

öffentlichen Friedens durch die Vortäuschung, die Verwirklichung einer schwerwiegenden Straftat stünde bevor (§ 126 II StGB). Da jede Vortäuschung einer solchen Verwirklichung theoretisch dazu geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, bräuchte man nur eine bloße Äußerung in diese Richtung⁶⁹, um die Strafbarkeit zu begründen⁷⁰. So hat schon das AG Mannheim entschieden, als es den Verfasser eines (nicht eindeutig) fiktiven Berichts über einen Terroranschlag verurteilt hat⁷¹. Ebenfalls hat das Eignungsmerkmal das Potenzial, jeden Versuch zu vereiteln, den Anwendungsbereich des § 130 StGB einzuschränken.

V. Annäherung an die Legitimationsbedingungen der Strafbarkeit von Fake News

Im Hintergrund dieses Kernproblems der Strafbarkeit von Fake News steht eine der Grundfragen des modernen Strafrechts: Wie kann man die Vorverlagerung der Strafbarkeit vermeiden bzw. limitieren? Der Rechtsgutslogik nach müsste die Vorverlagerung eigentlich stets begrüßt werden⁷². Hier handelt es sich um die ausdehnende Facette des Rechtsgutsgedankens, was manche für dessen „illiberale Seite“ halten⁷³. In der Tat betrifft dieses Prob-

Eignungsmerkmals gibt es bisher aber nicht. S. *Kühl*, Stalking als Eignungsdelikt, in: Rotsch (Hrsg.), Zehn Jahre ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Baden-Baden, 2018, S. 703 (zitiert als: *Kühl* in: Rotsch [Hrsg.]).

69 S. die Zweifel an die Eignungsdelikten bei *Kühl*, in: Rotsch (Hrsg.), S. 704: „Reicht jede Äußerung in der Öffentlichkeit?“. Bei dem § 130 III StGB versuchen manche das Eignungsmerkmal restriktiv auszulegen (vgl. *Schäfer/Anstötz*, in: MüKoStGB, 4. Aufl. 2021, StGB § 130, Rn. 23: „Erforderlich ist aber eine konkrete Eignung zur Friedensstörung; diese darf nicht nur abstrakt bestehen.“). Wenn aber auch die „Sensibilität der betroffenen Gruppe für den Angriff ebenfalls nicht außer Betracht bleiben [darf]“ (s. *Schäfer/Anstötz*, in: MüKoStGB, 4. Aufl. 2021, StGB § 130, Rn. 24), bieten die Eignungsprüfungskriterien kein einschränkendes Potenzial. Auch skeptisch dazu *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schittenhelm, 30. Aufl. 2019, StGB § 130, Rn. 22; ebenso *Kühl*, in: Bernsmann/Ulsenheimer (Hrsg.), S. 113 ff.

70 Deswegen ist *Schreiber*, S. 290 f., nicht Recht zu geben, wenn er die ideale Strafvorschrift gegen Fake News als Eignungsdelikt vorschlägt. Durch eine Eignungsklausel würde praktisch ein strafrechtliches Lügenverbot geschaffen.

71 S. AG Mannheim, MMR, 2019, 341. Es ist aber zuzugeben, dass auch festgestellt wurde, dass eine konkrete Störung des öffentlichen Friedens in diesem Fall eingetreten ist.

72 S. *Roxin/Greco*, § 2 Rn. 12b; *Kühl*, in: Rotsch (Hrsg.), S. 702 f.

73 *Roxin/Greco*, § 2 Rn. 12b.

lem nicht nur die Rechtsgutslehre, sondern alle konsequentialistischen Kriterien zur Begrenzung der Staatsgewalt⁷⁴, weshalb eine deontologische bzw. respektbezogene Ergänzung notwendig erscheint. Eine Kriminalisierungstheorie, die sich nur an Zwecken orientiert, kennt keine wahre Grenze. Diese Ergänzung muss gerade aus den oben erwähnten deontologischen Schranken bestehen. Bezüglich der Fake News-Debatte lautet die verbleibende Frage also: Wie verhält sich die oben dargestellte deontologische Schranke, der Staat dürfe die Wahrheit nicht direkt schützen, zu dem Bedürfnis, die Vorverlagerung der strafrechtlichen Bekämpfung von Fake News zu begrenzen?

Auf den ersten Blick haben die zwei oben gewonnenen Schlussfolgerungen kaum miteinander zu tun. Einerseits darf die Wahrheit nicht als Strafrechtsgut fungieren. Andererseits lässt sich der Strafrechtsgüterschutz praktisch uneingeschränkt vorverlagern, um Rechtsgüter gegen Unwahrheiten zu verteidigen. Das Ergebnis wirkt ernüchternd: Es fällt dem Staat nicht schwer, einen entfernten Bezug zu einem Rechtsgut anzuführen, um die deontologische Wahrheitsschranke zu umgehen. Es wäre nicht unvernünftig, wenn der Gesetzgeber die Existenz z.B. des § 130 III StGB durch das Argument rechtfertigen würde, dass die Vorschrift auf die Reduzierung einer fernen Rechtsgutsgefährdung abzielt. Dass ein Verbot der Holocaustleugnung zu einer sichereren gesellschaftlichen Lage führen kann, ist eine Prognose, die, trotz aller Kontroversen⁷⁵, noch nachvollziehbar bleibt.

Die Lösung für diese Herausforderung geht auf die unterschiedliche Natur des Rechtsgutskonzepts und der Wahrheitsschranke zurück. Die Rechtsgutslehre kümmert sich, wie zuvor besprochen, um die „positiven“ Elemente eines Verbrechens; es geht darum, was ein Verhalten zu einem Verbrechen macht. Tritt ein Rechtsgutsbezug auf, hat die Rechtsgutslehre ihre Aufgabe, einen Schutzzweck zu benennen, erledigt, und kann kaum mehr bieten: Nach ihrer Logik sind dem Staat alle weiteren Schritte erlaubt. Demgegenüber weist die Wahrheitsschranke eine andere Natur auf. Sie ist „negativ“ orientiert; es geht darum, was kein Verbrechen sein darf. Statt

74 Zu ähnlichen Problemen in der angelsächsischen Debatte um das Harm Principle s. *Harcourt*, *The Collapse of the Harm Principle*, J. Crim. L. & Criminology 1999, 109, S. 109 ff., der vom „collapse of the harm principle“ mit den Beispielen der Pornografie (S. 140 ff.), der Prostitution (S. 147 ff.), der Störung des öffentlichen Friedens (S. 154 ff.), des homosexuellen Verhaltens (S. 161 ff.), des Drogenkonsums (S. 172 ff.) und weiteren (S. 176 ff.) spricht.

75 Zweifelnd daran s. *Roxin/Greco*, § 2 Rn. 41. Wohl auch *Mchangama*, *Free Speech*, London, 2022, S. 3, 269 ff., insb. 276 f.

„eines kontingenten Nicht-Könnens“⁷⁶ handelt es sich hier um ein „starkes Nicht-Dürfen“⁷⁷. Greift eine deontologische Schranke ein, ist der Staat zum Aufhören gehalten: Seinen Schutzzweck darf er nicht auf diesem Weg, in Überschreitung der Schranke, zu verfolgen versuchen.

Im Ergebnis heißt dies, dass es für den Staat unzulässig ist, die Wahrheitsschranke zu umgehen. Denn die deontologischen Schranken sind Ausdruck eines gesunden, liberalen Misstrauens⁷⁸ gegen die Macht des Leviathans, das insbesondere auch die Macht beargwöhnt, Unwahrheit als Wahrheit öffentlich auszustellen und durchzusetzen. In der 1984-Dystopie ist das „Wahrheitsministerium“ nichts anderes als ein verdecktes Propagandaministerium⁷⁹. Sein Name ist nichts anderes als ein hinterlistiger Versuch, sein monströses Wesen schamlos zu beschönigen und vor den Bürgern zu verstecken. Ähnlich verhält es sich bei einer Berufung auf entfernt-abstrakte Rechtsgutsgefährdungen. Wenn die herangezogene Gefahr so fern ist, dass sie sich von einem direkten Wahrheitsschutz nicht mehr unterscheiden lässt, verliert die Vorschrift jeden legitimen Anspruch, gerechtfertigt zu sein.

Es bleibt aber noch die Frage nach den Kriterien, mit denen die gerade beschriebene Ununterscheidbarkeit geprüft werden kann: Ab wann wäre eine Gefahr so fernliegend, dass sie einem unerlaubten direkten Wahrheitsschutz gleichstünde? Die naheliegende Antwort kann nur eine sein: Ab dem Moment, in dem der direkte Wahrheitsschutz „näher“ ist. Diese Distanz kann man dadurch feststellen, dass man den direkten Rechtsgutsschutz mit der konkreten Gefahr und den indirekten Rechtsgutsschutz mit der abstrakten Gefahr gleichstellt⁸⁰. Mit anderen Worten: Stellt die Rechtsgutsgefährdung sich nicht mehr konkret dar, lässt sich der Rechtsgutsschutz gegen Unwahrheiten von einem direkten Wahrheitsschutz nicht mehr unterscheiden; dies muss dem Staat folglich verboten sein.

Die Implikationen dieses Gedankens für die Strafbarkeit von Unwahrheiten scheinen vielversprechend. Dies lässt sich an drei Beispielen demonstrieren. Bei dem klassischen Beispiel des fälschlichen „Feuer!“ Schreis im Theater lässt sich darauf schließen, dass es sich um eine strafbare Un-

76 Greco, in: Hefendehl (Hrsg.), S. 81 f.

77 S. Fn. 76 oben.

78 Einem noch breiteren demokratischen Misstrauen gegen die Informationsquellen zugeneigt Rostalski, RW 2017, 436, S. 446 f.

79 S. Fn. 27 oben.

80 Vgl. Rostalski, RW 2017, 436, S. 449 f., 453 f., die sich, obwohl sie nicht genau zu dieser Lösung kommt, zurecht um die Natur der Gefährdungen sorgt.

wahrheit handelt, weil dort konkrete Körper- und Lebensgefährdungen vorliegen. Ein zweites Beispiel findet sich im österreichischen StGB, das im § 264⁸¹ eine Vorschrift gegen die Verbreitung falscher Nachrichten bei einer Wahl oder Volksabstimmung vorsieht, die die Bestrafung von Fake News von der Unmöglichkeit einer wirksamen Gegenerklärung abhängig macht⁸². Angesichts des hier formulierten Kriteriums hat der österreichischen Gesetzgeber hat also Recht. Ferner reichen die Auswirkungen dieses Gedankens über die Konsequenzen für die Strafbarkeit der Fake News hinaus und betreffen auch andere Bereiche des Strafrechts. So können sich etwa die Vorbehalte gegen den sog. Kreditbetrug (§ 265b, Abs.1 StGB⁸³)

81 „§ 264 Verbreitung falscher Nachrichten bei einer Wahl oder Volksabstimmung: (1) Wer öffentlich eine falsche Nachricht über einen Umstand, der geeignet ist, Wahl- oder Stimmberechtigte von der Stimmabgabe abzuhalten oder zur Ausübung des Wahl- oder Stimmrechts in einem bestimmten Sinn zu veranlassen, zu einer Zeit verbreitet, da eine Gegenäußerung nicht mehr wirksam verbreitet werden kann, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.“

82 Kritisch dazu *Schreiber*, S. 292: „einerseits mangels Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot, andererseits in Anbetracht der zunehmenden Ineffizienz von Gegendarstellungen in der digitalisierten Informationsgesellschaft.“ Zwar verlangt er zurecht, dass diese zeitliche Voraussetzung präziser bestimmt werden sollte (vielleicht durch eine feste temporale Distanz vor dem Wahltag), aber die Sorge um die Effizienz der Gegendarstellung scheint etwas übertrieben. Man sollte nicht erwarten, dass die betroffenen Bürger wieder von der Wahrheit überzeugt werden, um die Strafbarkeit der Fake News auszuschließen. Das wäre schon ein direkter Wahrheitsschutz. Um das Vorhandensein einer konkreten Gefahr für das individuelle Rechtsgut der Wahlwillensbildung zu verneinen, genügt es, dass die Wahrheit den Bürgern zugänglich wird. Ob die mündigen Bürger an die Wahrheit glauben werden oder nicht, geht das Strafrecht nichts an. Wenn überhaupt, kann das Schutzgut im Ergebnis nur die Wahrheitszugänglichkeit betreffen, niemals ihre Überzeugungskraft. Wohl zustimmend trotz Zweifeln an einem Recht auf wahre Informationen, *Rostalski*, RW 2017, 436, S. 445 ff.

83 „§ 265b Kreditbetrug: (1) Wer einem Betrieb oder Unternehmen im Zusammenhang mit einem Antrag auf Gewährung, Belassung oder Veränderung der Bedingungen eines Kredits für einen Betrieb oder ein Unternehmen oder einen vorgetäuschten Betrieb oder ein vorgetäushtes Unternehmen 1. über wirtschaftliche Verhältnisse a) unrichtige oder unvollständige Unterlagen, namentlich Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen, Vermögensübersichten oder Gutachten vorlegt oder b) schriftlich unrichtige oder unvollständige Angaben macht, die für den Kreditnehmer vorteilhaft und für die Entscheidung über einen solchen Antrag erheblich sind, oder 2. solche Verschlechterungen der in den Unterlagen oder Angaben dargestellten wirtschaftlichen Verhältnisse bei der Vorlage nicht mitteilt, die für die Entscheidung über einen solchen Antrag erheblich sind, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“