte Aufnahme eines neuen Absatz 5 in § 130 auch unter dem Stichwort geführt worden ist, ob dadurch die zuvor in Absätze 3 und 4, die allein auf die sog. Auschwitz-Lüge bzw. das Verherrlichen, Rechtfertigen etc. der NS-Gewaltherrschaft abzielten, klar zum Ausdruck gebrachte Zielrichtung gegen eine Relativierung des Holocausts und das diesen betreibenden NS-Regime nunmehr doch relativiert worden ist, eben weil gleichermaßen – wenngleich mit niedrigerer Strafdrohung – auch das Leugnen etc. anderer Völkerverbrechen unter Strafe gestellt worden ist. Indem man das Leugnen des Holocausts und daneben das anderer Völkermorde unter Strafe stellt, sagt man nicht, beide für sich furchtbare Geschehnisse seien gleichrangig oder gleichwertig, sondern nur, dass das Leugnen jeder dieser Völkerverbrechen für sich auch im Lichte der grundrechtlich garantierten Meinungsfreiheit die Mindestanforderungen an eine Strafnorm erfüllt. Wenn also auch das Leugnen der Völkermorde im heutigen Namibia – vorausgesetzt es ist mit einer Gefahr für den öffentlichen Frieden in Deutschland verbunden – von deutschen Gerichten mit einer Kriminalstrafe belegt wird, wie dies spätestens seit 1994 für das Holocaust-Leugnen gilt, heißt das noch nicht, dass beide Völkermorde aus (straf-)rechtlicher Sicht gleich zu bewerten sind; allerdings schließt die Einzigartigkeit des Holocausts eben auch nicht aus, dass andere Völkermorde nicht ebenfalls gegen ihre Verleugnung strafrechtlich geschützt werden können. Das würde aus meiner Sicht auch gelten, wenn nicht die Strafrahenobergrenze für das Leugnen der anderen Völkermorde unterhalb der für die Auschwitz-Lüge gezogenen Grenze angesetzt worden wäre. Irritierend wäre es vor dem Hintergrund der deutschen Geschichte allenfalls gewesen, wenn der Gesetzgeber für das Leugnen des Holocausts eine geringere Strafdrohung als für das Leugnen der Völkermorde in der Kolonialzeit vorgesehen hätte.

Angesichts der hinsichtlich möglicher verleugneter oder relativierter Völkerverbrechen völligen Offenheit, wären von § 130 V auch entsprechende Äußerungen in Bezug auf die Shoah erfasst. Weil allerdings die Tathandlungen z. T. etwas enger und die Strafrahenobergrenze niedriger als in § 130 III gefasst sind, ist kein Fall mit antisemitischer Tendenz denkbar, der nicht schon vom bisherigen Recht erfasst worden wäre.

IX. Fazit

Die vergangenen Jahrzehnte haben gezeigt, dass trotz immer weiter ausgebauter Strafnormen und geschärfter Strafzumessungsregeln gegen antisemitisch motivierte Taten die Justiz immer wieder in dem Sinne »gefremdet« hat, dass manche:r Richter:in doch erkennbar gezaudert hat, bevor er oder sie antisemitische Taten auch als solche bezeichnet und bestraft hat. Es gab lange und bis ins Jahr 2023 immer wieder eine »Flucht in die nichtantisemitisch konnotierten Taten«. Das dürfte sich allerdings nunmehr Ende 2023 angesichts der massiven antisemitischen Reaktionen auf die Terrorakte der Hamas vom 7.10.2023 in Israel geändert haben. Dadurch geraten antisemitische Taten in nächster Zeit wohl deutlicher als ebensolche in den Fokus der Strafverfolgungsbehörden.