

Tristan Barczak\*

## „Keine Freiheit für die Feinde der Freiheit?“

– Das *Bundesverfassungsgericht* in der selbst  
verschuldeten Zwickmühle zwischen  
Sonderrechtsverbot und Friedlichkeitsgebot

### Abstract

Immer wieder muss sich das *Bundesverfassungsgericht* mit den verfassungsrechtlich virulenten Bereichen des Versammlungsrechts und des Staatsschutzstrafrechts auseinandersetzen. Angesichts eines in der gesetzgeberischen Tätigkeit zu verzeichnenden Trends zur Schaffung immer weiterer Sondervorschriften gegen nationalsozialistische Bestrebungen sah sich das Gericht in der zu besprechenden Entscheidung vor die Herausforderung gestellt, den noch jungen Straftatbestand des § 130 Abs. 4 StGB auf seine Verfassungsmäßigkeit, insbesondere im Hinblick auf das Verbot von Sonderrecht für die Meinungsfreiheit, zu überprüfen. Der dabei vom *BVerfG* eingeschlagene Weg ist so unkonventionell wie dogmatisch zweifelhaft. Mit einem derartigen maßgeblich vom Ergebnis her gedachten Ansatz würde jedenfalls jeder Student eine verfassungsrechtliche Klausur schwerlich bestehen können.

---

\* *Tristan Barczak* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Öffentliches Recht und Politik (*Prof. Dr. Bodo Pieroth*) an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

## I. Sachverhalt

Gegenstand der Entscheidung des *BVerfG*<sup>1</sup> ist eine Verfassungsbeschwerde des B. Dieser meldete im Voraus bis in das Jahr 2010 jährlich wiederkehrende öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel an, darunter auch eine Veranstaltung für den 20.8.2005. Anlass der Veranstaltung mit dem Thema „Gedenken an *Rudolf Heß*“ ist der Todestag des ehemaligen „Führerstellvertreters“, der in Wunsiedel (Bayern) begraben liegt. Mit Bescheid vom 29.6.2005 verbot das zuständige Landratsamt diese Veranstaltung gem. § 15 Abs. 1 VersG i. V. m. § 130 Abs. 4 StGB. Im Fall der Durchführung der Veranstaltung bestehe die konkrete Gefahr der Verwirklichung von Straftaten i. S. v. § 130 Abs. 4 StGB. Nach dieser Vorschrift wird bestraft, „wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt“. Wer *Heß*, einen führenden Repräsentanten des „Dritten Reichs“, im Zusammenhang mit seinem Todestag an dessen Begräbnisstätte ehren wolle, billige die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft. In der öffentlichen Identifikation mit der nationalsozialistischen Rassenideologie liege ein Angriff auf die Menschenwürde der getöteten und überlebenden Opfer. Hierdurch werde insgesamt der „öffentliche Friede“ i. S. d. § 130 Abs. 4 StGB gestört. Anträge des B auf vorläufigen Rechtsschutz blieben vor dem *VG Bayreuth*,<sup>2</sup> dem *BayVGH*<sup>3</sup> sowie dem *BVerfG*<sup>4</sup> erfolglos. In der Hauptsache wurde die Klage letztinstanzlich vom *BVerwG*<sup>5</sup> abgewiesen. Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt B die Verfassungswidrigkeit des § 130 Abs. 4 StGB, sowie dessen Auslegung und Anwendung durch das *BVerwG*. B verstarb am 29.10.2009 unmittelbar vor Verkündung der Entscheidung. Das *BVerfG* wies die Verfassungsbeschwerde des B als zulässig aber unbegründet ab.

## II. Bewertung der Entscheidung

### 1. Folge des Todes des Beschwerdeführers auf ein anhängiges Verfassungsbeschwerdeverfahren

Der Fall des Versterbens des Beschwerdeführers bei anhängiger Verfassungsbeschwerde ist im *BVerfGG* nicht geregelt. Im Strafprozessrecht stellt der Tod des Angeklagten im Hauptverfahren ein absolutes Prozesshindernis dar.<sup>6</sup> Im Zivilprozess ist

1 *BVerfG* Beschluss v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 NJW 2010, 47 = DVBl. 2010, 41 mit Anm. *Holzner*.

2 *VG Bayreuth* MMR 2005, 791.

3 *BayVGH* BayVBl. 2005, 755.

4 *BVerfG* NJW 2005, 3204.

5 *BVerwG* Urteil v. 25.6.2008 – 6 C 21/07 = E 131, 216 = DVBl. 2008, 1248 = JA 2009, 472 mit Anm. *Muckel* = JZ 2008, 1102 mit Anm. *Enders* = NJW 2009, 98.

6 Vgl. *Beulke* Strafprozessrecht 10. Aufl. (2008), Rn. 286.

im Falle des Todes einer Partei das Verfahren kraft Gesetzes unterbrochen, bis der Rechtsnachfolger des Verstorbenen das Verfahren aufnimmt.<sup>7</sup> Das *BVerfG* hat sich in seiner Entscheidung nicht an diesen Maßgaben orientiert, sondern in überzeugender Form implizit auf die „Doppelfunktion der Verfassungsbeschwerde“ verwiesen. Zwar ist in der Rechtsprechung des *BVerfG* anerkannt, dass sich eine Verfassungsbeschwerde zur Durchsetzung höchstpersönlicher Rechte des Beschwerdeführers im Falle seines Todes erledigt.<sup>8</sup> Insofern wird jedoch allein ihre Funktion als „subjektiver Rechtsschutzbehelf“ hinfällig. Daneben kommt ihr aber die Funktion als „objektives Rechtsbeanstandungsverfahren“ zu, das Verfassungsrecht grundsätzlich zu wahren, auszulegen und fortzubilden.<sup>9</sup> Hat das Verfahren grundsätzliche Bedeutung und ist die Sache entscheidungsreif, so kann das *BVerfG* auch nach Versterben des Beschwerdeführers über dessen Verfassungsbeschwerde entscheiden. Das *BVerfG* hat hier dem Verfahren eine Bedeutung für die Allgemeinheit zuerkannt, da die Frage der Verfassungsmäßigkeit einer abstrakt-generellen Regelung Gegenstand des Verfahrens war und der Beschwerdeführer als Versammlungsleiter im Interesse zahlreicher Betroffener Verfassungsbeschwerde erhoben hat. Zudem war die Sache entscheidungsreif.<sup>10</sup>

## 2. Verfassungsmäßigkeit des § 130 Abs. 4 StGB und seiner Anwendung durch die Fachgerichte

Im Rahmen der Begründetheit hatte das *BVerfG* zu prüfen, ob das Versammlungsverbot gestützt auf § 15 Abs. 1 VersG i. V. m. dem Volksverhetzungstatbestand des § 130 Abs. 4 StGB, der als Teil der objektiven (Straf-)Rechtsordnung den Begriff der „öffentlichen Sicherheit“ ausfüllt, verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen kann.

Die von B geplante Veranstaltung ist auch bei restriktiver Auslegung als eine „Versammlung“ i. S. d. Art. 8 Abs. 1 GG zu bewerten, d. h. eine Zusammenkunft mehrerer Personen zu dem Zweck einer gemeinsamen Willensbildung und Willensäußerung in einer öffentlichen Angelegenheit.<sup>11</sup> Die zu erwartenden Äußerungen im Verlaufe dieser Versammlung, vor allem die Glorifizierung eines führenden Repräsentanten des NS-Staates, sind weiterhin als „Meinung“ i. S. d. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG anzusehen. Sie genießen den Schutz des Grundrechts, ohne dass es darauf ankommt, ob die Äußerung begründet oder grundlos, emotional oder rational ist, als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt wird.<sup>12</sup> Das

7 § 239 Abs. 1 ZPO. War der Verstorbene hingegen zum Zeitpunkt seines Todes durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten, tritt eine Unterbrechung nicht ipso iure ein. Das Prozessgericht hat aber auf Antrag des Bevollmächtigten das Verfahren zu unterbrechen, § 246 Abs. 1 ZPO.

8 BVerfGE 6, 389 (442 f.); 12, 311 (315); 109, 279 (304); BVerfG-K 9, 62 (69) = NJW 2007, 351.

9 BVerfGE 98, 218 (242 f.) = NJW 1998, 2515.

10 *BVerfG* (Fn. 1), S. 48.

11 Zu den umstrittenen Anforderungen an die Teilnehmerzahl und den gemeinsamen Zweck der Versammlung siehe *Pieroth/Schlink Grundrechte – Staatsrecht II* 25. Aufl. (2009), Rn. 749–755 m. w. N.

12 BVerfGE 90, 241 (247) = NJW 1994, 1779.

*BVerfG* sieht die Bürger rechtlich nicht gehalten, die der Verfassung zugrunde liegenden Wertsetzungen persönlich zu teilen. Vielmehr baue das Grundgesetz zwar auf der Erwartung auf, dass die Bürger die Werte der Verfassung akzeptieren und verwirklichen – eine Werteloyalität erzwingen es aber nicht.<sup>13</sup> Geschützt sind danach auch Meinungen, die auf grundlegende Änderung der politischen Ordnung zielen, unabhängig davon, ob und inwieweit sie im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung durchsetzbar sind. Das Grundgesetz stellt demnach „auch verfassungsfeindliche Äußerungen“ unter Schutz und vertraut auf die Kraft der freien Auseinandersetzung als wirksamste Waffe gegen die Verbreitung menschenverachtender Ideologien.<sup>14</sup>

Die Reichweite der Versammlungsfreiheit richtet sich dabei nach dem Umfang des von Art. 5 Abs. 1 und 2 GG gewährten Schutzes.<sup>15</sup> Das bedeutet, dass ein Gesetz nur dann eine verfassungskonforme Begrenzung der Versammlungsfreiheit darstellen kann, wenn es auch im Hinblick auf die Beschränkung der durch die Versammlung zum Ausdruck gebrachten Meinungen grundrechtlichen Anforderungen genügen kann. Um eine verfassungskonforme Schranke ziehen zu können, müsste § 130 Abs. 4 StGB folglich die Vorgaben des Art. 5 Abs. 2 GG wahren.

a) Vorbehalt des „allgemeinen Gesetzes“

Anders als noch das *BVerwG*<sup>16</sup> qualifiziert das *BVerfG* die Vorschrift des § 130 Abs. 4 StGB „nicht“ als „allgemeines Gesetz“ i. S. d. Art. 5 Abs. 2 Var. 1 GG, sondern sieht in ihr meinungsspezifisches Sonderrecht, das sich einzig und allein gegen die „neonazistische“ Billigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft richtet.<sup>17</sup>

Als „allgemeine Gesetze“ werden seit dem „Lüth-Urteil“ nur solche Vorschriften angesehen, die nicht eine Meinung als solche verbieten, sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, sondern dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen.<sup>18</sup> Das Rechtsgut muss in der Rechtsordnung allgemein und damit unabhängig davon geschützt sein, ob es durch Meinungsäußerungen oder auf andere Weise verletzt werden kann.<sup>19</sup>

Zwar dient § 130 Abs. 4 StGB dem „öffentlichen Frieden“ und damit dem Schutz eines Rechtsguts, das auch sonst in der Rechtsordnung vielfältig geschützt wird.<sup>20</sup>

13 BVerfG-K NJW 2001, 2069 (2070); 2009, 908 (909).

14 *BVerfG* (Fn. 10), S. 49.

15 BVerfGE 90, 241 (246); 111, 147 (154 f.) = NJW 2004, 2814. Siehe auch *Bethge* in Sachs GG 5. Aufl. (2009), Art. 5 Rn. 173a.

16 Vgl. BVerwGE 131, 216 (219) und 1. Leitsatz.

17 *BVerfG* (Fn. 10), S. 49.

18 BVerfGE 7, 198 (209 f.); 28, 282 (292); 71, 162 (175 f.); 93, 266 (291); st. Rspr.

19 BVerfGE 111, 147 (155); 117, 244 (260).

20 Abweichend *Enders/Lange* Symbolische Gesetzgebung im Versammlungsrecht? JZ 2006, 105 (106).

Auf diesen Aspekt hatte das *BVerwG* im Wesentlichen zur Begründung der Allgemeinheit der Norm abgestellt.<sup>21</sup> Jedoch gestaltet der Tatbestand diesen Schutz nicht in der erforderlichen inhaltsoffenen Art aus, sondern bezieht sich allein auf Meinungsäußerungen, die eine bestimmte Haltung zum Nationalsozialismus ausdrücken.<sup>22</sup> Hierfür spricht insbesondere die Entstehungsgeschichte der Norm. Sie wurde aus Anlass einer geplanten Demonstration der NPD am 8.5.2005 am Brandenburger Tor in einem kaum dreiwöchigen parlamentarischen „Eilverfahren“ eingeführt, um Würde verletzende Billigungen der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft leichter unter Strafe stellen zu können.<sup>23</sup> Nicht zuletzt hatten die Parlamentarier dabei die jährlichen Gedenkveranstaltungen für *Rudolf Heß* in Wunsiedel vor Augen.<sup>24</sup> Bedenkt man diesen historisch-genetischen Hintergrund, ist die Frage angebracht, wie die Fachgerichte bis zum *BVerwG* zu der Einschätzung gelangen konnten, die Strafvorschrift wahre das Allgemeinheitserfordernis, obwohl sie bereits in ihrem Tatbestand konkret standpunktbezogene Kriterien normiert und sich dergestalt gegen konkrete politische, als besonders gefährlich beurteilte und daher zu pönalisierende Auffassungen richtet. Insofern erfreut die Klarheit und Eindeutigkeit der Einschätzung des *BVerfG*, § 130 Abs. 4 StGB sei kein „allgemeines Gesetz“.<sup>25</sup>

b) „Recht der persönlichen Ehre“

Das *BVerfG* scheut auch davor zurück, § 130 Abs. 4 StGB, der „die Würde der Opfer“ des Nationalsozialismus *expressis verbis* als Schutzgut nennt,<sup>26</sup> auf das „Recht der persönlichen Ehre“ nach Art. 5 Abs. 2 Var. 3 GG zu stützen. „Nach Auffassung des Gerichts erstreckt sich das Erfordernis der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze gem. Art. 5 Abs. 2 Var. 1 GG auch auf die Bestimmungen des Ehrenschutzes“.<sup>27</sup> Zur Begründung wird auf Art. 118 Abs. 1 S. 1 WRV verwiesen, welcher

21 BVerwGE 131, 216 (220 f.); so auch noch BVerfGE 111, 147 (155 f.) zu § 130 StGB a. F.

22 *BVerfG* (Fn. 10), S. 50.

23 Gesetz zur Änderung des Versammlungsgesetzes und des Strafgesetzbuchs v. 24.3.2005, BGBl. I, 969. Hierzu auch *Poscher* Neue Rechtsgrundlagen gegen rechtsextremistische Versammlungen NJW 2005, 1316; *Leist* Die Änderung des Versammlungsrechts: ein Eigentor? NVwZ 2005, 500 (502 f.).

24 Vgl. Sitzungsprotokoll des Dt. BT 15/158 v. 18.2.2005, S. 14 181 (14820); Innenausschussprotokoll 15/56 v. 7.3.2005, S. 11 (22 ff., 44 f., 53 f., 57); BT-Drs. 15/5051, S. 6; Sitzungsprotokoll des Dt. BT 15/164 v. 11.3.2005, S. 15351 B, D; 15 352 B; 15 353 B, D; 15354 D; 15 355 A, D; 15 359 A; 15 360 A, D; 15 361 C; 15 364 A.

25 So auch *Holzner* (Fn. 1), S. 49.

26 Auf die Menschenwürde als geschütztes Gut wurde auch im Gesetzgebungsverfahren mehrfach hingewiesen, vgl. BT-Drs. 15/5051, S. 5; BT-Innenausschuss, A.Drs. 15 [4] 191, S. 5 f.; siehe auch *Kübl* StGB 26. Aufl. (2007), § 130 Rn. 1; *Ostendorf* in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* StGB Bd. 13. Aufl. (2010), § 130 Rn. 4; *Enders/Lange* (Fn. 20), S. 108; *Schroeder* Die Strafvorschriften der Bundesrepublik Deutschland gegen den Nationalsozialismus JA 2010, 1 (3 f.); a. A. *Enders* Die Freiheit der Andersdenkenden vor den Schranken des Bundesverwaltungsgerichts JZ 2008, 1092 (1096); zweifelnd *Dietel/Gintzel/Kniesel* VersG 15. Aufl. (2008), § 15 Rn. 83 m. w. N.

27 *BVerfG* (Fn. 10), S. 50.

der Meinungsfreiheit durch die allgemeinen Gesetze bereits Schranken setzte. Eine Ausnahme zum Schutz der Ehre enthielt die Norm nicht. Vielmehr seien solche Bestimmungen in der Weimarer Staatsrechtslehre als von den allgemeinen Gesetzen mitumfasst angesehen worden. Mit der Aufnahme des Rechts der persönlichen Ehre habe der Grundgesetzgeber lediglich sicherstellen wollen, dass solche Vorschriften weiterhin zulässig sind. An alle Gesetze stelle Art. 5 Abs. 2 GG mithin die Anforderung rechtsstaatlicher Distanz durch Meinungsneutralität.<sup>28</sup>

Diese Auslegung kann nicht überzeugen. Mit der zutreffenden Disqualifikation des § 130 Abs. 4 StGB als „allgemeines Gesetz“ in Verbindung mit dem jedoch allenfalls oberflächlich begründeten Ausspruch, dass Gesetze, die der persönlichen Ehre zu dienen bestimmt sind, ebenfalls das Allgemeinheitsgebot erfüllen müssen, hat das BVerfG die Tür einer grundrechtsdogmatisch sauberen Lösung innerhalb des Art. 5 Abs. 2 GG „mit lautem Knall“ zugeschlagen.

Zum einen spricht schon der Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 GG („und in dem Recht der persönlichen Ehre“) für eine selbstständige Bedeutung dieser Schranke neben den allgemeinen Gesetzen und dem Jugendschutzrecht. Hiervon wird auch in Bezug auf die ebenfalls nicht meinungsneutrale und somit nicht „allgemeine“ Vorschrift des § 15 Abs. 2 VersG ausgegangen. Indem § 15 Abs. 2 VersG dem Achtungsanspruch der Opfer der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft und der heute lebenden Juden Rechnung trage, unterfalle die Vorschrift der Schranke der persönlichen Ehre.<sup>29</sup> In § 15 Abs. 2 VersG wird eine *lex specialis* gegenüber Abs. 1 gesehen.<sup>30</sup> Der § 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VersG nennt als Schutzgut ebenfalls die „Würde der Opfer“ und unterscheidet sich von § 15 Abs. 1 VersG i. V. m. § 130 Abs. 4 StGB nur durch die restriktiveren Vorgaben des als Erfolgsdelikt konzipierten Straftatbestandes, der den Eintritt einer Störung des öffentlichen Friedens verlangt. Es ist daher konsequent, beide Beschränkungsmöglichkeiten parallel über das „Recht der persönlichen Ehre“ eingreifen zu lassen.

Für die bedenkliche Tendenz, das „Recht der persönlichen Ehre“ lediglich als deklaratorisches Regelbeispiel eines durch ein „allgemeines Gesetz“ geschützten Rechtsguts zu verstehen, gibt es zudem keinen Anlass.<sup>31</sup> Diese Auslegung widerspricht auch der Verwurzelung dieser Schranke in der Menschenwürdegarantie, die keiner Abwägung zugänglich ist.<sup>32</sup> Gerade diese Schranke ist dazu geeignet und bestimmt, Strafgesetze, die sich des Würde-, Ehren- und Persönlichkeitsschutzes annehmen (Beleidigung, üble Nachrede, Verleumdung), zu rechtfertigen. Dass die maßgeb-

28 Dies gilt auch für den Jugendschutz, vgl. *ebd.*, S. 51.

29 Vgl. *Poscher* (Fn. 23), S. 1317; *Stobrer* Die Bekämpfung rechtsextremistischer Versammlungen durch den neuen § 15 II VersG JuS 2006, 15 (17); *Schoch* Die Neuregelung des Versammlungsrechts durch § 15 II VersG Jura 2006, 27 (30).

30 *Stobrer ebd.*, S. 17; *Schoch ebd.*, S. 29.

31 So aber *von der Decken* Meinungsäußerungsfreiheit und Recht der persönlichen Ehre NJW 1983, 1400 (1401) m. w. N.

32 So auch BVerfGE 93, 266 (317 f.); *Zippelius/Würtenberger* Deutsches Staatsrecht 32. Aufl. (2008), § 26 Rn. 69.

lichen Bestimmungen allgemeine Gesetze darstellen, ist zwar regelmäßig, aber nicht zwingend der Fall. Effektiver Schutz kann hier häufig nur durch gezielte Verbote in Form von Sonderrecht bewirkt werden. Das Grundgesetz will den Gesetzgeber durch die zusätzliche Normierung der beiden weiteren Eingriffstatbestände (Jugend- und Ehrenschaft) gerade von dem Erfordernis der Allgemeinheit in diesen Bereichen freistellen. So kann auf das „Recht der persönlichen Ehre“ auch und gerade Sonderrecht gestützt werden, denn auf die Allgemeinheit des Gesetzes kommt es entgegen der Auffassung des *BVerfG* nicht an.<sup>33</sup> Dass das beschränkende Gesetz seinerseits der Bedeutung der Meinungsfreiheit als Demokratie konstituierendes Grundrecht Rechnung tragen muss (Wechselwirkungslehre), ist eine Frage der Verhältnismäßigkeit der Einschränkung, nicht aber der Einschränkung als solcher.

#### c) Kollidierendes Verfassungsrecht

Folgt man hingegen dem *BVerfG* und lehnt Art. 5 Abs. 2 GG als Schranke für § 130 Abs. 4 StGB ab, verbliebe dennoch eine verfassungsimmanente Lösung unter Rückgriff auf kollidierendes Verfassungsrecht, soweit man diesem neben dem „Recht der persönlichen Ehre“ noch selbstständigen Bestand einräumt. Zwar wird hiergegen vorgetragen, dass bei Grundrechten, die unter ausdrücklichem Gesetzesvorbehalt stehen, die Kollisionsgefahr vom Grundgesetz erkannt und über die normierte Eingriffsmöglichkeit „abschließend“ gelöst wurde.<sup>34</sup> Zutreffend dürfte hingegen sein, dass der Rekurs auf kollidierende Verfassungsgüter zwar generell zulässig sein muss, um einen Selbstwiderspruch innerhalb der Verfassungsordnung zu vermeiden, dieser Rückgriff aber nur subsidiär und mit Vorsicht erfolgen darf, um die jeweilige geschriebene Schranke – hier Art. 5 Abs. 2 GG – nicht leerlaufen zu lassen.<sup>35</sup> Bereits die Gesetzesbegründung zu § 130 Abs. 4 StGB geht davon aus, dass eine Verletzung der Menschenwürde der verstorbenen und noch lebenden Opfer des NS-Regimes auch durch seine konkludente Billigung – etwa durch Verherrlichung der Repräsentanten des Nationalsozialismus – erfolgen kann.<sup>36</sup> Doch auf den hier naheliegenden Art. 1 Abs. 1 wird seitens des *BVerfG* weder selbstständig noch i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG mit keinem Wort eingegangen.

#### d) Grundrechtsimmanente Schranke („Gegenentwurfthese“)

Anstelle nun § 130 Abs. 4 StGB als Sonderrecht folgerichtig für verfassungswidrig zu erklären, geht das *BVerfG* einen anderen Weg. Dieser führt es neuerlich auf rechts-

---

33 Hiervon ging zuvor wohl auch der Erste Senat des *BVerfG* aus, wenn er betont: „Eine inhaltliche Begrenzung von Meinungsäußerungen kommt, „soweit sie nicht“ dem Schutz der Jugend oder dem Recht der persönlichen Ehre dient, nur im Rahmen der allgemeinen Gesetze im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG in Betracht“ (vgl. *BVerfGE* 111, 147 (155) – Hervorhebung durch Verfasser). Ähnlich auch *Bethge* in *Sachs* (Fn. 15), Art. 5 Rn. 162; *Pieroth/Schlink* (Fn. 11), Rn. 648; *Enders* (Fn. 26), S. 1094.

34 Vgl. *Pieroth/Schlink* (Fn. 11), Rn. 342; *Bethge* in *Sachs* (Fn. 15), Rn. 173 ff.; kritisch auch *Schoch* Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit DVBl. 1991, 667 (671 ff.).

35 Vgl. *Jarass* in *Jarass/Pieroth* GG 10. Aufl. (2009), Art. 5 Rn. 65; siehe auch *BVerwGE* 87, 37 (45 f.).

36 Vgl. BT-Drs. 15/5051, S. 11.



historische Pfade. Der Tatbestand des § 130 Abs. 4 StGB bilde zwar kein „allgemeines Gesetz“ und unterfalle auch nicht dem „Recht der persönlichen Ehre“. Dennoch sei die Norm nicht verfassungswidrig, was das *BVerfG* in der Kernaussage seines Urteils begründet:

„Angesichts des sich allgemeinen Kategorien entziehenden Unrechts und des Schreckens, die die nationalsozialistische Herrschaft über Europa und weite Teile der Welt gebracht hat, und der als Gegenentwurf hierzu verstandenen Entstehung der Bundesrepublik Deutschland ist Art. 5 I und II GG für Bestimmungen, die der propagandistischen Gutheißung des nationalsozialistischen Regimes in den Jahren zwischen 1933 und 1945 Grenzen setzen, eine Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts für meinungsbezogene Gesetze immanent.“<sup>37</sup>

Das bewusste Absetzen von der nationalsozialistischen Schreckensherrschaft bilde danach ein inneres Gerüst der grundgesetzlichen Ordnung und sei ein Grundanliegen aller an ihrer Entstehung beteiligten Kräfte gewesen. Nimmt man allein die Präambel, Art. 1, 20, 26 und 79 Abs. 3 GG in den Blick, will und kann dies niemand bestreiten. Hieraus jedoch den Schluss einer ungeschriebenen, historisch bedingten, dem Art. 5 Abs. 2 GG a priori innewohnenden grundrechtsimmanenten Sonderrechts-Schranke für Bestimmungen zu ziehen, die allein die Bewertung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft zu ihrem Gegenstand haben, erscheint sehr zweifelhaft.

Bereits der Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 GG sowie der systematische Vergleich mit den vereinzelt vom Verfassungsgeber explizit aufgestellten grundrechtsimmanenten Schranken<sup>38</sup> sprechen gegen eine solche Ausnahme. Wenn man eine derartige Einschränkungsmöglichkeit akzeptiert, die nicht einmal in kollidierendem Verfassungsrecht ihren Ausdruck finden muss, nimmt man zwangsläufig den materiellen Gehalt der Meinungsfreiheit für diese verfassungsuntreuen, aber dem Schutzbereich des Art. 5 GG unterfallenden Äußerungen zurück.

Diese Lösung widerspricht nicht zuletzt dem Bedeutungsgehalt von Meinungs- und Versammlungsfreiheit in einem freiheitlich demokratischen Gemeinwesen, das kaum Formen direkt demokratischer Beteiligung seiner Bürger kennt.<sup>39</sup> Sieht man in Art. 5 Abs. 2 GG eine historisch bedingte Absage gegen willkürliches Sonderrecht des Nationalsozialismus für die Juden,<sup>40</sup> sollte man unter dem Grundgesetz auf eine derart fragwürdige Begründung von Sonderrecht gegen eben dieses Gedankengut verzichten, um jede Assoziierbarkeit zu vermeiden. Das „Grundgesetz“ hält in Abkehr von der „wertneutralen“ Indifferenz der Weimarer Reichsverfassung abschließende Sondernormen zum Schutz seiner freiheitlich-demokratischen Grundordnung bereit (vgl. Art. 9 Abs. 2, 18, 21 Abs. 2 GG). Über eine richterrecht-

<sup>37</sup> *BVerfG* (Fn. 10), S. 51.

<sup>38</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG: „Treue zur Verfassung“; Art. 8 Abs. 1 GG: „friedlich und ohne Waffen“.

<sup>39</sup> Vgl. *Jarass* (Fn. 35), Art. 8 Rn. 1.

<sup>40</sup> Siehe die Synopse der Sondernormen bei: *Walk* Das Sonderrecht für die Juden im NS-Staat 2. Aufl. (1996).



liche (!) Ausnahme zu Art. 5 Abs. 2 GG eine Einbruchstelle für „einfach-gesetzliches“ Sonderrecht zu schaffen, widerspricht offenkundig dem Willen der Verfassungsmütter und -väter.<sup>41</sup>

Dies hat wohl auch das *BVerfG* erkannt. Umso mehr will es sich nicht in eine Ecke mit dem *OVG Münster* gestellt sehen, das in der Unverletzlichkeit der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 i. V. m. 79 Abs. 3, dem Friedensgebot nach Art. 1 Abs. 2, 24 Abs. 2 und 26 Abs. 2 sowie der Entnazifizierungsvorschrift des Art. 139 GG ein allgemeines antinationalsozialistisches Grundprinzip des Grundgesetzes erkennt. Rassismus, Antisemitismus und Ausländerfeindlichkeit seien mit den grundgesetzlichen Wertvorstellungen schlechthin unvereinbar. Der Ausschluss dieses Gedankenguts sei ein Verfassungsbelang, der eine „immanente Schranke der Versammlungsfreiheit“ rechtfertige.<sup>42</sup>

Diesem Ansatz war das *BVerfG* bisher mit deutlichen Worten entgegengetreten. So habe das *OVG* die verfassungsrechtlichen Anforderungen in diesem Punkt „offensichtlich verkannt“.<sup>43</sup> Wenn das *BVerfG* nun aber eine „immanente Schranke der Meinungsfreiheit“ unter Berufung auf die geschichtsgeprägte Identität der Bundesrepublik Deutschland rechtfertigt, so ist es von einem antinationalsozialistischen Grundprinzip des Grundgesetzes nicht mehr weit entfernt.<sup>44</sup> In der Sache ist diese Ausnahme zu Art. 5 GG eine Rezeption der Rechtsprechung des *OVG Münster* zu Art. 8 GG. Wenn das *BVerfG* dann ausdrücklich betont, dass sich ein solches Grundprinzip „weder aus Art. 79 III noch aus Art. 139 GG“ herleiten lässt,<sup>45</sup> setzt es sich zu seinem eigenen Ansatz in einen offenkundigen Widerspruch.

Diesen versucht das *BVerfG* dadurch zu relativieren, dass sich aus Art. 9 Abs. 2, 18 und 21 Abs. 2 GG entnehmen lasse, nicht schon die Verbreitung verfassungsfeindlicher Ideen als solche bilde die Grenze der freien politischen Auseinandersetzung, sondern erst eine aktiv kämpferische Haltung gegenüber der freiheitlich demokratischen Grundordnung.<sup>46</sup> Daher gestatte auch die „neue“ immanente Schranke zu

41 Vgl. *Enders* (Fn. 26), S. 1093 f.

42 *OVG Münster* DVBl. 2001, 1624; NJW 2001, 2211 (2113, 2114); 2001, 2986; NVwZ 2002, 714; Beschluss v. 2.3.2004 – 5 B 392/94; Beschluss v. 23.6.2004 – 5 B 1208/04; zustimmend auch *Battis/Grigoleit* Neue Herausforderungen für das Versammlungsrecht? NVwZ 2001, 121 (123 ff.).

43 *BVerfG* NJW 2001, 2074 = DVBl. 2001, 897 ff.; 2001, 1054 ff. Zu der unangebrachten Polemik, die dabei zwischen beiden Gerichten aufgekommen ist: *Benda* Kammermusik, schrill NJW 2001, 2947 f.; Zusammenfassend zu der Auseinandersetzung zwischen dem 1. Senat des *BVerfG* und dem 5. Senat des *OVG Münster* siehe: *Gusy* Rechtsextreme Versammlungen als Herausforderung an die Rechtspolitik JZ 2002, 105 ff.; *Gröpl* Grundstrukturen des Versammlungsrechts Jura 2002, 18 (24); *Beljin* Neonazistische Demonstrationen in der aktuellen Rechtsprechung DVBl. 2002, 15 ff.; *Rühl* „Öffentliche Ordnung“ als sonderrechtlicher Verbotstatbestand gegen Neonazis im Versammlungsrecht? NVwZ 2003, 531 ff.; *Kniesel/Poscher* Die Entwicklung des Versammlungsrechts 2000 bis 2003 NJW 2004, 422 (425 ff.).

44 Insofern zweifelnd auch *Volkmann* Die Geistesfreiheit und der Ungeist – Der Wunsiedel-Beschluss des *BVerfG* NJW 2010, 417 (419).

45 *BVerfG* (Fn. 10), S. 51.

46 So bereits *BVerfGE* 5, 85 (141) und 5. Leitsatz = NJW 1956, 1393 – KPD-Verbot.

Art. 5 Abs. 2 GG kein reines Gesinnungsstrafrecht, „sondern ermächtigt erst dann zum Eingriff, wenn Meinungsäußerungen die rein geistige Sphäre des Für-richtig-Haltens verlassen und in Rechtsgutsverletzungen oder erkennbare Gefährdungslagen umschlagen“.<sup>47</sup> Was das konkret bedeutet, versucht das *BVerfG* anschließend in einer schulbuchmäßigen Verhältnismäßigkeitsprüfung darzulegen.

Der legitime Zweck, der von dem beschränkenden Gesetz verfolgt werden muss, ist anhand des jeweiligen Grundrechts zu bestimmen. Für die Meinungsfreiheit findet dies in der Wechselwirkungslehre besonderen Ausdruck: Zwischen Grundrechtsschutz und -schränke findet eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die Gesetze zwar Schranken setzen, diese aber ihrerseits im Lichte dieser Grundrechtsverbürgungen ausgelegt werden müssen.<sup>48</sup> Das bedeutet, dass eine Strafvorschrift sich nicht gegen rein geistig bleibende Wirkungen von bestimmten Meinungsäußerungen richten darf. Nur dann, wenn der Gesetzgeber mit der Strafvorschrift darauf abzielt, „Meinungsäußerungen insoweit einzuschränken, als mit ihnen die „Schwelle zur individualisierbaren, konkret fassbaren Gefahr einer Rechtsgutsverletzung überschritten“ wird, verfolgt er einen legitimen Zweck“.<sup>49</sup> Hiernach soll der Gesetzgeber nur dann an Meinungsäußerungen strafrechtliche Sanktionen knüpfen dürfen, wenn die Äußerung auf „reale Außenwirkung“ in Form von Appellen, der Einschüchterung Dritter oder aufrührerischen Emotionalisierungen angelegt ist, die bei den Adressaten Handlungsbereitschaft auslösen oder Hemmschwellen herabsetzen sollen.<sup>50</sup>

Hierzu legt das *BVerfG* dem § 130 Abs. 4 StGB im Hinblick auf sein Schutzgut, den „öffentlichen Frieden“, eine „verfassungskonforme einschränkende Auslegung“ zugrunde. Ein legitimer Zweck sei der öffentliche Friede nur in einem Verständnis der „Gewährleistung von Friedlichkeit“ gegenüber manifestierter Aggressivität der Äußerung.<sup>51</sup> Diese einschränkende Auslegung war letztlich unabdingbar, wollten die Richter nicht neonazistisches Gedankengut vollständig des Schutzes der Meinungsfreiheit entkleiden, indem sie es schrankenloser Einschränkung ausliefern.<sup>52</sup> Mit dieser Auslegung greift das *BVerfG* zugleich eine Linie auf, die es bereits im Hinblick auf die Interpretation der „öffentlichen Ordnung“ i. S. d. § 15 Abs. 1 VersG seit Längerem vertritt. Versammlungsrechtliche Maßnahmen sind hiernach gerechtfertigt, wenn sich die Gefahr „nicht allein aus dem Inhalt“ der zu erwartenden Äußerungen ergibt, sondern aus der „äußerlich erkennbaren Art und Weise“ der Durchführung der Versammlung.<sup>53</sup> Beispiele für eine relevante Gefährdung, die eine Verbotsverfügung rechtfertigen können, sind danach: Fackelzüge;<sup>54</sup> Trommel oder massenhafte

47 *BVerfG* (Fn. 10), S. 51.

48 *BVerfGE* 7, 198 (208 f.); 94, 1 (8); 107, 299 (331).

49 *BVerfG* (Fn. 10), S. 52.

50 Ähnlich bereits schon *BVerfG* NJW 2004, 2814 (2815 f.); *Enders* (Fn. 26), S. 1098.

51 *BVerfG* (Fn. 10), S. 53; so auch *Poscher* (Fn. 23), S. 1317 f.

52 Diese Gefahr sieht auch *Volkman* (Fn. 44), S. 420, der es insofern für stringenter hielte, neonazistische Äußerungen schon aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit auszunehmen.

53 *BVerfG* NJW 2004, 2814 ff.; *Schoch* (Fn. 29), S. 28; kritisch *Battis/Grigoleit* Rechtsextremistische Demonstrationen und öffentliche Ordnung – Roma locuta? NJW 2004, 3459 ff.

54 *VGH Mannheim* VBIBW. 2002, 383.

Verwendung von Fahnen;<sup>55</sup> paramilitärische Elemente wie Marschieren im Gleichschritt oder Formation, die der Zurschaustellung organisierter Gewaltbereitschaft zur Einschüchterung der Bevölkerung dienen soll;<sup>56</sup> Tragen von Bomberjacken und Springerstiefeln.<sup>57</sup>

Die Übertragung dieser zur öffentlichen Ordnung entwickelten Eingriffsschwelle auf die öffentliche Sicherheit bei Auslegung der in Bezug genommenen Strafvorschrift i. S. der „Gewährleistung von Friedlichkeit“ erscheint innerhalb des § 15 Abs. 1 VersG logisch und konsequent. Jedoch bewegt sich diese Auslegung an den Grenzen einer verfassungskonformen richterlichen Interpretation der Norm, und die Gefahr einer durch die Meinungsäußerung akut drohenden Rechtsgutsverletzung wird praktisch schwerer zu ermitteln sein, als bei einem öffentlichem Paradien im Gleichschritt.<sup>58</sup> Insofern kann die Erhöhung der Eingriffsschwelle die dargelegten Zweifel an der Eingriffsgrundlage nicht beseitigen und ist für die Praxis wenig gewonnen. Das *BVerfG* gibt dem Rechtsanwender „Steine statt Brot“.

### III. Fazit

Die „Wunsiedel“-Entscheidung mag demokratischem Gerechtigkeitsempfinden entsprechen, erscheint jedoch – mit Verlaub – als rechtsdogmatisches Chaos. Der rechtshistorische Ansatz zur Begründung von Sonderrecht gegen neonazistisches Gedankengut kann nicht überzeugen und war zudem überflüssig. Das Grundgesetz erwartet gegenüber einer rechtsextremistischen Versammlung den Widerstand durch demokratische Kräfte. Wo die politische Auseinandersetzung als nicht ausreichend angesehen wird, halten Art. 5 Abs. 2 GG sowie kollidierende Verfassungsnormen „hinreichende und abschließende“ Einschränkungsmöglichkeiten bereit. Gerade § 130 Abs. 4 StGB schützt „die Würde der Opfer“ des NS-Regimes, unterfällt mithin dem „Recht der persönlichen Ehre“ und lässt sich kumulativ auf Art. 1 Abs. 1 (i. V. m. 2 Abs. 1 GG) stützen. Hätte sich das *BVerfG* auf die bereits bestehende Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes verlassen und wäre es einen der beiden Wege gegangen, ließen sich auch seine überzeugenden Ausführungen zur erhöhten Eingriffsschwelle stimmig anbringen. Die Kreation einer grundrechtsimmanenten Ausnahme zu Art. 5 Abs. 2 GG stellt jedoch gerade in diesem politisch aufgeladenen

55 *BVerfG* NJW 2001, 2069 (2072); *OVG Berlin* Beschluss v. 30.4.2004 – OVG 1 S 27.04.

56 *OVG Münster* NJW 2001, 1441 (1442); *OVG Bautzen* NVwZ-RR 2002, 435; *OVG Berlin* NVwZ 2000, 1201 (1202); *Leist* Zur Rechtmäßigkeit typischer Auflagen bei rechtsextremistischen Demonstrationen NVwZ 2003, 1300 (1302) m. w. N.

57 *OVG Münster*, ebd.; *OVG Bautzen*, ebd.; a. A. *Leist* ebd. 1303; *Kniesel/Poscher* (Fn. 43), S. 429.

58 So jeweils auch *Enders* (Fn. 26), S. 1096 f. Hier soll aber die Vermutung eingreifen, dass die Vornahme der Tathandlung regelmäßig zu dem Erfolg einer Störung des öffentlichen Friedens i. S. d. Unfriedlichkeit führt und dem Tatbestandsmerkmal Korrektivwirkung für atypische Fälle zukommt, in denen eine Störung ausgeschlossen erscheint, vgl. *BVerfG* (Fn. 10), S. 55.

Bereich einen besonders fragwürdigen Ansatz dar. Dieser „dritte Weg“ sorgt für unnötiges Konfliktpotenzial im Hinblick auf rechtsextreme Gruppierungen, die sich in ihrem „Märtyrertum“ gegenüber dem demokratischen Rechtsstaat gerechtfertigt fühlen. Der Damm des Sonderrechtsverbotes wird ohne Not eingerissen. Das letzte Wort scheint hier noch nicht gesprochen.