

Schriften zum Strafrecht

Heft 231

Erinnerungsstrafrecht

Eine Neubegründung des Verbots
der Holocaustleugnung auf rechtsvergleichender
und sozialphilosophischer Grundlage

Von

Milosz Matuschek



Duncker & Humblot · Berlin

MIŁOSZ MATUSCZEK

Erinnerungsstrafrecht

Schriften zum Strafrecht

Heft 231

Erinnerungsstrafrecht

Eine Neubegründung des Verbots
der Holocaustleugnung auf rechtsvergleichender
und sozialphilosophischer Grundlage

Von

Milosz Matuschek



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Regensburg hat diese Arbeit
im Jahre 2011 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2012 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0558-9126

ISBN 978-3-428-13733-6 (Print)

ISBN 978-3-428-53733-4 (E-Book)

ISBN 978-3-428-83733-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Für meine Eltern

„Wie auch immer dieser Krieg ausgeht – den Krieg gegen Euch haben wir gewonnen. Keiner von Euch wird übrigbleiben, um Zeugnis abzulegen, aber selbst wenn einer davonkommen sollte, würde ihm die Welt nicht glauben. Vielleicht wird es Vermutungen geben, Diskussionen, Untersuchungen von Historikern, aber es wird keinerlei Gewißheit geben, weil wir Euch samt den Beweisen zerstören werden. Und selbst wenn irgendein Beweis übrigbleiben und einer von euch überleben sollte, werden die Leute sagen, daß die Dinge, von denen ihr da berichtet, zu ungeheuerlich sind, als daß man sie glauben könnte ... Die Geschichte der Lager werden wir diktieren.“¹

¹ SS-Mann zu KZ-Häftlingen, zitiert nach: *Agamben*, S. 137.

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommer 2011 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Schrifttum wurden bis Ende Juli 2011 berücksichtigt. Für die Veröffentlichung wurde insbesondere der letzte Teil der Arbeit über den europäischen Rahmenbeschluss auf den neuesten Stand gebracht.

Mein Dank gilt an erster Stelle meinem Doktorvater Prof. Dr. Tonio Walter für sein Interesse an diesem Thema, die Freiheit, die er mir beim Forschen ließ, sowie die vielfältige direkte, unbürokratische Unterstützung bei der Förderung erster Publikationen sowie bei Bewerbungen um Stipendien. Ich habe auch für das sorgfältig erstellte Erstgutachten zu danken. Herrn Prof. Dr. Michael Pawlik danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Zu danken habe ich auch Herrn Prof. Dr. Dr. Alfons Bürge von der Ludwig-Maximilians-Universität in München, der mich ebenfalls vielfältig unterstützt hat, z.B. in Form einer Stelle als wissenschaftliche Hilfskraft im Rahmen des Austauschprogramms mit der Université Panthéon-Assas (Paris II) und bei Bewerbungen um Stipendien.

Mein besonderer Dank gilt meinen Eltern. Sie haben die Entstehung der Arbeit von Anfang bis Ende vorbehaltlos ideell und materiell unterstützt und mir erlaubt, meiner persönlichen Neigung nachzugehen, ohne die fehlende bilanzierbare Verwertbarkeit von über drei Jahren Forschungsarbeit zu beklagen. Dafür danke ich und widme ihnen diese Arbeit.

Bei der Entstehung der Arbeit haben mich viele Personen begleitet, denen ich für förderliche Gespräche und Diskussionen, Kritik, Hinweise und Ideen zu danken habe. Gerade bei einer Arbeit, die über die Grenzen der Rechtswissenschaft hinausgeht, war mir dies von unschätzbarem Wert. Ich danke Dottore Dario Franzin (Rom), Doktorandin Aleksandra Gliszczyńska-Grabias (Poznań/Yale), Dr. phil. Harald Münster (München), Dr. phil. Andreas Peschl (Bergen), Dr. phil. Jan-Markus Pinjuh (München), Dr. jur. Rupprecht Podszun (München) und Doktorand Stanisław Tosza (Krakau/Luxemburg). Ganz besonders zu danken habe ich Rechtsanwältin Ania Lesinska (Berlin) für die selbstlose Bereitschaft, das Manuskript korrekturlesen. Ebenso zu danken habe ich Frau Dr. jur. Ewa Weigand für das Korrekturlesen der Polen betreffenden Teile meiner Arbeit. Ihr danke ich zudem dafür, dass sie es mir als Referatsleiterin für Polen und Südosteuropa zwei Mal ermöglicht hat, am Max-Planck-Institut für internationales

und ausländisches Strafrecht in Freiburg zu forschen. Mein Dank gilt auch Doktorandin Sarah Kiesel, wissenschaftliche Mitarbeiterin am MPI in Freiburg, für das Korrekturlesen des Teils zum materiellen Verbrechensbegriffs sowie Doktorand Harald Weiß, ebenfalls wissenschaftlicher Mitarbeiter am MPI in Freiburg, für den regen Austausch über den europäischen Rahmenbeschluss. Meinem Bruder Dominik Matuschek danke ich für die helfende Hand bei den letzten Korrekturarbeiten am Manuskript.

Mein besonderer Dank gilt schließlich auch der Fondation pour la Mémoire de la Shoah (Paris), die mein Dissertationsvorhaben zwei Jahre lang mit einem großzügigen Vollstipendium unterstützt hat. Eine thematisch passendere Stiftung hätte ich mir nicht wünschen können. Herrn Dr. Dominique Trimbur sei hier stellvertretend für die Stiftung herzlich gedankt. Mein herzlicher Dank gilt auch dem Regensburger Verein Bayhost e. V. für die Bezuschussung eines mehrmonatigen Forschungsaufenthalts an der Jagellonien Universität Krakau.

Am Anfang der Arbeit stand ein Wort. Genauer gesagt: ein Widerwort. Und zwar zu einem Leitartikel in der F.A.Z. v. 12.03.2007, der sich kritisch mit der europaweiten Pönalisierung der Holocaustleugnung auseinandersetzte. Aus ersten Gedanken in einem kühnen Leserbrief vom 13.04.2007 wurde schließlich diese Arbeit. Danke für den Stein des Anstoßes, Herr Müller!

Berlin, im Juli 2011

Milosz Matuschek

Inhaltsübersicht

Einführung	29
-------------------------	----

Erster Teil

Was schützt das Verbot der Holocaustleugnung?	33
--	----

1. Kapitel: Negationismus als Straftat	33
2. Kapitel: Das Verbot der Holocaustleugnung in der rechtspolitischen Diskussion	46
3. Kapitel: Das Schutzgut des Verbots der Holocaustleugnung	86
Ergebnis	102

Zweiter Teil

Das Verbot der Holocaustleugnung als Erinnerungsgesetz	105
---	-----

4. Kapitel: Die Erinnerung an den Holocaust als sozialer Zustand	105
5. Kapitel: Die Erinnerung an den Holocaust als rechtliches Postulat	118
6. Kapitel: Die kollektive Erinnerung als strafrechtliches Schutzgut	130
Ergebnis	146

Dritter Teil

Sind Erinnerungsgesetze ideengeschichtlich vertretbar?	149
---	-----

7. Kapitel: Gemeinschaftliche Elemente in der neuzeitlichen Sozialphilosophie	149
8. Kapitel: Gemeinschaftliche Elemente in der neuzeitlichen Strafrechtsphilosophie	164
Ergebnis	181

Vierter Teil

Sind Erinnerungsgesetze strafrechtsdogmatisch integrierbar?	183
9. Kapitel: Verbrechensbegriff und Gemeinschaftsinteressen	183
10. Kapitel: Die Integration der kollektiven Erinnerung in die Strafrechtsdogmatik	214
Ergebnis.....	218

Fünfter Teil

Sind Erinnerungsgesetze verfassungsrechtlich rechtfertigbar?	220
11. Kapitel: Grund und Grenzen der Meinungsfreiheit.....	220
12. Kapitel: Das Verbot der Holocaustleugnung in der Verfassungsrechtsprechung.....	230
Ergebnis.....	237

Sechster Teil

Europas Erinnerungsgesetz?	238
13. Kapitel: Der EU-Rahmenbeschluss (2008/913/JI) v. 28.11.2008	238
Ergebnis.....	247
Schluss	249
Literaturverzeichnis	252
Sachwortregister	290

Inhaltsverzeichnis

Einführung	29
I. Zielsetzung und thematische Einbettung	29
II. Der Gang der Untersuchung	30
III. Zitierweise	32

Erster Teil

Was schützt das Verbot der Holocaustleugnung?	33
--	----

1. Kapitel

Negationismus als Straftat	33
-----------------------------------	----

A. Was ist Negationismus?	33
B. Geschichtliche und methodische Aspekte des Negationismus	36
I. Der Ursprung des Negationismus	36
II. Die Methoden der Negationisten	39
C. Der Begriff „<i>lois mémorielles</i>“ – Erinnerungsgesetze	41
I. Was sind Erinnerungsgesetze?	41
II. Klassifizierung	43
III. Eingrenzung des Begriffs „Erinnerungsgesetz“	44

2. Kapitel

Das Verbot der Holocaustleugnung in der rechtspolitischen Diskussion	46
---	----

A. Deutschland: § 130 Abs. 3 StGB	46
I. Gesellschaftlicher Kontext	46
II. Initiative	47
III. Verlauf der parlamentarischen Debatte	48
1. Pro-Argumente	48
2. Contra-Argumente	50
IV. Rechtspolitische Stellungnahmen	51
1. Stellungnahmen aus der Gesellschaft	51
a) Positive Kommentare	51
b) Kritische Kommentare	52

2. Stellungnahmen aus der Rechtswissenschaft.....	53
a) Positive Kommentare.....	53
b) Kritische Kommentare.....	54
B. Frankreich: Art. 24^{bis} frz. PresseG.....	55
I. Gesellschaftlicher Kontext.....	55
II. Initiative.....	56
III. Verlauf der Debatte in der Assemblée Nationale und im Senat.....	57
1. Pro-Argumente.....	57
2. Contra-Argumente.....	60
IV. Rechtspolitische Stellungnahmen.....	61
1. Stellungnahmen aus der Gesellschaft.....	62
a) Positive Kommentare.....	62
b) Kritische Kommentare.....	63
2. Stellungnahmen aus der Rechtswissenschaft.....	65
a) Positive Kommentare.....	65
b) Kritische Kommentare.....	67
C. Polen: Art. 55 i.V.m. Art. 1 IPN-G.....	68
I. Gesellschaftlicher Hintergrund.....	68
II. Initiative.....	70
III. Verlauf der Debatte im Sejm und im Senat.....	71
1. Pro-Argumente.....	71
2. Contra-Argumente.....	72
IV. Rechtspolitische Stellungnahmen zu Art. 55 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 IPN-G.....	73
1. Stellungnahmen aus der Gesellschaft.....	73
a) Positive Kommentare.....	73
b) Kritische Kommentare.....	74
2. Stellungnahmen aus der Rechtswissenschaft.....	75
a) Positive Kommentare.....	75
b) Kritische Kommentare.....	76
D. England.....	77
I. Gesellschaftlicher Kontext und Initiative.....	77
II. Pro- und Contra-Argumente in Gesellschaft und Rechtswissenschaft.....	78
E. Kritische Stellungnahme zur rechtspolitischen Diskussion.....	79
I. Deontologische Argumente.....	79
1. Das Totalitarismusargument.....	79
2. Das Übermaßargument.....	81
3. Das Ausnahmegesetzargument.....	82
II. Konsequentialistische Argumente.....	83
1. Das Märtyrerargument.....	83
2. Das Aufmerksamkeitsargument.....	84
3. Das Dambruchargument.....	85

Inhaltsverzeichnis	15
--------------------	----

3. Kapitel

Das Schutzgut des Verbots der Holocaustleugnung 86

A. Deutschland	86
I. Der öffentliche Friede	87
1. Definitionsansätze des öffentlichen Friedens	87
2. Die Anwendung auf das Verbot der Holocaustleugnung	89
II. Individualschützende Rechtsgüter jenseits des öffentlichen Friedens ...	91
1. Die Menschenwürde	91
2. Die Ehre	92
III. Strafgründe jenseits etablierter Rechtsgutskategorien	93
B. Frankreich	94
I. Die kollektive Erinnerung	95
II. Der <i>ordre public</i>	98
III. Die Menschenwürde	99
IV. Das demokratische Gemeinwesen	100
C. Polen	100
I. Die Erinnerung und die historische Wahrheit	101
II. Die Ehre und die Menschenwürde	102
Ergebnis	102

Zweiter Teil

Das Verbot der Holocaustleugnung als Erinnerungsgesetz 105

4. Kapitel

Die Erinnerung an den Holocaust als sozialer Zustand 105

A. Soziale Bindung im modernen Staat	105
I. Keine Gemeinschaft ohne Identität	105
II. Überholte staatliche Bindungselemente: Religion, Rasse und Abstammung	107
III. Die moderne Nation als politische Glaubensgemeinschaft	109
IV. Die moderne Nation als Erinnerungsgemeinschaft	111
B. Die Erinnerungskultur an den Holocaust als Identifikationselement ...	113
I. Die Entwicklung der Erinnerungskultur an den Holocaust	113
II. Die Offizialisierung der Erinnerungskultur an den Holocaust	115
III. Die Erinnerung als „soziale Tatsache“ (<i>Durkheim</i>)	117

5. Kapitel

Die Erinnerung an den Holocaust als rechtliches Postulat 118

A. Soziale Integration durch Recht	118
B. Erinnerung und Öffentliches Recht	120
I. Die Präambel zum Grundgesetz	120
II. Die Übergangsvorschrift des Art. 139 GG	121
III. Die wehrhafte Demokratie	122
IV. Der Begriff der „öffentlichen Ordnung“	124
C. Erinnerung und Strafrecht	126
I. Der Vergangenheitsbezug in den Straftheorien	126
II. Kollektive Erinnerung durch Strafverfahren	127
III. Materielle Grundentscheidungen für die Erinnerung	128

6. Kapitel

Die kollektive Erinnerung als strafrechtliches Schutzgut 130

A. Der Begriff der kollektiven Erinnerung	130
B. Konzeptionen der kollektiven Erinnerung	131
I. Die kollektive Erinnerung bei Halbwegs	131
II. Die kollektive Erinnerung bei J. Assmann	132
C. Das Rechtsgut der kollektiven Erinnerung	133
I. Die Erinnerung als werthafter Bewusstseinszustand	133
II. Die kollektive Erinnerung als Gemeinrechtsgut	135
D. Die Schutzbedürftigkeit der kollektiven Erinnerung	137
I. Der Einsatz des Strafrechts als <i>Ultima ratio</i>	137
II. Die Notwendigkeit des Verbots der Holocaustleugnung	138
1. Die natürliche Erosionsanfälligkeit der kollektiven Erinnerung	138
2. Das personale Defizit in der gesellschaftlichen Auseinandersetzung ..	139
3. Das strukturelle Defizit in der kommunikativen Auseinandersetzung	140
E. Erinnerungsstrafrecht als Identitätsstrafrecht	143
I. Was ist Identitätsstrafrecht?	143
II. Die drei Ebenen des Identitätsstrafrechts	144
III. Die hybride Struktur des modernen Strafrechts	145
Ergebnis	146

Inhaltsverzeichnis	17
--------------------	----

Dritter Teil

Sind Erinnerungsgesetze ideengeschichtlich vertretbar?	149
---	-----

7. Kapitel

Gemeinschaftliche Elemente in der neuzeitlichen Sozialphilosophie	149
--	-----

A. Welcher Staat? Eine sozialphilosophische Gefühlslage	149
B. Der Holismus in der Staatsphilosophie	152
I. Die Staatsgründung aus atomistischer Sicht	152
II. Die Staatsgründung aus holistischer Sicht	153
C. Der Kollektivismus in der Staatsphilosophie	157
I. Der Gesellschaftsvertrag als individualistisches Paradigma	157
II. Die Entdeckung der Gemeinschaft	159

8. Kapitel

Gemeinschaftliche Elemente in der neuzeitlichen Strafrechtsphilosophie	164
---	-----

A. Hobbes: Strafrecht zum Schutz der Gemeinschaft	164
B. Locke: Strafrecht als Individual- und Kollektivschutz	166
C. Montesquieu: Das Strafrecht als Ausdruck eines „<i>esprit de nation</i>“	167
D. Rousseau: Das Verbrechen als Bruch des Gesellschaftsvertrages	169
E. Beccaria: Gesellschaftsschutz vor Individualschutz	170
F. Kant: Die Lüge als Verbrechen gegen den Urvertrag	173
G. Hegel: Die Strafe als Mittel zur Bewahrung des Allgemeinen	176
H. Durkheim: Verbrechen als Verletzung eines Kollektivbewusstseins	178
Ergebnis	181

Vierter Teil

Sind Erinnerungsgesetze strafrechtsdogmatisch integrierbar?	183
--	-----

9. Kapitel

Verbrechensbegriff und Gemeinschaftsinteressen	183
---	-----

A. Der materielle Verbrechensbegriff in Deutschland	183
I. Der Begriff des Rechtsguts	183
II. Die Funktion des Rechtsguts	186

1. Das Rechtsgut als Begrenzungskriterium des Strafrechts	186
2. Das Rechtsgut als Auffangform für alle legitimen Interessen	187
3. Stellungnahme	188
III. Gemeinschaftsbelange in der Strafrechtsdogmatik	189
B. Der materielle Verbrechensbegriff in Frankreich	190
I. Die Definition des Verbrechens	190
II. Die Funktion der Verbrechensdefinition	192
III. Die Rolle des „ <i>intérêt protégé</i> “ oder „ <i>bien juridique</i> “	193
C. Der materielle Verbrechensbegriff in Polen	195
I. Von der Gesellschaftsgefährlichkeit zur Gesellschaftsschädlichkeit	195
II. Der Begriff der Gesellschaftsschädlichkeit in Art. 1 § 2 poln. StGB von 1997	198
1. Die Ausklammerung aus der materiellen Verbrechensdefinition	199
2. Die Integration in die materielle Verbrechensdefinition.	200
III. Die Verbrechensdefinition	201
IV. Die Funktion des Rechtsguts („ <i>dobro prawne</i> “).	203
D. Der materielle Verbrechensbegriff in England	205
I. Begriff und Funktion des <i>Harm Principle</i>	205
II. Der Stellenwert von Gemeinschaftsinteressen und Wertvorstellungen.	207
1. Die „ <i>Disintegration Thesis</i> “ (<i>Devlin</i>).	207
2. Der Störungsgrundsatz und das schadlose Unrecht (Feinberg).	210
3. Die Verhinderung des Allgemeinwohls als Schaden (Raz).	212
4. Ideelle Schäden (MacKinnon, Delgado, Tsesis).	213

10. Kapitel

Die Integration der kollektiven Erinnerung in die Strafrechtsdogmatik

214

A. Deutschland: Die Erinnerung als abstrakt-ideelles Gemeinrechtsgut	214
B. Frankreich: Die Erinnerung als <i>valeur sociale</i>	216
C. Polen: Die Erinnerung als geschützter gesellschaftlicher Wert	216
D. England: Die Verletzung der Erinnerung als <i>harm</i>?	217
Ergebnis.	218

Inhaltsverzeichnis	19
--------------------	----

Fünfter Teil

Sind Erinnerungsgesetze verfassungsrechtlich rechtfertigbar?	220
---	-----

11. Kapitel

Grund und Grenzen der Meinungsfreiheit	220
---	-----

A. Die Begründungsarten der Meinungsfreiheit	220
B. Das „Truth Principle“ und die Holocaustleugnung	223
I. Das „ <i>Truth Principle</i> “ (<i>Milton, Mill</i>)	223
II. Der „ <i>Marketplace of Ideas</i> “ (<i>Wendell-Holmes</i>)	225
III. Wahrheitssuche und Holocaustleugnung	226
1. Das Wissensargument	226
2. Das Unfehlbarkeitsargument	228
3. Das Vitalitätsargument	229

12. Kapitel

Das Verbot der Holocaustleugnung in der Verfassungsrechtsprechung	230
--	-----

A. Die Holocaustleugnung und das Grundrecht der Meinungsfreiheit	230
I. Die kontinentaleuropäische Verfassungsrechtsprechung	230
II. Die Verfassungsrechtsprechung im angelsächsischen Rechtskreis	233
B. Die kollektive Erinnerung als abwägungsrelevante Größe.	235
Ergebnis	237

Sechster Teil

Europas Erinnerungsgesetz?	238
-----------------------------------	-----

13. Kapitel

Der EU-Rahmenbeschluss (2008/913/JI) v. 28.11.2008	238
---	-----

A. Der Inhalt des Rahmenbeschlusses	238
I. Die Genese	238
II. Die Straftatbestände des Rahmenbeschlusses	239
B. Die Konsequenzen für den deutschen Gesetzgeber	240
I. Die Pflicht zur Umsetzung	240
II. Die Art der Umsetzung	241
III. Der Umfang der Umsetzung	242
IV. Problemfelder bei der Umsetzung des Rahmenbeschlusses	242

1. Der Umfang des Art. 1 Abs. 1 Buchstabe c)	243
2. Die Wahrscheinlichkeit der Aufstachelung zu Gewalt und Hass.....	244
3. Der Konflikt zwischen Justiz und Geschichtswissenschaft	245
V. Die Lösung des deutschen Gesetzgebers.....	246
C. Stellungnahme	246
Ergebnis	247
Schluss	249
Literaturverzeichnis	252
Sachwortregister	290

Abkürzungsverzeichnis

AA	Akademie-Ausgabe
a. A.	andere Ansicht
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
AE-StGB	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches
AFDI	Annuaire français de droit international
AHSS	Annales. Histoire, Sciences Sociales
AJE	American Journal of Education
ALR	Allgemeines preußisches Landrecht
Americ. J. Soc.	The American Journal of Sociology
Americ. Soc. Rev.	The American Sociological Review
A.N.	Assemblée Nationale, französisches Parlament, im J.O. zitiert
Anm.	Anmerkung
Annu. Rev. L. Soc. Sci.	Annual Review of Law and Social Science
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
Arch. phil. droit	Archives de philosophie de droit
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Austl. J. Leg. Phil.	Australian Journal of Legal Philosophy
A/W/H/H	Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf
Bd.	Band
bearb.	bearbeitet
begr.	begründet
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BT-Drs.	Bundestag Drucksache
BT-Prot.	Stenografische Protokolle des Bundestages
Buffalo Crim. L. Rev.	Buffalo Criminal Law Review
B. U. L. Rev.	Boston University Law Review
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

BVerfGE	amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
B/W/M	Baumann/Weber/Mitsch
bzw.	beziehungsweise
CA	Cour d'appel, französisches Berufungsgericht
ca.	circa
Cah. fran.	Cahiers français
Cal. L. Rev.	California Law Review
Card. L. Rev.	Cardozo Law Review
Card. St. L. L.	Cardozo Studies in Law and Literature
C. cass.	Cour de cassation, französischer Kassationsgerichtshof
C. cass. ch. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle, französischer Kassationsgerichtshof, Strafkammer
C. civ.	Code Civil, französisches Zivilgesetzbuch
C. const.	Conseil constitutionnel, frz. Verfassungsgericht, zitiert nach der amtlichen Entscheidungssammlung (Recueil des arrêts du Conseil Constitutionnel)
CDU	Christlich-Demokratische Union
C. E.	Conseil d'Etat, oberstes frz. Verwaltungsgericht
Chap.	Chapter/Chapitre = Kapitel
CJCR	Cardozo Journal of Conflict Resolution
CNRS	Centre National de la Recherche Scientifique
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
C.R.	Compte rendu des débats, Debatte im französischen Parlament, zitiert im J.O.
Crim. Just. Ethics	Criminal Justice Ethics
Crim. L. & Philosophy	Criminal Law and Philosophy
Crit. Crim.	Critical Criminology
CSU	Christlich-Soziale Union
D.	Recueil Dalloz Sirey (teilweise zitiert mit dem Zusatz „Chron.“ für „Chronique“ oder „J.“ für „Jurisprudence“)
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, frz. Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Dr. pén.	Droit pénal, frz. Strafrechtszeitschrift
Duke J. Comp. & Int'l L.	Duke Journal of Comparative & International Law
Duke L. J.	Duke Law Journal
Duq. U. L. Rev.	Duquesne University Law Review
Dz. U.	Dziennik Ustaw, polnisches Gesetzblatt

EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention, zitiert nach der amtlichen Entscheidungssammlung (Recueil des arrêts et décisions)
EMRKomm.	Europäische Menschenrechtskommission
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
Eur. Comm'n H. R. Dec. & Rep	European Commission of Human Rights, Decision and Reports (zitiert mit Heftnummer und Seite)
EUV	EU-Vertrag
Fasc.	Fascicule (Nummerierte Sektion eines Werkes/Buches)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	folgende (bei Seitenangaben)
FG	Festgabe
Fla. St. U. L. Rev	Florida State University Law Review
Fn.	Fußnote
fortgef.	fortgeführt
frz.	französisch
frz. PresseG	französisches Pressegesetz, loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv
Ga. L. Rev.	Georgia Law Review
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Gaz. Wyb.	Gazeta Wyborcza, linksliberale polnische Tageszeitung
Geo. Mason L. Rev.	George Mason Law Review
Germ. L. J.	German Law Journal
GG	Grundgesetz
GW	Gesammelte Werke
Harv. Blackletter L. J.	Harvard Blackletter Law Journal
Harv. C. R.-C. L. L. Rev.	Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
H.C.-Prot.	Stenografisches Protokoll der Debatte im britischen Unterhaus (House of Commons)
HFR	Humboldt Forum Recht
Hg.	Herausgeber
Hist. ZSchr.	Historische Zeitschrift
h. M.	herrschende Meinung
HRRS	Online-Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht
hrsg.	herausgegeben
HStR	Handbuch des Staatsrechts

ICERD	International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination
IMG	Internationaler Militärgerichtshof
Ind. L. J.	Indiana Law Journal
insbes.	insbesondere
Int'l Rev. Soc. Hist.	International Review of Social History
IPbpr	Internationaler Pakt für bürgerliche und politische Rechte
IPN	Instytut Pamięci Narodowej, polnisches Institut für nationales Gedenken
IPN-G	Gesetz über die Errichtung des polnischen Instituts für nationales Gedenken
i. S. d.	im Sinne des
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof
i. V. m.	in Verbindung mit
J.-Cl.	Jurisclasseur
J.-Cl. comm.	Jurisclasseur Communication
J.-Cl. l. pén. spéc.	Jurisclasseur lois pénales spéciales
J. Crim. L. & Criminology	Journal of Criminal Law and Criminology
J. O.	Journal Officiel, französisches Amtsblatt
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
JuS	Juristische Schulung
kan. StGB	kanadisches Strafgesetzbuch
KJ	Kritische Justiz
Krak. Stud. Prawn.	Krakowskie Studia Prawnicze, polnische Rechtszeitschrift
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahrszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KZ	Konzentrationslager
LDH	Ligue des Droits de l'Homme (frz. Menschenrechtsvereinigung)
LICRA	Ligue contra le racisme et l'antisemitisme (frz. Vereinigung gegen Rassismus und Antisemitismus)
LK	Leipziger Kommentar
L/K	Lackner/Kühl
M/D	Maunz/Dürig
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
MK	Münchener Kommentar
MLR	Modern Law Review
M. L. Rev.	Maine Law Review
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen

New Germ. Crit.	New German Critique
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NKWD	Nationales Kommissariat für innenpolitische Belange, sowjetischer Geheimdienst
NP	Nowe Prawo, poln. Rechtszeitschrift
NS	Nationalsozialismus
NStZ	Neue Strafrechtszeitung
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
o. ä.	oder ähnlich(e)
ONSKW	Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izby Karnej i Izby Wojskowej (Urteile des obersten Gerichtshofs Polens, Kammer für Straf- und Wehrsachen)
österr. VerbotsG	österreichisches Verbotsgesetz
Oxf. J. Leg. St.	Oxford Journal of Legal Studies
PA	Petites Affiches, frz. Rechtszeitschrift
Pal.	Palestra, poln. Rechtszeitschrift
PiP	Państwo i Prawo, poln. Rechtszeitschrift
PiPr.	Prokuratura i Prawo, poln. Rechtszeitschrift
poln.	polnisch
poln. StGB	polnisches Strafgesetzbuch, kodeks karny
poln. Verfassung	polnische Verfassung
Pos.	Position
PPK	Przegląd Prawa Karnego, poln. Strafrechtszeitschrift
Prof. Dr.	Professor Doktor
PS	Przegląd Sądowy, poln. Rechtszeitschrift
PSejm.	Przegląd Sejmowy, poln. Rechtszeitschrift
Publ. Op. Quart.	Public Opinion Quarterly
RDP	Revue du Droit Public
Rec.	Recueil (frz.: Sammelband)
RechtsA-Prot.	Protokoll des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages
Regards	Regards sur l'actualité, frz. Zeitschrift
Rev. phil.	Revue philosophique de la France et de l'étranger
Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDP	Revue internationale de droit pénal
Riv. it.	Rivista italiana di diritto e procedura penale
Rn.	Randnummer
R. Publ.	Res Publica
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil, frz. Zivilrechts- zeitschrift

RuP	Recht und Politik
Rz.	Rzeczpospolita, konservative polnische Tageszeitung
S.	Seite, bzw. Sénat, wenn aus dem französischen Amtsblatt (J.O.) zitiert wird
SB	Służba Bezpieczeństwa, polnischer Geheimdienst von 1956–1990
schweiz. StGB	Strafgesetzbuch der Schweiz
Sejm-Prot.	Stenografische Protokolle der Debatten im polnischen Parlament (Sejm)
SK	Systematischer Kommentar
Slav. Rev.	Slavic Review
SN	Sąd Najwyższy, oberstes polnisches Gericht
s. o.	siehe oben
South Centr. Rev.	South Central Review
span. StGB	spanisches Strafgesetzbuch
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SS	Schutzstaffel
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
StGB	Strafgesetzbuch
Stud. Iur.	Studia Iuridica
StV	Strafverteidiger
s. u.	siehe unten
Sydney L. Rev.	Sydney Law Review
Symp.	Symposium
SZ	Süddeutsche Zeitung
Taz	die Tageszeitung
T/F	Tröndle/Fischer
TGI	Tribunal de grande instance, frz. Gericht erster Instanz in Zivilsachen
TierSchG	Tierschutzgesetz
TK	Trybunał Konstytucyjny, polnischer Verfassungsgerichtshof
Trib. corr.	Tribunal correctionnel, Strafrechtsskammer des Tribunal de grande instance
u. a.	unter anderem
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
unveröff.	unveröffentlicht
UP L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom/von
v. a.	vor allem
VerbrBekG	Verbrechensbekämpfungsgesetz
vgl.	vergleiche

Vorbem.	Vorbemerkung
Vt. L. Rev.	Vermont Law Review
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
Wash. & Lee L. Rev.	Washington & Lee Law Review
WPP	Wojskowy Przegląd Prawniczy, poln. Rechtszeitschrift
Yale L.J.	The Yale Law Journal
z. B.	zum Beispiel
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zust.	zustimmend

Einführung

I. Zielsetzung und thematische Einbettung

Das Verbot der Holocaustleugnung existiert in Form einer expliziten Strafnorm seit nunmehr 17 Jahren in Deutschland und seit 21 Jahren in Frankreich. An die 15 Staaten in Europa und der Welt haben diese Strafvorschrift eingeführt (z.B. Polen, Österreich, die Schweiz, Belgien, Luxemburg und zuletzt Ungarn) oder planen dies – oft unabhängig von einer direkten Implikation in den Holocaust (z.B. Argentinien).¹ Die Strafnorm hat sich im Großen und Ganzen auch in der gerichtlichen Praxis bewährt und, soweit sich dies überblicken lässt, jedenfalls nicht zu einer Unmenge von Fehlentscheidungen geführt.

Dennoch scheint das Verbot der Holocaustleugnung in der Strafrechtswissenschaft nie wirklich heimisch geworden zu sein, trotz einer Reihe sehr lesenswerter Arbeiten² zu diesem Thema. Auf den ersten Blick mag dies nicht verwundern: eine Strafnorm, die bis zu fünf Jahre Haft für eine öffentliche Äußerung vorsieht, sollte zu Recht Skepsis und Verwunderung hervorrufen. Erstaunlich ist hingegen, dass vor allem die arrivierte deutsche Strafrechtswissenschaft vor der materiellen Begründung kapituliert zu haben scheint: Lenckner hat diese Norm einst resignativ als „Trauma“ für das Strafrecht bezeichnet (S/S § 130, Rn. 20). Andernorts liest man von einem „Fremdkörper“ (Junge, S. 2) und einer Strafnorm, die für den Rechtsgüterschutz nicht nötig sei (Roxin, AT I § 2, Rn. 42). Andere wiederum halten die Suche nach dem geschützten Rechtsgut – und damit immerhin nach dem materiellen Kern der Vorschrift! – sogar ausdrücklich für obsolet (Stratenwerth, Lenckner-FS, S. 388). Selbst der Vorstoß von Hörnle, das Verbot mit dem Schutz von Gefühlen zu erklären (vgl. Grob anstößiges Verhalten, S. 339), sollte letztlich eher die inhaltliche Leere des Verbots verdeutlichen, als zu deren Füllung beitragen.

Die herbe und teils kategorische Kritik eines Teils der Strafrechtswissenschaft fordert (trotz aller Vorsicht gegenüber Äußerungsverboten im Allgemeinen), zu einer „Kritik der Kritik“ heraus. Diese soll hier mit einem

¹ Vgl. *Whine*, in: Hare/Weinstein (Hg.), S. 543.

² Lediglich beispielhaft seien hier die Dissertationen von v. Dewitz, Stegbauer und Wandres genannt.

konstruktiven Ansatz verknüpft werden: Ziel der Arbeit ist es, das Verbot der Holocaustleugnung auf eine neue rechtliche Begründungsbasis zu stellen und die Existenz der Norm unter Einbeziehung von Nachbarwissenschaften zu erklären.

In der materiellen Begründbarkeit liegt die Herausforderung umstrittener Verbote. Das Strafrecht schützt *idealiter* etwas: einen Wert, ein Objekt bzw. ein Rechtsgut. Es kann sich nicht damit begnügen, ein Phänomen, und sei es auch der Antisemitismus und Negationismus, zu bekämpfen oder einfach „gegen etwas“ zu sein. Das wäre die Logik der Politik, nicht des Rechts. Gleichzeitig ist das Recht aber auch ein Reaktionsmedium. Dies gilt besonders für das Strafrecht. Ob Umweltschutz, Massentierhaltung, technische Innovationen (z. B. das Klonen) oder die Bedrohung durch den Terror: sozialerhebliche Phänomene von großem Ausmaß lassen das Strafrecht selten unberührt und fordern auch der Strafrechtsdogmatik Anpassungsleistungen ab.

Der Holocaust hat die geistige Verfasstheit der Nachkriegsgenerationen in Europa wie kein zweites Ereignis des 20. Jahrhunderts beeinflusst. Spätestens seit den 80er Jahren hat die Erinnerungskultur einen regelrechten „Boom“ erfahren: Die Vergangenheit wurde in Literatur, Kunst und Gesellschaft thematisiert; die aufstrebende Gedächtnisforschung in den Geisteswissenschaften (Soziologie, Kulturwissenschaften, Geschichte) hat diesen Prozess intensiv begleitet; die Politik hat die Erinnerungskultur an den Holocaust offiziell und institutionalisiert. Der Bezug zu Auschwitz als Kristallisationspunkt der deutschen Nachkriegsidentität (insbesondere der Berliner Republik) ist aus dem politischen Diskurs nicht mehr wegzudenken.

Das Thema Erinnerung besitzt zudem einen Brückenschlag zwischen den Disziplinen wie kaum ein anderes Thema (Erll, S. 2). Umso mehr verwundert es, dass die deutsche Rechtswissenschaft davon bisher kaum Notiz genommen hat (für eine der wenigen Ausnahmen siehe Kirste, ARSP 2008, 47 ff.). Zwischen Erinnerungsthematik und materiellem Strafrecht wurden bisher nur sehr zurückhaltend erste Brücken gebaut (vgl. Matuschek, SZ v. 15.07.2008, S. 13; kritisch: Zabel, ZStW 2010, 834, 853). Vermutlich trifft das Diktum Hegels, wonach die Eule der Minerva erst mit der einbrechenden Dämmerung ihren Flug beginnt, auch für die deutsche Strafrechtswissenschaft zu.

II. Der Gang der Untersuchung

Im ersten Teil wird eine Annäherung an das Schutzgut des Verbots der Holocaustleugnung unternommen. Im 1. Kapitel werden zunächst die Begriffe „Negationismus“ und „Erinnerungsgesetz“ vorgestellt und erläutert. Das 2. Kapitel widmet sich der Genese der einschlägigen Strafvorschriften

und der rechtspolitischen Diskussion in Deutschland, Frankreich, Polen und England, also Ländern, die jeweils stellvertretend für einen bestimmten Rechtskreis (germanisch, romanisch, slawisch, angelsächsisch) stehen. Das 3. Kapitel behandelt die strafrechtliche Schutzgutsdiskussion in diesen Ländern.

Im zweiten Teil wird ein neues Rechtsgut für das Verbot der Holocaustleugnung entworfen. Im 4. und 5. Kapitel wird der Stellenwert der Erinnerungsthematik in Gesellschaft, Politik und Recht analysiert. Im 6. Kapitel wird das Rechtsgut der kollektiven Erinnerung in Anlehnung an die Arbeiten von Halbwachs und Assmann konzipiert und die Notwendigkeit eines Erinnerungsschutzes am Maßstab des *Ultima-ratio*-Gedankens überprüft. Schließlich wird kurz eine neue Einordnung des Tatbestandes in das Verbrechenssystem vorgenommen.

Der dritte, vierte und fünfte Teil folgen gedanklich der Trias „Legitimität“, „Legitimation“ und „Limitation“. Unter „Legitimität“ wird im dritten Teil eine Rückkoppelung des Erinnerungsstrafrechts an staats- (7. Kapitel) und (straf)rechtsphilosophische Begründungsmuster (8. Kapitel) der letzten 300 Jahre bis hin zu den Kommunitaristen vorgenommen. Im vierten Teil („Legitimation“) werden die Verbrechenskonzptionen Deutschlands, Frankreichs, Polens und Englands vorgestellt (9. Kapitel) und die Integrierbarkeit des strafrechtlichen Erinnerungsschutzes in diese überprüft (10. Kapitel). Der fünfte Teil („Limitation“) befasst sich vor allem mit der rechtsphilosophischen Begründung der Meinungsfreiheit (u. a. der von John Stuart Mill) und ihrem Verhältnis zur Holocaustleugnung (11. Kapitel). Das 12. Kapitel spürt den Ausläufern des Millschen Denkens in der zeitgenössischen Verfassungsrechtsprechung Europas und des angelsächsischen Rechtskreises nach.

Der sechste Teil widmet sich im abschließenden 13. Kapitel dem EU-Rahmenbeschluss vom 6.12.2008 zur Bekämpfung bestimmter Formen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit und untersucht dessen Inhalt und Tragweite. Im Schlusswort wird in Anbetracht der bereits eingestreuten Zwischenergebnisse eine kapitelübergreifende, rechtstheoretische Erklärung für die Existenz des Verbots der Holocaustleugnung versucht.

Der grundlegende Ansatz der Arbeit zwingt dazu, bestimmte rein strafrechtsdogmatische Fragen auszuklammern. Nicht behandelt werden u. a. die Tatbestandsauslegung, die Vorsatzproblematik sowie strafprozessuale Fragen. Die Arbeit versteht sich nicht vornehmlich als Handreichung für den Rechtsanwender in der Praxis, sondern richtet sich an all diejenigen, deren Interesse über das positive Recht hinausgeht. Das dürfen auch gerne Nichtjuristen sein.