

## Filme (3): Denial



ARNOLD F. RUSCH\*

Der unlängst in den Kinos gezeigte Film *Denial* hat die Herausforderung und Belastung gezeigt, für die Wahrheit einzustehen und diese vor Gericht durchzusetzen. Beklagt war nicht der Holocaustleugner, sondern Deborah Lipstadt. Sie musste vor dem englischen Gericht beweisen, dass sie David Irving zu Recht als Holocaustleugner bezeichnet hatte.

«I have already made findings that the evidence supports the following propositions: [...] that there were gas chambers at Auschwitz, where hundreds of thousands more Jews were gassed to death. It follows that it is my conclusion that Irving's denials of these propositions were contrary to the evidence.»<sup>1</sup> Das war eine der wichtigsten Erkenntnisse von Richter Gray im Verleumdungsprozess von David Irving gegen Penguin Books und Deborah Lipstadt. Sie bezeichnet Irving in ihrem Buch *Denying the Holocaust – The Growing Assault on Truth and Memory* als Holocaustlügner und Historiker, der die Fakten verdre-

he und passend zu seiner politischen Agenda falsch interpretiere.

Hat damit das Gericht festgestellt, was als historisch richtige Wahrheit zu gelten hat? Richter Gray weist dies zurück: «*On that account, it is important that I stress [...] that I do not regard it as being any part of my function as the trial judge to make findings of fact as to what did and what did not occur during the Nazi regime in Germany. It will be necessary for me to rehearse, at some length, certain historical data. The need for this arises because I must evaluate the criticisms of [...] his conduct as an historian in the light of the available historical evidence. But it is not for me to form, still less to express, a judgement about what happened. That is a task for historians.*»<sup>2</sup> Er wolle als Richter lediglich prüfen, ob die Behauptungen Lipstadts über Irving im Lichte der Beweise vertretbar seien oder zumindest im Kern stimmten: «*As it is sometimes expressed, what must be proved is the truth of the sting of the defamatory charges made.*»<sup>3</sup>

Ob er mit dieser Sicht Recht hatte? Die beiden Fragen lassen sich kaum auseinanderhalten, was Gray selbst einräumt: «*[...] there can be no valid criticism of Irving for denying that a particular event occurred unless it is shown that a competent and conscientious historian would appreciate that such a denial is to a greater or lesser extent contrary to the available historical evidence.*»<sup>4</sup> Richter Gray hat

die Geschichte der Judenverfolgung aufwendig aufgearbeitet und für dieses Verfahren festgelegt. Das ist eigentlich fragwürdig, denn Geschichte eignet sich nicht zum juristischen Beweis. Im juristischen Prozess geht es sicher auch um Wahrheit, doch primär geht es um Recht.<sup>5</sup> Wo nicht die Untersuchungsmaxime gilt, definiert sich die Wahrheit im Sinne der Verhandlungsmaxime als Auswahl zwischen den jeweiligen Versionen des Klägers und des Beklagten. Wenn sich Geschichte an Verteidigungsrechten des Angeschuldigten, an der Beweislast und an der Meinungsäusserungsfreiheit messen muss, kommt sie zu kurz. Historiker lehnen diese Art der Aufarbeitung wahrscheinlich zu Recht ab.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat die juristische Geschichtsschreibung im Fall *Perinçek* in die Schranken gewiesen. Auch im Verfahren gegen Doğu Perinçek ging es um den Vorwurf der Leugnung eines Genozids, genauer des Armenien-Genozids. Das strafrechtliche Verfahren behandelte jedoch nicht die zivilrechtlichen Folgen übler Nachrede, sondern die Verletzung der Antirassismustatbestände (Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB). Auch hier hielt der Polizeirichter fest, «*qu'il n'incombait pas à l'autorité pénale de faire l'histoire*».<sup>6</sup> Alle Instanzen haben Perinçek verurteilt, bis der EGMR die Verurteilung «verurteilte» und die Türe für die Aufhebung des Schuldspruchs öffnete.<sup>7</sup> Der EGMR begründete dies mit der Mei-

<sup>2</sup> Irving v. Penguin Books (FN 1), N 1.3 und 13.3.

<sup>3</sup> Irving v. Penguin Books (FN 1), N 4.7; ganz ähnlich BGE 129 III 49 E. 2.2; BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 43, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2013: «*Im gleichen Sinn gilt die Wahrheit bei einer Medienberichterstattung als gewahrt, wenn diese zwar nicht in allen Einzelheiten, aber doch insgesamt und im Kern der Wahrheit entspricht [...]*»; OGer ZH, LB130028, 22.10.2014, E. III.1.1.

<sup>4</sup> Irving v. Penguin Books (FN 1), N 8.15.

<sup>5</sup> Zu den unterschiedlichen Aufgaben der Historiker und der Juristen vgl. LUKAS GSCHWEND, Juristische Zeitgeschichte als völkerstrafrechtliche Hilfswissenschaft, in: Andreas R. Ziegler/Stefan Wehrenberg/Renaud Weber (Hrsg.), *Kriegsverbrecherprozesse in der Schweiz*, Zürich 2009, 35 ff., 40 ff.

<sup>6</sup> Zitat gemäss BGER, 6B\_398/2007, 12.12.2007, Sachverhalt A.

<sup>7</sup> BGER, 6F\_6/2016, 25.8.2016, E. 3; EGMR, *Perinçek gegen Schweiz*, Nr. 27510/08, 15.10.2015.

\* ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Universität Freiburg i.Ue.

<sup>1</sup> Irving v. Penguin Books Limited, Deborah E. Lipstadt [2000] EWHC QB 115 (11th April, 2000), N 13.98.



Deborah Lipstadt (Rachel Weisz) sieht die Klageschrift von David Irving (Bild: Krasnoff/Foster Entertainment).

nungsäusserungsfreiheit. Er hielt fest, die Schweizer Situation mit geringen Spannungen zwischen den relevanten Gruppen rechtfertige eine Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit bezüglich des Armenien-Genozids nicht.<sup>8</sup> Bezüglich der Holocaust-Leugnung und der damit verbundenen nationalsozialistischen Wiederbetätigung sieht der EGMR auch angesichts der zeitlich weniger lange zurückliegenden Geschehnisse eine deutliche Gefahrenlage. Hier sei es angezeigt, die Meinungsäusserungsfreiheit einzuschränken.<sup>9</sup> Der EGMR hat, so scheint mir, die richtigen Kriterien zum Schutz sowohl der Meinungsäusserungsfreiheit als auch der von der Äusserung betroffenen Personen gefunden.

Vordergründig stossend erscheint die Beweislast. Deborah Lipstadt musste beweisen, dass ihre Behauptungen wahr sind. Irving musste nur glaubhaft machen, dass Lipstadt ihn

in seiner Ehre verletzt habe. Dieser «prima facie»-Anschein genügte, um die Beweislast auf Lipstadt zu verschieben.<sup>10</sup> Dieses Phänomen und die leicht zu begründende Zuständigkeit der Londoner Gerichte haben den sog. *libel tourism* ausgelöst und viele Ehrverletzungsprozesse in England stattfinden lassen – sehr zum Schaden der freien Meinungsäusserung. Dies hatte zur Folge, dass US-amerikanische Gerichte englischen Urteilen die Vollstreckung aus «*ordre public*»-Gründen versagten.<sup>11</sup> Seit 2013 verfügen die englischen Gerichte zur Eindämmung des Gerichtstourismus nur noch über eine eingeschränkte Zuständigkeit.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> DENNISE MULVIHILL, *Irving v. Penguin: Historians on Trial and the Determination of Truth Under English Libel Law*, *Fordham Intell. Prop., Media & Ent. L.J.* 2000, 217 ff., 221.

<sup>11</sup> *Bachchan v. India Abroad Publications*, 585 N.Y.S.2d 661, 664 f.; *Matusevitch v. Telnikoff*, 877 F. Supp. 1, 9 ff.

<sup>12</sup> Defamation Act 2013, Section 9 (2): «*A court does not have jurisdiction to hear and determine an action to which this section applies unless the court is satisfied that, of all the places in which the statement complained of has been published, England*

*Doch wäre es in der Schweiz wirklich anders? Auch hierzulande müsste der zivilrechtliche Beklagte den Rechtfertigungsbeweis erbringen.*<sup>13</sup> Sogar in einem Strafprozess wegen übler Nachrede wäre es so: Der Angeklagte kann den Wahrheitsbeweis antreten (Art. 173 Ziff. 2 StGB).<sup>14</sup> Es ist klar, dass diese Beweislastverteilung nicht nur im zivilrechtlichen Bereich einen gewaltigen *chilling effect* auf die Meinungsäusserungsfreiheit hat.<sup>15</sup>

*Wollen wir überhaupt, dass das Gericht über die Existenz von Gaskammern Beweis abnimmt?* Das Bundesgericht hat in einem vergleichbaren Prozess jedes Beweisverfahren mit dem Hinweis abgeklemt, die Leugnung der Gaskammern sei absurd.<sup>16</sup> Das ist Wasser auf die Mühlen der Leugner. Wenn Richter Gray alle Beweise abgenommen hat, scheint mir dies für die Wahrheitsfindung und die Bekämpfung nationalsozialistischer Wiederbetätigung viel wirkungsvoller. Der Prozess gegen Lipstadt ist jetzt ein bewiesener Leuchtturm, an dem die Leugner nicht vorbeikommen. Bei mir bleibt aber stets auch die Frage: *Was wäre, wenn Irving den Prozess gewonnen hätte?*

*and Wales is clearly the most appropriate place in which to bring an action in respect of the statement.»*

<sup>13</sup> OGer ZH, LB130028, 22.10.2014, E. III.1.1.

<sup>14</sup> BSK StGB II-RIKLIN, Art. 173 N 13, in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Strafrecht II*, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2013.

<sup>15</sup> Vgl. zu diesem Effekt FLORIAN JENAL, *Religiöser Frieden durch strafrechtliche Zensur? – Warum Art. 261 StGB aufgegeben werden sollte*, in: Thomas Sutter-Somm (Hrsg.), *IMPULSE – Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft*, Band 20, Bern 2017, 42 ff., N 127; BGE 143 I 147 E. 3.3 und 131 IV 23 E. 3.

<sup>16</sup> BGE 121 IV 76 E. 2b/cc.

<sup>8</sup> EGMR, *Perinçek gegen Schweiz* (FN 7), N 246 ff.

<sup>9</sup> EGMR, *Perinçek gegen Schweiz* (FN 7), N 243, 250.