

Schriften zum Internationalen Recht

Band 196

Hassrede im Internet

Grundrechtsvergleich und regulatorische Konsequenzen

Von

Christian Mensching



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTIAN MENSCHING

Hassrede im Internet

Schriften zum Internationalen Recht

Band 196

Hassrede im Internet

Grundrechtsvergleich und regulatorische Konsequenzen

Von

Christian Mensching



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn hat diese Arbeit
im Jahre 2009 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
© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany
ISSN 0720-7646
ISBN 978-3-428-13326-0 (Print)
ISBN 978-3-428-53326-8 (E-Book)
ISBN 978-3-428-83326-9 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2009/2010 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen. Wesentliche Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur konnten im Rahmen der Drucklegung innerhalb des Fußnotenapparats bis Ende 2012 berücksichtigt werden.

Großen Dank schulde ich zunächst meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Matthias Herdegen. Meine Zeit als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl hat nicht nur das Interesse an rechtsvergleichenden Fragestellungen und dem (internationalen) Grundrechtsschutz, sondern auch die Freude am wissenschaftlichen Arbeiten und der juristischen Diskussion in besonderer Weise gefördert. Herrn Professor Dr. Matthias Schmidt-Preuß danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Einen wesentlichen Teil der Arbeit habe ich parallel zu meiner Tätigkeit als Rechtsanwalt verfasst. Dies wäre mir ohne die Unterstützung und Ermunterung von Herrn Rechtsanwalt Gernot Lehr nicht möglich gewesen. Hierfür und für den von der Konrad-Redeker-Stiftung zur Veröffentlichung dieser Arbeit gewährten Druckkostenzuschuss danke ich sehr.

Unterstützung und Ermunterung habe ich – nicht zuletzt – von meinen Freunden und meiner Familie erfahren. Dies gilt in besonderem Maße für Dr. Patrick Schäfer, meinen Vater Jürgen Mensching und meine Frau Ariane, denen ich stellvertretend sehr herzlich danke. Unsere Söhne Jonathan und Benjamin haben ihren Vater mit ihren eigenen Mitteln angespornt, die Druckfassung fertigzustellen.

Gewidmet ist diese Arbeit meinen Eltern Almut und Jürgen Mensching – als kleines Zeichen meiner großen Dankbarkeit.

Köln, im Mai 2014

Christian Mensching

Inhaltsübersicht

Einleitung	25
A. Die regulatorische Herausforderung des Internets	25
B. Bisherige Versuche einer regulatorischen Antwort	26
I. Aussichtslose Auslieferungsersuchen	27
II. Aussichtslose Vollstreckungsversuche	28
III. Gescheiterte Harmonisierungsversuche	30
IV. Besser als nichts: Die deutschen Sperrungsverfügungen	30
V. Die Radikallösung, die keine ist	32
C. Untersuchungsgegenstand und Gang der Untersuchung	32
I. Konzentration auf Volksverhetzungen und Gewaltaufrufe in transatlantischer Perspektive	33
II. Gang der Untersuchung	35
D. Zwei juristische Prämissen und ihre Konsequenz	36
I. Die europäische Prämisse	37
II. Die amerikanische Prämisse	39
III. Die Konsequenz der kombinierten Prämissen	40

Erstes Kapitel

Der Schutz der Äußerungsfreiheit nach Art. 10 EMRK	41
A. Die Bedeutung der EMRK als gesamteuropäischer Grundrechtsstandard	41
I. Die EMRK als rechtsetzender Vertrag	42
II. Intensive Einwirkung auf das innerstaatliche und europäische Recht	42
III. Gemeineuropäischer Grundrechtsstandard	46
B. Die liberale und die demokratisch-funktionale Komponente von Art. 10 EMRK	47
C. Dogmatische Struktur von Art. 10 EMRK	49
I. Schutzbereich von Art. 10 EMRK	50
II. Eingriff	54
III. Rechtfertigung von Eingriffen	55

D. Das Missbrauchsverbot des Art. 17 EMRK: Die wehrhafte Konvention	64
I. Entstehungsgeschichte und Zielsetzung des Art. 17 EMRK	65
II. Bedeutung, Reichweite, Regelungsgehalt und dogmatische Konsequenzen von Art. 17 EMRK	67
E. Rechtsprechungsanalyse	76
I. Leugnung des Holocaust	77
II. Volksverhetzende und zum Hass aufstachelnde Äußerungen	86
III. Analyse	110

Zweites Kapitel

Der Schutz der Äußerungsfreiheit in den Vereinigten Staaten von Amerika 120

A. Theoretische Ansätze	120
I. Instrumental-funktionale Ansätze	121
II. Individualistische Ansätze	122
III. Eklektizistische Ansätze	122
IV. Der Ansatz des Supreme Court	124
B. Die Struktur des First Amendment	127
I. Vorfrage: Sind Internet-Inhalte rundfunkähnlich?	128
II. Rechtfertigung von Eingriffen: Die zentrale Unterscheidung zwischen inhaltsbezogenen und inhaltsneutralen Grundrechtseingriffen	130
III. <i>Overbreadth</i> und <i>Vagueness</i>	132
IV. Bereichsausnahmen: Die sogenannten <i>unprotected categories</i>	135
C. Rechtsprechungsanalyse	145
I. <i>Group Libel: Beauharnais v. Illinois</i>	146
II. <i>Incitement und Advocacy of Illegal Conduct: Brandenburg v. Ohio</i>	150
III. <i>Fighting Words: R.A.V. v. St. Paul</i>	160
IV. <i>True Threats: Virginia v. Black</i>	167
D. Analyse	171
I. Minimaler regulatorischer Spielraum	171
II. Preferred Position des First Amendment?	173
III. Zentrale Charakteristika der First Amendment-Rechtsprechung des Supreme Court	176
IV. Stabilität der Praxis des First Amendment trotz zeitgeschichtlicher Er- eignisse	191

*Drittes Kapitel***Der Status volksverhetzender, insbesondere
rassistischer Äußerungen im Völkerrecht und im Europarecht** 192

A. Universelles Völkerrecht	192
I. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948	193
II. Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966 ..	193
III. Das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung	196
IV. Völkermordkonvention und Statut von Rom	198
V. <i>Prosecutor v. Nahimana</i> : Der Internationale Strafgerichtshof für Ruanda bestraft Hassrede als Anreizung zum Völkermord	199
VI. Resolutionen 60/7 und 61/255 der Generalversammlung der Vereinten Nationen	202
B. Regionales Völkerrecht und Europarecht	203
I. Amerikanische Konvention der Menschenrechte	203
II. Europäische Maßnahmen	204
C. Schlussfolgerungen	214

*Viertes Kapitel***Vergleich und Ursachenforschung** 216

A. Gegenprobe	216
I. Amerikanische Fälle nach dem Recht der EMRK	216
II. Europäische Fälle nach amerikanischem Recht	219
III. Ergebnis: Das First Amendment als strenger Mindeststandard	220
B. Die transatlantische Divergenz: Gegensatzpaare	222
I. Inhaltsbezogenheit und Wertorientierung ↔ Inhalts- und Wertneutralität ..	222
II. Gefahrenneutralität ↔ Gefahrenbezogenheit	222
III. Staatliche Regulierung des Marktplatzes der Ideen ↔ „ <i>Laissez Faire</i> “	223
IV. Abwägungsoffenheit ↔ Abwägungsfeindlichkeit	224
C. Ursachenforschung	225
I. Exkurs: <i>R. v. Keegstra</i>	225
II. <i>Keegstra</i> als analytisches Raster: Die unterschiedlichen vorrechtlichen Prämissen und juristischen Begründungswege	234
III. Versuch einer juristischen Erklärung	240
D. Zusammenfassung: Konzentrische Kreise	249

Fünftes Kapitel

Regulatorische Konsequenzen	251
A. Das Zusatzprotokoll zum Übereinkommen über Computerkriminalität auf dem Prüfstand des First Amendment	251
I. Artikel 3 Absatz 1 – Verbreitung rassistischen und fremdenfeindlichen Materials über Computersysteme	252
II. Artikel 4 – Rassistisch und fremdenfeindlich motivierte Drohung	253
III. Artikel 5 – Rassistisch und fremdenfeindlich motivierte Beleidigung	254
IV. Artikel 6 – Leugnung, grobe Verharmlosung, Billigung oder Rechtfertigung von Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit	255
V. Ergebnis	255
B. Gegenbeispiel: Die erfolgreiche Bekämpfung kinderpornographischer Internet-Inhalte	256
I. Artikel 9 des Übereinkommens über Computerkriminalität – Straftaten mit Bezug zu Kinderpornographie	256
II. Zusatzprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornographie	257
III. Kooperationsbereitschaft der Vereinigten Staaten	258
 <i>Sechstes Kapitel</i> 	
Fazit und zusammenfassende Thesen	259
A. Fazit	259
B. Zusammenfassende Thesen	262
Literaturverzeichnis	270
Stichwortregister	290

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	25
A. Die regulatorische Herausforderung des Internets	25
B. Bisherige Versuche einer regulatorischen Antwort	26
I. Aussichtslose Auslieferungsersuchen	27
II. Aussichtslose Vollstreckungsversuche	28
III. Gescheiterte Harmonisierungsversuche	30
IV. Besser als nichts: Die deutschen Sperrungsverfügungen	30
V. Die Radikallösung, die keine ist	32
C. Untersuchungsgegenstand und Gang der Untersuchung	32
I. Konzentration auf Volksverhetzungen und Gewaltaufrufe in transatlantischer Perspektive	33
II. Gang der Untersuchung	35
D. Zwei juristische Prämissen und ihre Konsequenz	36
I. Die europäische Prämisse	37
II. Die amerikanische Prämisse	39
III. Die Konsequenz der kombinierten Prämissen	40

Erstes Kapitel

Der Schutz der Äußerungsfreiheit nach Art. 10 EMRK	41
A. Die Bedeutung der EMRK als gesamteuropäischer Grundrechtsstandard	41
I. Die EMRK als rechtsetzender Vertrag	42
II. Intensive Einwirkung auf das innerstaatliche und europäische Recht	42
III. Gemeineuropäischer Grundrechtsstandard	46
B. Die liberale und die demokratisch-funktionale Komponente von Art. 10 EMRK	47
C. Dogmatische Struktur von Art. 10 EMRK	49
I. Schutzbereich von Art. 10 EMRK	50
1. Allgemeines	50
2. Pressefreiheit	53
II. Eingriff	54

1. Unmittelbare und mittelbare Eingriffe	54
2. Eingriffe durch Gesetz	55
III. Rechtfertigung von Eingriffen	55
1. Der Gesetzesvorbehalt des Art. 10 Abs. 2 EMRK	56
a) Materieller Gesetzesbegriff	56
b) Zugänglichkeit	57
c) Vorhersehbarkeit bzw. hinreichende Bestimmtheit	57
d) Das Problem der „Vierten Instanz“	59
2. Legitimes Ziel	59
3. Notwendigkeit des Eingriffs in einer demokratischen Gesellschaft	60
a) Das Wesen der demokratischen Gesellschaft	61
b) Beurteilungsspielraum	62
D. Das Missbrauchsverbot des Art. 17 EMRK: Die wehrhafte Konvention	64
I. Entstehungsgeschichte und Zielsetzung des Art. 17 EMRK	65
II. Bedeutung, Reichweite, Regelungsgehalt und dogmatische Konsequenzen von Art. 17 EMRK	67
1. Begriff der demokratischen Gesellschaft	68
2. Reichweite des Missbrauchverbots	70
3. Wann ist der Rückgriff auf Art. 17 EMRK angezeigt?	71
4. Welche dogmatischen Konsequenzen hat der Rückgriff auf Art. 17 EMRK?	74
a) Wortlaut und amtliche Überschrift	74
b) Spruchpraxis der Konventionsorgane	75
c) Fazit	76
E. Rechtsprechungsanalyse	76
I. Leugnung des Holocaust	77
1. Beispielhaft: Der Fall <i>Marais ./.</i> <i>Frankreich</i>	78
2. Spruchpraxis der Kommission	78
a) Schutzbereich und Eingriff	78
b) Rechtfertigung	79
aa) Legitimes Ziel	79
bb) Notwendigkeit des Eingriffs in einer demokratischen Gesellschaft	80
3. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte	81
a) Das <i>obiter dictum</i> zur Auschwitz-Lüge: <i>Lehideux & Isorni: Die théorie du double jeu</i>	81
b) <i>Witzsch ./.</i> <i>Deutschland I: Holocaust-Leugnung auf dem Postweg I</i> ..	82
c) <i>Garaudy ./.</i> <i>Frankreich: Revisionismus mit wissenschaftlichem Anstrich</i>	83
d) <i>Witzsch ./.</i> <i>Deutschland II: Holocaust-Leugnung auf dem Postweg II</i> ..	85

4. Zwischenfazit	85
II. Volksverhetzende und zum Hass aufstachelnde Äußerungen	86
1. Volksverhetzende Meinungsäußerungen in der Straßburger Spruchpraxis	87
a) <i>Glimmerveen & Hagenbeek ./. Niederlande</i> : Die Niederländische Volksunion	87
b) <i>Kühnen ./. Deutschland</i> : Ein „prominenter“ deutscher Neonazi	89
c) <i>Jersild ./. Dänemark</i> : Ein Interview mit Rechtsradikalen	89
d) <i>Schimaneck ./. Österreich</i> : Anführer einer nationalsozialistischen Kameradschaft	91
e) <i>Norwood ./. Vereinigtes Königreich</i> : Ein islamfeindliches Plakat	91
f) <i>Pavel Ivanov ./. Russland</i> : Antisemitische Veröffentlichungen im fernen Russland	92
2. Die „Türkei-Fälle“	93
a) <i>Zana ./. Türkei</i> : Ein inhaftierter ehemaliger Bürgermeister gibt ein seltsames Interview	94
aa) Entscheidung	94
bb) Bewertung	95
b) Die dreizehn Urteile vom 8. Juli 1999	96
aa) Das nationale Recht	96
bb) Sachverhalt im Fall <i>Sürek No. 1</i> : Die Leserbriefe	97
cc) Das Urteil: „Appeal to bloody revenge“ oder polemische Meinungsäußerung?	97
(1) Legitimes Ziel	97
(2) Absenkung der Kontrolldichte durch erweiterten Beurteilungsspielraum?	98
(3) Notwendigkeitsprüfung	98
(a) Allgemeine Prinzipien	98
(b) Anwendung auf den Einzelfall	99
(aa) Zeitgeschichtlicher Kontext	100
(bb) Solidarisierung mit gewaltbereiter Organisation? ..	100
(cc) Forum der Äußerung	100
(dd) Person des sich Äußernden	101
(ee) Wirkung der Äußerung	101
(ff) Ergänzend: Schärfe der strafrechtlichen Sanktion ..	102
(c) Argumentation im Fall <i>Sürek (No. 1)</i>	102
(aa) Das Mehrheitsvotum	102
(bb) Sondervotum <i>Palm et al.</i> : Kritik an der fehlenden Gefahrenanalyse	103
(cc) Sondervotum <i>Bonello</i> : Der amerikanische Ansatz ..	104

	(dd) Sondervotum Tulkens <i>et al.</i>	105
	(ee) Sondervotum Fischbach	106
	c) Die Entscheidungen nach dem 8. Juli 1999	106
	aa) Verurteilungen wegen separatistischer Propaganda	107
	bb) Verurteilungen wegen Volksverhetzung: Insbesondere der Fall <i>Gündüz</i>	108
III.	Analyse	110
1.	Versuch der Kategorisierung	111
a)	Leugnung des Holocaust nie vom Schutzbereich des Art. 10 EMRK erfasst	111
b)	Volksverhetzende Äußerungen rechtsextremer Natur	111
c)	Ausdrückliche Gewaltaufrufe	111
d)	Implizite Gewaltaufrufe	112
e)	Zugespitzte politische Meinungsäußerung, die die Grenze zur Hass- rede nicht überschreiten	112
2.	Zentrale Charakteristika der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 EMRK	112
a)	Inhaltsbezogenheit und Werteorientierung	112
b)	Referenzpunkt der Inhaltsbezogenheit: Die Grundwerte der Konven- tion	115
c)	Demokratiebezogenheit und Bedeutung der Menschenwürde	116
d)	Gefahrenneutralität	116
aa)	Holocaust-Leugnung	117
bb)	Volksverhetzungen	117
cc)	Gewaltaufrufe	118
e)	Abwägungsbezogenheit und Abwägungsfeindlichkeit	118

Zweites Kapitel

Der Schutz der Äußerungsfreiheit in den Vereinigten Staaten von Amerika 120

A.	Theoretische Ansätze	120
I.	Instrumental-funktionale Ansätze	121
II.	Individualistische Ansätze	122
III.	Eklektizistische Ansätze	122
IV.	Der Ansatz des Supreme Court	124
1.	John Milton und John Stewart Mill: Die Verbindung zwischen Freiheit und Wahrheit	125
2.	Oliver Wendell Holmes und Louis D. Brandeis	126
B.	Die Struktur des First Amendment	127

I.	Vorfrage: Sind Internet-Inhalte rundfunkähnlich?	128
II.	Rechtfertigung von Eingriffen: Die zentrale Unterscheidung zwischen inhaltsbezogenen und inhaltsneutralen Grundrechtseingriffen	130
	1. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung inhaltsneutraler Eingriffe: <i>Ratio-nal Basis Review</i>	131
	2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung inhaltsbezogener Eingriffe: <i>Strict Scrutiny</i>	131
III.	<i>Overbreadth</i> und <i>Vagueness</i>	132
	1. <i>Overbreadth</i>	132
	2. <i>Vagueness</i>	134
IV.	Bereichsausnahmen: Die sogenannten <i>unprotected categories</i>	135
	1. Obszöne und kinderpornografische Inhalte	138
	a) Obszöne Inhalte	138
	aa) Der <i>Miller</i> -Test	139
	bb) <i>Miller</i> online? Jugendschutzrecht im Internet	140
	b) Echte und virtuelle Kinderpornographie	142
	2. Weitere Schutzbereichsausnahmen von zentraler Bedeutung für die Untersuchung	145
C.	Rechtsprechungsanalyse	145
I.	<i>Group Libel: Beauharnais v. Illinois</i>	146
	1. <i>Beauharnais v. Illinois</i>	146
	2. Der schleichende Untergang von <i>Beauharnais</i>	147
	a) <i>New York Times v. Sullivan</i> : Das Ende der Beleidigung als <i>unpro- tected category</i>	148
	b) <i>Collin v. Smith</i> : Ein Berufungsgericht verkündet das Ende von <i>Beau- harnais</i>	148
II.	<i>Incitement</i> und <i>Advocacy of Illegal Conduct: Brandenburg v. Ohio</i>	150
	1. <i>Incitement</i> vor <i>Brandenburg</i> : Von <i>Schenck</i> bis <i>Dennis</i>	150
	a) <i>Schenck v. United States</i> : Die erste Fassung des <i>Clear and Present Danger Test</i>	151
	b) <i>Frohwerk v. United States</i> und <i>Debs v. United States</i> : Der <i>Bad Tendency Test</i>	151
	c) Holmes' <i>Dissent</i> in <i>Abrams v. United States</i> : „an immediate check required to save the country“?	152
	d) Holmes' <i>Dissent</i> in <i>Gitlow v. People of State of New York</i> : „Every idea is an incitement“	153
	e) Brandeis' <i>Concurrence</i> in <i>Whitney v. California</i> : „Only an emer- gency can justify repression“	154
	f) <i>United States v. Schwimmer</i> : „freedom for the thought that we hate“	156
	g) <i>Dennis v. United States</i> : „If the ingredients of the reaction are present, we cannot bind the Government to wait until the catalyst is added“	156

2. <i>Brandenburg v. Ohio</i> : Holmes' und Brandeis' später Triumph	157
3. Zwischenfazit	159
III. <i>Fighting Words: R.A.V. v. St. Paul</i>	160
1. Ein brennendes Kreuz im Vorgarten einer farbigen Familie	161
2. Das Mehrheitsvotum: „Ungeschützt“ heißt nicht „schutzlos“	161
3. Eine <i>concurrency</i> als <i>dissent</i> : Das Sondervotum von Richter White	163
4. Zwischenfazit: Eng begrenzter regulatorischer Spielraum	164
IV. <i>True Threats: Virginia v. Black</i>	167
1. Sachverhalt: Eine Ku Klux Klan Rally in Cana, Virginia	167
2. Das Mehrheitsvotum: <i>Distinguishing R.A.V.</i>	168
3. Richter Souters Sondervotum: „A Pragmatic Doctrinal Move“	169
4. Zwischenfazit: Vorsichtige Lockerung der engen Grenzen von <i>R.A.V.</i> ...	170
D. Analyse	171
I. Minimaler regulatorischer Spielraum	171
II. Preferred Position des First Amendment?	173
III. Zentrale Charakteristika der First Amendment-Rechtsprechung des Supreme Court	176
1. Die Erklärungskraft der Metapher des Marktplatzes der Ideen	176
a) Staatliche Eingriffe in die Äußerungsfreiheit als (potentielle) Ver- fälschung des Wettbewerbs der Ideen	177
b) Der Zusammenhang zwischen wettbewerbsverfälschendem Potential und Effekt eines Grundrechtseingriffs und den Anforderungen an seine verfassungsrechtliche Rechtfertigung	177
aa) Inhaltsneutralen Eingriffen wohnt nur ein begrenztes Potential zur Wettbewerbsverfälschung inne – sie sind leichter zu recht- fertigen	177
bb) Inhaltsbezogene Maßnahmen sind von hohem wettbewerbsver- fälschendem Effekt – ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung unterliegt höchsten Anforderungen	178
c) Die „wettbewerbliche“ Rechtfertigung der <i>unprotected categories</i> ...	178
d) <i>Overbreadth</i> und <i>vagueness</i> als unzulässige Marktzutrittsschranken ..	179
e) Die Marktplatz-Metapher als Symbol des Vertrauens in Präsenz und Kraft der Gegenrede	179
2. Kritik an der Marktplatz-Metapher und ihren Konsequenzen	180
a) Subjektiviert-relativer Wahrheitsbegriff des Marktplatzes	181
b) Freier Marktzugang – eine Fiktion?	181
c) Selbstbezogenheit der Marktplatz-Metapher	182
d) „Kurzsichtigkeit“ des Marktplatzes	182
e) Kritik von begrenzter Wirkung	186
3. Inhaltsneutralität	186

4. Gefahrenbezogenheit 187
 5. Abwägungsfeindlichkeit 188
 6. Freiheitsbezogenheit und Wertneutralität 190
 IV. Stabilität der Praxis des First Amendment trotz zeitgeschichtlicher Ereignisse 191

Drittes Kapitel

Der Status volksverhetzender, insbesondere rassistischer Äußerungen im Völkerrecht und im Europarecht 192

A. Universelles Völkerrecht 192
 I. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 193
 II. Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte von 1966 .. 193
 1. Vorbehalt der Vereinigten Staaten 194
 2. Der Fall *Faurisson* 195
 III. Das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung 196
 IV. Völkermordkonvention und Statut von Rom 198
 V. *Prosecutor v. Nahimana*: Der Internationale Strafgerichtshof für Ruanda bestraft Hassrede als Anreizung zum Völkermord 199
 VI. Resolutionen 60/7 und 61/255 der Generalversammlung der Vereinten Nationen 202
B. Regionales Völkerrecht und Europarecht 203
 I. Amerikanische Konvention der Menschenrechte 203
 II. Europäische Maßnahmen 204
 1. Europarat 205
 a) Das Zusatzprotokoll zum Übereinkommen über Computerkriminalität 205
 b) Empfehlungen der Europäischen Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) 207
 c) Empfehlung Nr. R (97) 20 des Ministerkomitees 208
 2. Europäische Union 208
 a) Art. 13 EG (a.F.) und resultierendes Sekundärrecht 209
 b) Grundrechtecharta und Vertrag von Lissabon 210
 c) Rahmenbeschluss zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit 211
 d) Binnenmarkt Richtlinien: Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip 212
C. Schlussfolgerungen 214

*Viertes Kapitel***Vergleich und Ursachenforschung**

216

A. Gegenprobe	216
I. Amerikanische Fälle nach dem Recht der EMRK	216
1. <i>Brandenburg v. Ohio</i> nach dem Recht der EMRK	217
2. <i>R.A.V. v. St. Paul</i> und <i>Virginia v. Black</i> nach dem Recht der EMRK	218
II. Europäische Fälle nach amerikanischem Recht	219
III. Ergebnis: Das First Amendment als strenger Mindeststandard	220
B. Die transatlantische Divergenz: Gegensatzpaare	222
I. Inhaltsbezogenheit und Wertorientierung ↔ Inhalts- und Wertneutralität ..	222
II. Gefahrenneutralität ↔ Gefahrenbezogenheit	222
III. Staatliche Regulierung des Marktplatzes der Ideen ↔ „ <i>Laissez Faire</i> “	223
IV. Abwägungsoffenheit ↔ Abwägungsfeindlichkeit	224
C. Ursachenforschung	225
I. Exkurs: <i>R. v. Keegstra</i>	225
1. Sachverhalt	225
2. Das Urteil: Hassrede als antidemokratischer Akt	227
3. Sondervotum	231
4. Analyse: Vorrechtliche Prämissen und juristische Begründungswege	232
a) Vorrechtliche und juristische Prämissen des Mehrheitsvotums	232
b) Vorrechtliche und juristische Prämissen des Sondervotums	233
II. <i>Keegstra</i> als analytisches Raster: Die unterschiedlichen vorrechtlichen Prämissen und juristischen Begründungswege	234
1. Vorrechtliche Annahmen: Übereinstimmungen und Unterschiede	234
2. Grundrechtsprüfung: Parallelen und Kontraste	235
3. Gemeinsamkeiten und Unterschiede Kanada – EMRK – USA: Tabella- rischer Überblick	237
III. Versuch einer juristischen Erklärung	240
1. Wortlautbedingte Abwägungsoffenheit und Werteorientierung der EMRK	240
2. Methodisch bedingte Unterschiede	242
3. Grundrechtsdogmatische Unterschiede: Die Schutzpflichten	243
4. Historisch bedingte Unterschiede	245
5. Völkerrechtlich bedingte Unterschiede	247
6. Teleologisch bedingte Unterschiede	248
D. Zusammenfassung: Konzentrische Kreise	249

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

Fünftes Kapitel

Regulatorische Konsequenzen 251

A. Das Zusatzprotokoll zum Übereinkommen über Computerkriminalität auf dem Prüfstand des First Amendment	251
I. Artikel 3 Absatz 1 – Verbreitung rassistischen und fremdenfeindlichen Materials über Computersysteme	252
II. Artikel 4 – Rassistisch und fremdenfeindlich motivierte Drohung	253
III. Artikel 5 – Rassistisch und fremdenfeindlich motivierte Beleidigung	254
IV. Artikel 6 – Leugnung, grobe Verharmlosung, Billigung oder Rechtfertigung von Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit	255
V. Ergebnis	255
B. Gegenbeispiel: Die erfolgreiche Bekämpfung kinderpornographischer Internet-Inhalte	256
I. Artikel 9 des Übereinkommens über Computerkriminalität – Straftaten mit Bezug zu Kinderpornographie	256
II. Zusatzprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornographie	257
III. Kooperationsbereitschaft der Vereinigten Staaten	258

Sechstes Kapitel

Fazit und zusammenfassende Thesen 259

A. Fazit	259
B. Zusammenfassende Thesen	262
Literaturverzeichnis	270
Stichwortregister	290

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
A.B.A. Found Res. K.	American Bar Association Foundation Research Journal
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
ACHR	American Convention on Human Rights
ACLU	American Civil Liberties Union
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AfP	Archiv für Presserecht
AG	Amtsgericht
Alta. L. Rev.	Alberta Law Review
Am. J. Int'l L.	American Journal of International Law
AMRK	Amerikanische Menschenrechtskonvention
Anm.	Anmerkung
Anm. d. Verf.	Anmerkung des Verfassers
AnwBl.	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AVR	Archiv für Völkerrecht
Bd.	Band
Ber.	Bericht
Berkeley J. Int'l L.	Berkeley Journal of International Law
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
B.U. Int'l L. J.	Boston University International Law Journal
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
Cath. U. L. Rev.	Catholic University Law Review

CEDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
Chi.-Kent L. Rev.	Chicago-Kent Law Review
Colum. Journalism Review	Columbia Journalism Review
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Comm. & Strat.	Communication and Strategies
Const. Comm.	Constitutional Commentary
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
CR	Computer und Recht
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DR	Decisions and Reports
Dt.	deutsch/deutsche
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DUDH	Déclaration Universelle des Droits de l'Homme
Duke L. J.	Duke Law Journal
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ECRI	European Commission against Racism and Intolerance
ECRL	E-Commerce-Richtlinie
EG	Europäische Gemeinschaft(en); Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrecht
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EHHR	Essex Human Rights Review
EJIL	European Journal of International Law
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
Entsch.	Entscheidung
ERPL	European Review of Public Law
ETS	European Treaty Series
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechtezeitschrift
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f.	folgend
Fed. Comm. L. J.	Federal Communications Law Journal
ff.	folgende
Fla. J. Int'l L.	Florida Journal of International Law
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift

Geo. L. J.	Georgetown Law Journal
Geo. Mason L. Rev.	George Mason Law Review
GG	Grundgesetz
Gonz. L. Rev.	Gonzaga Law Review
GS	Gedächtnisschrift
Harv. BlackLetter L. J.	Havard Blackletter Law Journal
Harv. C.R.-C.L. L. Rev.	Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review
Harv. Int'l L. J.	Harvard International Law Journal
Harv. J. L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law and Public Policy
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings Const. L. Q.	Hastings Constitutional Law Quarterly
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review
HRLJ	Human Rights Law Journal
Hrsg.	Herausgeber
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
i. d. F.	in der Fassung
IHT	International Herald Tribune
Ind. L. J.	Indiana Law Journal
insb.	insbesondere
insg.	insgesamt
Int'l Legal Stud.	Journal of International Legal Studies
IPBPR	Internationaler Pakt über Bürgerliche und Politische Rechte
i. S. v.	im Sinne von
IÜBR	Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
lit.	Littera
Loy. Intell. Prop. & High Tech. J.	Loyola Intellectual Property and High Technology Journal
Loy. U. Chi. L. J.	Loyola University of Chicago Law Journal
McGeorge L. Rev.	McGeorge Law Review
McGill L. J.	Mc Gill Law Journal
MdB	Mitglied des Bundestages
Media L & Pol'y	Media Law and Policy
Me. L. Rev.	Maine Law Review
mglw.	möglicherweise

Mich. J. Int'l L.	Michigan Journal of International Law
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Minn.	Minnesota
Miss. L. J.	Mississippi Law Journal
MMR	Multimedia und Recht
MuR	Medien und Recht
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
New Eng. J. Int'l & Comp. L.	New England Journal of International and Comparative Law
New Eng. L. Rev.	New England Law Review
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N. Ky. L. Rev.	Northern Kentucky Law Review
No.	Number
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
N Y. L. Sch. L. Rev.	New York Law School Law Review
N. Y. Review of Book	New York Review of Books
N.Y. Times	New York Times
N. Y. U. L. Rev.	New York University Law Review
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
Ohio St. L. J.	Ohio State Law Journal
OVG	Oberverwaltungsgericht
Penn St. L. Rev.	Penn State Law Review
RDIDC	Revue de Droit International et de Droit Comparé
Rdnr.	Randnummer
RDP	Revue du Droit Public
Rec.	Recueil
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RJD	Reports of Judgments and Decisions
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
Rutgers L. Rev.	Rutgers Law Review
S.	Seite
s.	siehe
San Diego L. Rev.	San Diego Law Review
Santa Clara L. Rev.	Santa Clara Law Review
S. Ct.	Supreme Court Reports
Slg.	Sammlung
Stan. J. Int'l L.	Stanford Journal of International Law
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review

StGB	Strafgesetzbuch
Suffolk Transnat'l L. Rev.	Suffolk Transnational Law Review
Sup. Ct. Rev.	Supreme Court Review
Tex. Int'l L. J.	Texas International Law Journal
Transnat'l L. & Contemp. Probs.	Journal of Transnational Law and Contemporary Problems
Transnat'l L. & Pol'y	Journal of Transnational Law and Policy
Tul. Eur. & Civ. L. F.	Tulane European and Civil Law Forum
u.	und
u. a.	und andere; unter anderem
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U.C.L.A. L. Rev.	University of California at Los Angeles Law Review
U. Det. Mercy L. Rev.	University of Detroit Mercy Law Review
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
Urt.	Urteil
U.S.	United States Reports
USA	United States of America
U.S.C.	United States Code
v.	vom; versus
Va. J. Int'l L.	Virginia Journal of International Law
Va. J. L. & Tech.	Virginia Journal of Law and Technology
vgl.	vergleiche
VN	Vereinte Nationen
Vt. L. Rev.	Vermont Law Review
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
Wash. & Lee L. Rev.	Washington and Lee Law Review
Willamette L. Rev.	Willamette Law Review
Wis. Int'l L. J.	Wisconsin International Law Journal
Wm. & Mary Bill of Rts. J.	William and Mary Bill of Rights Journal
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht
z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZP	Zusatzprotokoll
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Einleitung

A. Die regulatorische Herausforderung des Internets

Geschwindigkeitsbegrenzungen auf echten Autobahnen sind leicht einzuführen und durchzusetzen. Es ist selbstverständlich, dass der deutsche Autofahrer auf dem Weg von New York nach Washington, D.C., das amerikanische Tempolimit zu beachten hat. Umgekehrt fühlt sich kein amerikanischer Autofahrer auf der A 3 zwischen Köln und Frankfurt an die in seiner Heimat geltende Geschwindigkeitsbegrenzung gebunden. Auch wird die Geltung des amerikanischen Tempolimits nicht dadurch infrage gestellt, dass auf deutschen Autobahnen (zumindest im Grundsatz) so schnell gefahren werden darf, wie der Motor erlaubt.

Die Regulierung der Datenautobahn, vor allem von Internet-Inhalten, ist ungleich schwieriger. Entscheidet sich der deutsche Gesetzgeber für ein „Tempolimit“ oder möchte er die Autobahnauffahrt gänzlich versperren, stellt er etwa die Verbreitung volksverhetzender und zu Gewalt aufrufender Inhalte unter Strafe, fühlt sich der amerikanische Nutzer daran nicht gebunden, obwohl seine Internet-Veröffentlichungen in Deutschland ebenso einfach und schnell abgerufen werden können wie in den Vereinigten Staaten, er sich also im übertragenen Sinne sowohl auf der amerikanischen als auch der deutschen (Daten-)Autobahn bewegt. Möchte der deutsche Staat diese „Geschwindigkeitsüberschreitung“ ahnden, steht er vor einem schwierigen Problem. Den amerikanischen Internet-Nutzer kann er nicht am Straßenrand herauswinken, um dessen Personalien festzustellen und ein Bußgeld auszusprechen. Auch von der amerikanischen Regierung kann sich der deutsche Staat keine Hilfe erhoffen. Dort hält sich zunächst niemand für befugt und berufen, deutsche „Tempolimits“, etwa durch Auslieferung oder Vollstreckung, durchzusetzen.

Das Internet ist grenzenlos, dezentral und anonym, seine Nutzung kostet wenig.¹ Diese Eigenschaften befördern die erstaunliche Dynamik, mit der sich das Internet als Kommunikationsmedium und -plattform in kürzester Zeit fortentwickelt und einen festen Platz in unserem Alltag eingenommen hat.² Sie begren-

¹ Überblicke über die verschiedenen Nutzungsmöglichkeiten des Internets und dessen Entstehungsgeschichte finden sich etwa bei *Gets*, S. 28 ff.; *Mayer*, S. 30 ff.; *Willrich*, S. 47 ff.

² Nach den Erhebungen des Statistischen Bundesamtes nutzten in Deutschland bereits 2007 65% der Personen ab zehn Jahren das Internet, mehr als die Hälfte davon (56%) täglich oder fast täglich. In der Gruppe der 10- bis 24-Jährigen waren 92% täg-

zen zugleich die Möglichkeiten des Nationalstaats, die „offline“ geltenden Regeln auch „online“ durchzusetzen³ und erleichtern so Extremisten aller Couleur Kommunikation und Agitation⁴. Kurz: Das Internet stellt den Nationalstaat vor eine bislang unbekannte regulatorische Herausforderung.

B. Bisherige Versuche einer regulatorischen Antwort

Als Antwort auf diese Herausforderung kommt das gängige Instrumentarium der internationalen, insbesondere der transatlantischen Zusammenarbeit in Betracht: Auslieferung, gegenseitige Anerkennung und Harmonisierung. Letztere scheint besonders vielversprechend: Gälte – um im Beispiel zu bleiben – in den USA und in Deutschland die gleiche Geschwindigkeitsbegrenzung, würde es aus regulatorischer Perspektive keinen Unterschied machen, wo die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschritten wird. Der „Raser“, also der Autor rechtswidriger Inhalte, würde so oder so bestraft. Ähnliches gilt für die gegenseitige Anerkennung etwa im Sinne der Vollstreckung einer in Deutschland verhängten Strafe durch amerikanische Behörden. Auch bei der Auslieferung stünde am Ende die Ahndung des Verstoßes. Die Gewissheit bzw. die erhebliche Wahrscheinlichkeit, dass dem Verstoß eine Strafe folgen wird, würde die bezweckte verhaltenssteuernde, also regulierende Wirkung entfalten.

Bei der Regulierung von volksverhetzenden und zu Gewalt aufrufenden Internet-Inhalten, dem Gegenstand dieser Untersuchung, haben diese Mechanismen transatlantischer regulatorischer Zusammenarbeit bislang nicht funktioniert. Grundsätzlich gilt, ohne der folgenden Analyse vorzugreifen, dass diese Inhalte in den Vereinigten Staaten verbreitet werden dürfen, in Europa jedoch strafbar sind. Von dem Prinzip geleitet, dass auch „online“, also im Internet, illegal sein müsse, was „offline“, also etwa in gedruckter oder gesprochener Form, von jeher illegal ist,⁵ haben vor allem die Staaten Europas versucht, diesen Unterschied zu

lich online, in der Gruppe der 25- bis 54-Jährigen 82%, vgl. *Statistisches Bundesamt*, Pressemitteilung Nr. 79 v. 27.02.2007. Für das Jahr 2011 ermittelte das Statistische Bundesamt, dass von 1.000 Einwohnern Deutschlands 793 das Internet nutzten (*Statistisches Bundesamt*, Statistisches Jahrbuch 2011, S. 688). Im Jahr 2012 verfügten 83% der deutschen Haushalte über einen eigenen Internetanschluss (*Statistisches Bundesamt*, Statistisches Jahrbuch 2012, S. 642).

³ *Grewlich*, S. 291; *Holzengel/Kussel*, MMR 2001, 347 (350); *McGuire*, 74 N. Y. U. L. Rev. 750, 751 (1999); *Sieber*, ZRP 2001, 97 (98).

⁴ *Tsesis*, 7 Va. J.L. Tech. 5, Nr. 6 (2002) („The relatively inexpensive technologies necessary to run computer servers have enabled hate groups to rapidly increase their presence on the Internet by spreading ideologies through electronic pamphlets, books, and a variety of multimedia documents. They can also engage in real time discussions with similarly minded ideological devotees, even though they are physically hundreds of miles apart. These group meetings, think tanks, and strategy sessions can either be public or the messages can be encrypted for secure conversations with limited audiences.“).

überwinden. Im eingangs bemühten Bild könnte man, vielleicht etwas überpointiert, von dem Versuch sprechen, europäische Tempolimits auf amerikanischen Highways durchzusetzen.

Vier kurze Beispiele belegen das weitgehende Scheitern dieses Versuchs. Die Möglichkeiten der *regulatory arbitrage*⁶ bleiben bislang unvermindert bestehen.

I. Aussichtslose Auslieferungsersuchen

Bemühungen deutscher Behörden, von den USA die Auslieferung von Leugnern des Holocaust zu erreichen, sind ohne Aussicht auf Erfolg.⁷ Im transatlantischen Kontext ist eine Auslieferung ohnehin nahezu ausgeschlossen, wenn der Täter Angehöriger des Auslieferungsstaats ist.⁸ In anderen Fällen scheitern die Auslieferungsersuchen an dem Erfordernis der doppelten Strafbarkeit. Zwar enthält beispielsweise der deutsch-amerikanische Auslieferungsvertrag eine Liste von 32 *per se* auslieferungsfähigen Straftaten, § 130 StGB („Volksverhetzung/Auschwitzlüge“) ist allerdings nicht darunter.⁹ Eine Auslieferung käme nach Art. 2 Abs. 1 *lit.* b des insoweit typischen Vertrages nur in Betracht, wenn die Leugnung des Holocaust sowohl nach deutschem als auch nach amerikanischem Recht strafbar wäre. Das amerikanische (Straf-)Recht kennt jedoch kein Verbot der Leugnung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Auch andere in Europa strafbare Formen der „Hassrede“ (*hate speech*) sind in den Vereinigten Staaten straffrei. In all diesen Fällen sind Auslieferungsersuchen europäischer Staaten zum Scheitern verurteilt.

Auf seine Weise illustriert der Fall *Toben*¹⁰ diese Problematik besonders eingänglich. Frederick Toben, ein australischer Staatsbürger und einer der Gründer des revisionistischen Adelaide Institute, hatte in drei auf amerikanischen Servern¹¹ hinterlegten Internet-Publikationen den nationalsozialistischen Völker-

⁵ Siehe bspw. Europäische Kommission, Mitteilung über illegale und schädliche Inhalte auf dem Internet v. 16.10.1996, KOM(96) 487 endg., S. 4.

⁶ Begriff von *Froomkin*, in: Kahin/Nessen (Hrsg.), *Borders in Cyberspace*, S. 129 ff., der allerdings annimmt, dass das Internet vornehmlich demokratische und liberale Ideen fördern werde. Gelegentlich wird auch der Begriff der *jurisdictional arbitrage* verwandt.

⁷ Zur (frühen) Verbreitung der Auschwitzlüge aus den USA über das Internet siehe *Fogo-Schensul*, 33 Gonz. L. Rev. 241, 244–246 (1997/1998).

⁸ Vgl. Art. 16 Abs. 2 Satz 1 GG sowie Art. 7 Abs. 1 des deutsch-amerikanischen Auslieferungsvertrages.

⁹ Vgl. Art. 2 Abs. 1 *lit.* a des Auslieferungsvertrages (einschl. Anhang).

¹⁰ Vgl. BGHSt 46, 212 ff.; zur strafrechtlichen Problematik vor dem Urteil des BGH *Ringel*, CR 1997, 302 ff.

¹¹ Die Wahl fiel auf amerikanische Server, weil auch in Australien die Leugnung des Holocaust strafbar ist; vgl. *van Blaricum*, 62 Wash. & Lee L. Rev. 781, 803 (2005) (mit Fn. 118); dies ist ein typischer Befund, *Holzengel*, AfP 2002, 128 (129).