

„Fake News“ und die „Lügenpresse“ – ein (neuer) Fall für das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht?

Frauke Rostalski*

Der Beitrag befasst sich aus (straf-)rechtlicher Sicht mit dem Phänomen der Falschnachrichten, das insbesondere angesichts des neuen Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) in den Fokus der öffentlichen Debatte gerückt ist. Dabei wird zunächst untersucht, in welchem Umfang das Verbreiten von Falschnachrichten bereits nach der bisherigen Rechtslage strafbar war. Im Anschluss daran erfolgt eine Überprüfung, ob ein Bedürfnis nach einer Ergänzung im Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrecht besteht. In diesem Zusammenhang werden auch die Vorschriften des NetzDG einer Kritik unterzogen. Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass ein über die bisherige Rechtslage hinausgehender Regelungsbedarf allenfalls in besonders engen Grenzen besteht, der aber durch die Vorschriften des NetzDG gerade nicht abgedeckt wird. Weder das Straf- noch das Ordnungswidrigkeitenrecht sind das richtige Mittel, um einer allgemeinen Verschlechterung des gesellschaftlichen Klimas entgegenzuwirken. Beide Rechtsgebiete dienen insbesondere nicht der Ahndung eines bloß moralisch anstößigen Verhaltens. Sofern sich also eine Rechtspflicht zur Wahrheit kontextspezifisch nicht begründen lässt, haben darauf Bezug nehmende Sanktionsnormen erst recht zu unterbleiben. Anderenfalls droht ein Abrutschen in totalitäre Strukturen, in denen der Staat als Zensurbehörde darüber entscheidet, was die „Wahrheit“ ist.

A. Einleitung	437
B. Begriffsklärung: Was sind „Fake News“?	438
I. Begriff der Falschnachricht	438
II. Problemkreis: „Lückenpresse“	439
C. Legitimation eines (ggf. strafbewehrten) Verbots der Verbreitung bzw. Nichtlöschung von Falschnachrichten	441
I. Verbot der Verbreitung von Falschnachrichten im geltenden Strafgesetzbuch	441
II. Bedürfnis nach einer Ergänzung der geltenden Rechtslage?	444
1. Ergänzung des Schutzes von Wahlen und Abstimmungen?	444
2. Ergänzung des Schutzes der Ehre?	448
3. Ergänzung des Schutzes der Sicherheit des Staates und der verfassungsmäßigen Ordnung?	448
4. Kritische Würdigung der Vorschriften des NetzDG	454
D. Schluss	460

* Privatdozentin Dr. Frauke Rostalski ist Habilitandin und wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie am Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg (Inhaber: Prof. Dr. Dr. h.c. Georg Freund).

A. Einleitung

Donald Trump und Renate Künast haben mehr gemeinsam, als es auf den ersten Blick scheint. So sind beide in der jüngeren Vergangenheit Gegenstand von Falschnachrichten geworden, gegen die sich die Bündnis 90/Die Grünen-Politikerin Künast sogar gerichtlich zur Wehr gesetzt hat. Im Fall Künast wurde im Dezember 2016 auf mehreren Facebook-Seiten ein Foto der Bundestagsabgeordneten gepostet, das mit einem vermeintlichen Zitat versehen war, wonach Künast über den Mord an der Studentin Maria und die Festnahme eines Verdächtigen in Freiburg gesagt habe: „Der traumatisierte junge Flüchtling hat zwar getötet, man muss ihm aber jetzt trotzdem helfen.“ Als angebliche Quelle für das Zitat wurde die „Süddeutsche Zeitung“ genannt. In Bezug auf den neuen US-Präsidenten Trump wurde im Juli 2016 – also mitten im Präsidentschaftswahlkampf – die Nachricht verbreitet, Papst Franziskus habe mit seiner bisherigen Zurückhaltung in solchen Fragen gebrochen und seine uneingeschränkte Unterstützung für den Kandidaten Trump zugesichert. Jedenfalls bei katholischen Wählergruppen konnte diese Information einen Einfluss auf deren Wahlentscheidung zugunsten des republikanischen Präsidentschaftskandidaten haben.

Weil sich auch in Deutschland die Zahl von Falschnachrichten häuft, sehen Politiker parteiübergreifend Handlungsbedarf, der sich grundsätzlich auch auf das Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitenrecht erstrecken soll. Der Deutsche Bundestag hat daher kürzlich das sogenannte „Netzwerkdurchsetzungsgesetz“ (NetzDG) verabschiedet, das unter anderem die Implementierung einer Vorschrift im Ordnungswidrigkeitenrecht vorsieht, wonach den Betreibern sozialer Netzwerke mit mehr als zwei Millionen registrierten Nutzern das Löschen eines rechtswidrigen Inhalts in „offensichtlichen“ Fällen innerhalb einer Frist von 24 Stunden bzw. in sonstigen Fällen „unverzüglich, in der Regel innerhalb von 7 Tagen“ gebietet.¹ Zuwidderhandlungen sollen mit empfindlichen Geldbußen gegenüber Einzelpersonen (bis zu 5 Millionen Euro) sowie gegenüber dem Unternehmen selbst (bis zu 50 Millionen Euro) geahndet werden. Nicht ganz klar ist, auf welches Schutzinteresse sich die Regelung beziehen soll. So wird zwar besonders häufig der Fall Künast von Seiten deutscher Politiker zum Anlass genommen, um eine gesetzgeberische Reaktion auf Falschnachrichten einzufordern. Darüber hinaus findet sich im NetzDG selbst der Hinweis auf bestimmte Straftatbestände wie etwa die Ehrverletzungsdelikte, die öffentliche Aufforderung zu Straftaten, die Volksverhetzung und die Bedrohung.² Dazu passte indessen wenig die ebenfalls im Vorfeld der letzten Bundestagswahl zu lesende Warnung, Fehlinformationen könnten deren ordnungsgemäße Durchfüh-

1 BT-Drs. 18/13013.

2 S. zur vollständigen Aufzählung BT-Drs. 18/13013, S. 7.

rung gefährden.³ Der Fall *Kinast* weist allenfalls lose Verbindungen zur Bundestagswahl im Jahr 2017 auf. Im Vordergrund stehen dabei vielmehr die Individualrechte der Politikerin. Darüber hinaus wirft der Umstand Schwierigkeiten auf, durch das Gesetz gegen Falschnachrichten *in sozialen Netzwerken* vorgehen zu wollen. In diesem Zusammenhang fragt sich, weshalb deren Betreiber einen Sonderstatus gegenüber denjenigen anderer Presseerzeugnisse bzw. sonstigen Personen aufweisen sollen? Werden Falschnachrichten verbreitet, ist jedenfalls nicht ohne Weiteres ersichtlich, aus welchem Grund dies bei Durchführung auf der Plattform Facebook einen höheren Unrechtsgehalt aufweisen soll als im Fall der Veröffentlichung in einer deutschen Tageszeitung. Die aufgeworfenen Fragen bieten Anlass zu einer umfassenden Überprüfung, ob und ggf. in welchem Ausmaß ein das Strafbzw. Ordnungswidrigkeitenrecht betreffender Regelungsbedarf in Sachen „Fake News“ besteht. Die Zweifel an der Berechtigung, eine etwaige Vorschrift auf Internetplattformen mit mehr als zwei Millionen registrierten Nutzern zu begrenzen, gebieten es darüber hinaus, die Untersuchung breit anzulegen und daher auf sämtliche Presse- und Medienvertreter zu erstrecken.

B. Begriffsklärung: Was sind „Fake News“?

I. Begriff der Falschnachricht

Als Nachricht definiert der Duden eine Mitteilung, die jemandem in Bezug auf jemanden oder etwas [für ihn persönlich] Wichtiges die Kenntnis des neuesten Sachverhalts vermittelt.⁴ Wann aber ist eine Nachricht *falsch*?⁵ Im Strafgesetzbuch bieten insbesondere die Aussagedelikte Anknüpfungspunkte, um der Definition des „Falschen“ näher zu kommen. § 153 StGB stellt die falsche uneidliche Aussage unter Strafe. An dieser Stelle werden seit Langem unterschiedliche Theorien diskutiert.

3 S. dazu den Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU und SPD BT-Drs. 18/12356, S. 1 sowie <http://www.zeit.de/2017/09/bundestagswahl-fake-news-manipulation-russland-hacker-cyberkrieg> (Stand: 6.7.2017).

4 <http://www.duden.de/rechtschreibung/Nachricht> (Stand: 13.3.2017). S. ferner zum Nachrichtenbegriff in Abgrenzung zur Mitteilung BGH NJW 1981, S. 831 (831 f.). Aus normativer Sicht macht es keinen Unterschied, ob eine Falschmitteilung oder eine Falschnachricht übermittelt wird: Beide können grundsätzlich mit denselben Gefahren einhergehen, weshalb auf die Differenzierung nicht weiter eingegangen wird.

5 Gesetzesystematisch steht § 100a StGB der prinzipiellen Möglichkeit *falscher* Nachrichten nicht entgegen. Zwar lässt sich der Kommentarliteratur die Aussage entnehmen, bei Nachrichten handele es sich um *wahre* Angaben im Hinblick auf die in der Vorschrift genannten Bezugsgegenstände (K. Ellbogen, in: B. v. Heintschel-Heinegg [Hrsg.], BeckOK-StGB, § 100a Rn. 3 [33. Ed. 1.12.2016]; J. Lampe/S. Hegmann, in: W. Joecks/K. Miebach [Hrsg.], MünchKommStGB, 3. Aufl., München 2017, § 100a Rn. 4). Grund für diese Annahme scheint die Abgrenzung zu den unmittelbar im Anschluss genannten „unwahren Behauptungen“ zu sein – Behauptungen könnten danach anders als Nachrichten sowohl wahr als auch unwahr sein. Gegen eine solche Unterscheidung spricht allerdings bereits, dass es für die Schutzinteressen der äußeren Sicherheit und der Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland keinen Unterschied macht, ob diese durch wahre oder unwahre Nachrichten über gefälschte oder verfälschte Gegenstände gefährdet werden. Dass den Nachrichten in § 100a StGB kein entsprechendes Adjektiv vorangestellt ist, spricht daher vielmehr dafür, dass Nachrichten sowohl unwahr als auch wahr sein können.

tiert, die sich im Kern um die Frage drehen, ob es für die Falschheit einer Aussage auf die Diskrepanz zwischen dem Wort und der Wirklichkeit oder dem Wissen des Sprechenden ankommt.⁶ Rechtliche Relevanz kann unter dem Gesichtspunkt ultra posse nemo obligatur allerdings ausschließlich ein normativer Falschheitsbegriff entfalten.⁷ Danach handelt es sich nicht um eine falsche Aussage, sofern dem Einzelnen eine der Wirklichkeit entsprechende Äußerung rechtlich nicht abzuverlangen ist – insbesondere also bei fehlender Fahrlässigkeit im Hinblick auf eine Diskrepanz von Wort und Wirklichkeit. Übertragen auf den Kontext der „Fake News“ wäre bei einer Vorschrift, die etwa die Verbreitung von „Falschnachrichten“ unter spezifischen Umständen unter Strafe stellt, ebenfalls ein normativer Falschheitsbegriff heranzuziehen.

II. Problemkreis: „Lückenpresse“

Trump liefert nicht nur *ein* Lebensbeispiel, das für das Thema des (straf- bzw. ordnungswidrigkeiten-)rechtlichen Umgangs mit „Fake News“ von Interesse ist. Die Rede ist insoweit von der Kritik des U.S.-Präsidenten an Vertretern der Leitmedien, die seiner Auffassung nach lediglich unvollständig bzw. verzerrt von den ersten Tagen seiner Präsidentschaft berichtet haben.⁸ Sofern Medien eine wichtige Meldung unter den Tisch fallen lassen bzw. unterschiedliche Bewertungsstandards in der Berichterstattung in Abhängigkeit vom Berichtsgegenstand vorherrschen, müsste nach Auffassung des Medienkritikers *Ulrich Teusch* von „Lückenpresse“ die Rede sein.⁹ Unabhängig davon, ob das kritisierte Verhalten sprachlich noch als „Lüge“ im eigentlichen Sinne eingeordnet werden kann, fragt sich, ob auch im Hinblick auf ein solches Verhalten der Anwendungsbereich einer Vorschrift eröffnet wäre, die die Verbreitung von Falschnachrichten untersagt. Handelt es sich bei einer Nachricht, die relevante Informationen weglässt, um eine falsche?

Die Thematik ist uns aus verschiedenen Bereichen des Strafrechts bereits bekannt. Beispielsweise kann das Verschweigen wesentlicher Umstände und damit eine unvollständige Darstellung des Sachverhalts eine unwahre Tatsachenbehauptung

6 Zur Lösung dieser Schwierigkeit lassen sich gesetzessystematische Argumente, die auf die Vorschriften der §§ 160, 161 StGB abstellen, nicht allgemein auf Falschnachrichten unabhängig von der Schutzzrichtung des jeweiligen Ver- oder Gebots übertragen. Dies kann nicht zu unterschätzende Probleme in der Auslegung eines so formulierten Gesetzes nach sich ziehen. – Keinen wirklichen Ausweg bietet die alternative Verwendung der Formulierung „unwahre Nachricht“. Wie etwa die Rechtsentwicklung von § 16 UWG zeigt (dazu: *Diemer*, in: G. Erbs/M. Kohlhaas [Hrsg.], Strafrechtliche Nebengesetze, UWG, § 16 Rn. 16 [211. EL November 2016]), lässt sich auch über deren Wortbedeutung trefflich streiten.

7 S. umfassend zum Meinungsstand *H. E. Müller*, in: W. Joecks/K. Miebach (Hrsg.), Münch-KommStGB, 3. Aufl., München 2017, § 153 Rn. 41. S. zum normativen Falschheitsbegriff *G. Freund*, in: W. Joecks/K. Miebach (Hrsg.), MünchKommStGB, 3. Aufl., München 2017, § 348 Rn. 28.

8 <https://www.nytimes.com/2017/02/16/us/politics/donald-trump-press-conference-transcript.html> (Stand: 14.3.2017).

9 *U. Teusch*, Lückenpresse. Das Ende des Journalismus, wie wir ihn kannten, Frankfurt am Main 2016.

i. S. d. § 186 StGB (üble Nachrede) begründen.¹⁰ Ob diese Grundsätze über den Bereich der Ehrschutzdelikte hinaus bedeutsam sind, ist davon abhängig, inwieweit sich im Hinblick auf die Verbreitung von Falschnachrichten eine Pflichtenstellung zur Löschung bzw. zur Unterlassung im Allgemeinen begründen lässt. Bei § 186 StGB kann eine solche aus dem Ehrschutz des Einzelnen abgeleitet werden. Welches schutzwürdige Interesse durch „Fake News“ bzw. sonstige Falschmitteilungen verletzt sein kann und ob sich daraus eine rechtliche Pflicht ableiten lässt, die „Wahrheit“ zu berichten, muss demgegenüber noch geklärt werden. Jedenfalls ist in diesem Zusammenhang aber Folgendes zu beachten: Um eine Nachricht handelt es sich nicht, wenn etwa das gesamte journalistische Schaffen einer Person im vergangenen halben Jahr zusammengefasst wird und sich aus der Gesamtschau ergibt, dass allein über die Misserfolge der Regierung *Trump* berichtet wurde. Insoweit sperrt bereits der Begriff „Nachricht“, der den Bezug zu einem spezifischen Sachverhalt bzw. Ereignis zugrunde legt. Daher muss die Bewertung von „Lückenpresse“ als Variante der Falschnachricht differenziert betrachtet werden. Eine (ggf. unvollständige) Berichterstattung in verschiedenen, *nicht unmittelbar miteinander zusammenhängenden* Artikeln stellt vom Wortsinn her keine Nachricht dar. Im Beispiel des Berichtens über *Trumps* Misserfolge kann daher allein unter der Voraussetzung von einer Falschnachricht ausgegangen werden, dass ein bestimmter Artikel den Anschein vermittelt, über ein abgrenzbares Ereignis bzw. eine Zeitspanne zu informieren oder sich als Teil eines größer angelegten Konzepts verstehen lässt.

Es kann damit festgehalten werden, dass „Lückenpresse“ grundsätzlich ihrerseits eine Variante der Falschnachricht sein kann, sofern sich das jeweilige Verhalten vom Wortsinn her als Verbreiten oder Übermitteln einer „Nachricht“ verstehen lässt. Die Fallgruppe zeigt, dass die Annahme einer Rechtspflicht, keine Falschnachrichten zu verbreiten, durchaus weitreichende Folgen für den journalistischen Alltag haben kann. Medienvertreter müssten aus *Rechtsgründen* in besonderem Maße auf die Vollständigkeit der Berichterstattung Wert legen. Dass es sich hierbei um eine so gewichtige Rechtspflicht handelt, dass ihr Verstoß mit einer Sanktion beantwortet werden sollte, erscheint zweifelhaft. Der Frage wird im Weiteren näher nachgegangen.

10 BGH NJW 2006, S. 601 (603). Daneben ist noch an den Bereich der Aussagedelikte zu denken, bei denen anerkanntermaßen auch die unvollständige Aussage „falsch“ sein kann, s. nur Müller (Fn. 7), § 153 Rn. 57. Zudem ist beim Betrug auch die Bekundung der Wahrheit zur tatbestandspezifischen Irreführung geeignet und kann deshalb rechtlich missbilligt sein, S. Beukelmann, in: B. v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), BeckOK-StGB, § 263 Rn. 9 (33. Ed. 1.12.2016). S. ferner BGH NJW 1997, S. 1148 (1148) zur Rechtsprechung im Bereich der Verdachtsberichterstattung.

C. Legitimation eines (ggf. strafbewehrten) Verbots der Verbreitung bzw. Nichtlöschung von Falschnachrichten

I. Verbot der Verbreitung von Falschnachrichten im geltenden Strafgesetzbuch

Das Nachdenken über ein mögliches Verbot der Verbreitung von Falschnachrichten verlangt nach einer näheren Überprüfung der geltenden Rechtslage auf Vorschriften, die schon heute ein entsprechendes Verhalten unter bestimmten Voraussetzungen unter Strafe stellen. Dabei fällt der Blick zunächst auf die Ehrschutzdelikte der §§ 185 ff. StGB, die grundsätzlich durch Falschnachrichten erfüllt werden können, sofern diese einen ehrverletzenden Charakter aufweisen und die übrigen Voraussetzungen der jeweiligen Vorschrift erfüllt sind. Ein Beispiel liefert insoweit der Fall *Künast*: Die Behauptung, *Künast* habe die Aussage getroffen, einem mutmaßlichen Vergewaltiger müsse trotz seiner Tat geholfen werden, kann die Ehre der Politikerin verletzen. Grund dafür ist der Umstand, dass die Äußerung nahe legt, *Künast* wolle das seitens des Täters verwirklichte Unrecht verharmlosen.¹¹ Keinen ehrverletzenden Charakter weist demgegenüber die Falschnachricht auf, *Trump* werde in seiner Kandidatur um die Präsidentschaft durch den Papst unterstützt.¹² Für entsprechende „Fake News“ ist der Anwendungsbereich der Ehrverletzungsdelikte mithin nicht eröffnet.

Neben die Vorschriften der §§ 185 ff. StGB treten diverse Staatsschutzdelikte, die für den Themenkomplex der Falschnachrichten von Interesse sein können. Zu denken ist dabei zunächst an §§ 90, 90b StGB, die das Verunglimpfen des Bundespräsidenten bzw. das verfassungsfeindliche Verunglimpfen von Verfassungsorganen unter Strafe stellen. Beide Vorschriften setzen eine Verunglimpfung voraus, die allein bei erheblichen Ehrenkränkungen anzunehmen ist. Sofern eine Falschnachricht diese Bedingung erfüllt, kann bei gleichzeitigem Gegebensein der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen eine entsprechende Strafbarkeit angenommen werden. Schwierigkeiten werfen dabei jedoch erneut all jene „Fake News“ auf, die nicht in ehrkränkender Weise eine unwahre Tatsachenbehauptung aufstellen. Für diese

11 Gegen den ehrverletzenden Charakter der Behauptung im Fall *Künast* lässt sich nicht überzeugend einwenden, das Zitat spreche für das Differenzierungsvermögen der Politikerin, die trotz einer schweren Gewalttat eine angemessene Behandlung des Täters fordert. Insoweit ist das Zitat im Zusammenhang mit der öffentlichen Diskussion über die Flüchtlingskrise zu sehen, in der *Künast* aufgrund ihrer politischen Einstellung als Unterstützerin der Annahme einzuordnen ist, die im September 2015 erfolgte Grenzöffnung sei alternativlos gewesen. Das Fehlzitat muss insoweit als Mittel verstanden werden, die vermeintlichen Beweggründe der Politikerin für ihre Position offenzulegen, die sich – so die Unterstellung – nicht an der Wahrung des Rechts, sondern einseitig am Mitgefühl mit Flüchtlingen orientieren.

12 Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass in bestimmten Bevölkerungssteilen die Unterstützung durch das geistliche Oberhaupt der katholischen Kirche als Ehrverletzung eingestuft werden könnte. Der Ehrbegriff ist normativ zu verstehen, weshalb es dabei nicht auf den etwaigen Beleidigungswillen des Äußernden bzw. das Kränkungsgefühl des Erklärungsempfängers ankommt (LG Tübingen NStZ-RR 2013, S. 10 [10]). Maßgeblich ist vielmehr, ob die Äußerung unter Beachtung der Wertungen der Rechtsordnung als ehrenrührig zu verstehen ist. Daran fehlt es hier aber.

kommt aus dem 3. Titel des 1. Abschnitts des StGB (Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates) allerdings die Vorschrift des § 90a StGB (Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole) in Betracht. Den Tatbestand erfüllt unter anderem derjenige, der öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3 StGB) die Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder oder ihre verfassungsmäßige Ordnung böswillig verächtlich macht. Bei dem Verächtlichmachen handelt es sich um eine Äußerung, durch die die genannten Schutzgegenstände als der Achtung der Staatsbürger unwert oder unwürdig herausgestellt werden.¹³ Dies kann bei Falschnachrichten der Fall sein. Zwar erfährt der Tatbestand noch eine Einschränkung durch das Kriterium der Böswilligkeit. Dieses muss als Merkmal verstanden werden, das das Erfordernis besonders gravierender bzw. missbilligungswürdiger Verhaltensweisen aufstellt.¹⁴ Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass auch diese Voraussetzung beim Verbreiten von Falschnachrichten erfüllt sein kann.

Daneben erfasst § 100a StGB (Landesverräterische Fälschung) in relativ großem Umfang Falschnachrichten, die eine erhebliche Gefahr für die äußere Sicherheit bzw. die Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland darstellen. Sofern eine Falschnachricht die deutsche Bundeswehr betrifft, kommt zudem eine Strafbarkeit nach § 109d StGB bei gleichzeitigem Gegebensein der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen in Betracht. Unter bestimmten Bedingungen kann eine Falschnachricht außerdem die Vorschrift des § 111 StGB (Öffentliche Aufforderung zu Straftaten) erfüllen. Dies ist der Fall, sofern die Nachricht mit einer ausdrücklichen oder konkluidenten Willenskundgabe gegenüber Dritten verbunden ist, dass eine beliebige andere Person eine rechtswidrige Tat vornehmen soll. Die Hürde zur Annahme dieses Kriteriums liegt zwar relativ hoch – ihre Überwindung durch Falschnachrichten ist aber nicht per se ausgeschlossen. Ähnlich verhält es sich im Hinblick auf § 126 StGB (Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten). Sofern die Voraussetzungen eines Androhens erfüllt sind, kann auch diese Vorschrift für „Fake News“ zur Anwendung kommen. Nicht zu vergessen ist in diesem Zusammenhang § 130 StGB (Volksverhetzung), wenn auch die hohe Schwelle des Tatbestandsmerkmals des Aufstachelns zum Hass durch Falschnachrichten eher selten

13 *J. Steinmetz*, in: W. Joecks/K. Miebach (Hrsg.), MünchKommStGB, 3. Aufl., München 2017, § 90a Rn. 12.

14 Nicht überzeugen kann die verbreitete Annahme, dass die Böswilligkeit einen verwerflichen Beweggrund bzw. eine feindselige Gesinnung voraussetzt (s. dazu aber *D. Sternberg Lieben*, in: A. Eser u. a. [Bearbeiter], Schöneke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, StGB, § 90a Rn. 9). Gesinnungen sind im Strafrecht per se irrelevant (s. ausführlich zur Begründung *F. Timm*, Gesinnung und Straftat. Besinnung auf ein rechtsstaatliches Strafrecht, Berlin 2012, insbesondere S. 76 ff.). Das maximale Verhaltensunrecht ist erfüllt, wenn der Täter grundlos gegen die jeweilige Verhaltensnorm verstößt. Wenn daher im Gesetz von „Böswilligkeit“ die Rede ist, kann damit allein gemeint sein, dass ausschließlich solche Verhaltensweisen den gesetzlichen Tatbestand erfüllen, die besonders schwerwiegendes Unrecht darstellen.

überschritten sein dürfte.¹⁵ Auch eine falsche Verdächtigung gemäß § 164 StGB kann durch das öffentliche Verbreiten von Falschnachrichten verwirklicht werden, sofern dieses in der Absicht vorgenommen wird, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen einen anderen herbeizuführen oder fortzudauern zu lassen.¹⁶ Des Weiteren kann der Tatbestand des § 241a StGB (Politische Verdächtigung) erfüllt sein.

Im 4. Abschnitt des StGB, der sich mit Straftaten gegen Verfassungsorgane sowie bei Wahlen und Abstimmungen befasst, ist im Hinblick auf Falschnachrichten zunächst § 107a StGB (Wahlfälschung) von Interesse. Danach wird bestraft, ein unrichtiges Ergebnis einer Wahl herbeizuführen bzw. das Ergebnis einer Wahl unrichtig zu verkünden oder verkünden zu lassen. Sofern allerdings durch eine Falschnachricht eine maßgebliche Beeinflussung des Wahlverhaltens von Personen herbeigeführt wurde, das sich sogar auf den Ausgang der Wahl auswirkt, liegt in diesem Erfolg kein „unrichtiges Ergebnis“ einer Wahl. Von einem solchen kann nur dann ausgegangen werden, wenn das Stimmenverhältnis ein anderes ist, als es bei ordnungsgemäßem Vollzug der Wahl gewesen wäre.¹⁷ Gemeint ist mit dem ordnungsgemäßem Vollzug allein der technische Ablauf der Wahl, nicht der Meinungsbildungsprozess des Wählers (z. B. Entfernung ordnungsgemäß abgegebener Wahlzettel). Insofern kommt eine Strafbarkeit nach § 107a StGB bei der Verbreitung von Falschnachrichten allein in der Begehungsviante des unrichtigen Verkündens bzw. Verkündenlassens einer Wahl in Betracht.

Die übrigen Vorschriften zum Schutz von Wahlen finden bei dem Verbreiten von Falschnachrichten ebenfalls lediglich in eingeschränktem Umfang Anwendung. Dies gilt zunächst für § 107 StGB (Wahlbehinderung). Die Vorschrift ist nur erfüllt, wenn die „Fake News“ eine Drohung mit Gewalt enthält, was in aller Regel nicht der Fall sein wird. Auch § 108 StGB (Wählernötigung) setzt eine Drohung voraus. Dafür muss der Drohende auf das in Aussicht gestellte empfindliche Übel Einfluss haben oder zu haben vorgeben.¹⁸ Sofern also etwa die Unwahrheit verbreitet wird, bei einem bestimmten Ausgang einer Wahl sei ein Schreckensszenario zu erwarten, liegt hierin keine Drohung: Die in Aussicht gestellte Entwicklung hängt gerade nicht von dem bestimmenden Einfluss des Berichtenden ab – kann dieser seinerseits doch lediglich durch die eigene Stimme das Wahlergebnis beeinflussen.

15 S. zu dem Problemkreis, unter welchen Voraussetzungen Politiker dem durch § 130 StGB geschützten Personenkreis unterfallen, umfassend *Sternberg-Lieben* (Fn. 14), § 130 Rn. 3 f.

16 S. N. Bosch/T. Lenckner, in: A. Eser u. a. (Bearbeiter), Schöneke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl., München 2014, § 164 Rn. 8 m. w. N. (auch zur Gegenposition) dazu, dass auch die bloße Manipulation der Beweislage eine Verdächtigung i. S. v. § 164 StGB begründet.

17 Müller (Fn. 7), § 107a Rn. 16.

18 S. A. Sinn, in: W. Joecks/K. Miebach (Hrsg.), MünchKommStGB, 2. Aufl., München 2012, § 240 Rn. 69.

Zuletzt ist im Zusammenhang mit der Verbreitung von Falschnachrichten noch § 108a StGB (Wählertäuschung) von Interesse. Danach macht sich strafbar, wer durch Täuschung bewirkt, dass jemand bei der Stimmabgabe über den Inhalt seiner Erklärung irrt oder gegen seinen Willen nicht oder ungültig wählt. Eine „Fake News“ könnte diesen Tatbestand erfüllen, sofern darin etwa über die zulässige Anzahl der Stimmen getäuscht würde. Was allerdings von § 108a StGB wiederum nicht erfasst wird, ist die Manipulation der Willensbildung des Wählers. Sofern daher durch eine Falschnachricht die Wahlentscheidung des Einzelnen täuschend beeinträchtigt wurde, unterfällt dies nicht der Vorschrift des § 108a StGB. Hierin liegt insbesondere kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung bei der Stimmabgabe, da diese Fallgruppe allein dann erfüllt ist, wenn die Stimmabgabe einen vom Wähler nicht gewollten Aussagegehalt hat (beispielsweise Täuschung über die Reihenfolge der Kandidatennennung auf dem Stimmzettel).¹⁹ Wer aber bewusst für einen bestimmten Kandidaten oder eine bestimmte Partei wählt, irrt nicht über den Aussagegehalt seiner Stimmabgabe.

II. Bedürfnis nach einer Ergänzung der geltenden Rechtslage?

Das Verbreiten von Falschnachrichten ist damit bereits nach geltender Rechtslage in unterschiedlichen Vorschriften unter bestimmten Voraussetzungen unter Strafe gestellt. Es fragt sich vor diesem Hintergrund, ob sich darüber hinausgehende Verhaltensnormen begründen lassen, die ggf. der Sanktionsbewehrung bedürfen. Als gesetzgeberisches Instrument zur „Bekämpfung von strafbaren Falschnachrichten“²⁰ treten an dieser Stelle insbesondere die Regelungen des NetzDG in den Fokus und sollen einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

1. Ergänzung des Schutzes von Wahlen und Abstimmungen?

Ein Bedürfnis nach einer Ergänzung der geltenden Rechtslage könnte zunächst die gegenwärtigen Vorschriften zum Schutz von Wahlen und Abstimmungen betreffen. Wie gezeigt, steht es nach dem geltenden Recht nicht unter Strafe, die Wahlentscheidung einer Person täuschend zu beeinflussen.²¹ Eben jene Konstellationen hatten aber deutsche Politiker offenbar im Sinn, die nach gesetzgeberischen Maßnahmen zum Schutz der Bundestagswahl 2017 riefen und dabei auf das Negativbeispiel der Beeinflussung der U.S.-amerikanischen Präsidentschaftswahl durch Falschnachrichten Rekurs nahmen (Beispiel: päpstliche Unterstützung der Kandidatur *Trump*s). Systematisch ließe sich eine entsprechende Regelung grundsätzlich in die Vorschrift des § 108 StGB (Wählernötigung) integrieren, die unter anderem

19 Müller (Fn. 7), § 108a Rn. 6.

20 BT-Drs. 18/13013, S. 2.

21 S. schon vorab C. I. dazu, dass § 108a StGB nur Fälle erfasst, in denen ein vom Wähler nicht gewollter Aussagegehalt durch die Täuschung bewirkt wurde. Manipulationen der Willensbildung in Bezug auf die Wahlentscheidung erfüllen nicht die Tatbestandsvoraussetzungen.

den Taterfolg der Ausübung des Wahlrechts in einem bestimmten Sinne erfasst. Insoweit wäre daran zu denken, die Tathandlungen der Gewaltzufügung und des Drohens mit einem empfindlichen Übel durch eine Täuschung über für die Wahlentscheidung relevante Informationen durch falsche Nachrichten zu ergänzen. Dabei kann eine Täuschung sowohl durch ein Tun als auch durch ein begehungsgleiches Unterlassen verwirklicht werden, sodass ein nicht unverzügliches Löschen von Falschmeldungen davon grundsätzlich erfasst sein könnte. Für eine entsprechende Reform des geltenden Rechts ließe sich ins Feld führen, dass Nachrichten für die Wahlentscheidung des Einzelnen eine besondere Bedeutung zukommt. Damit der Bürger sich ein Bild von den insbesondere politischen Konsequenzen seiner Stimmabgabe machen und diese Freiheit ausüben kann, bedarf er einer zutreffenden Vermittlung von Informationen, die in einer Demokratie im Wesentlichen durch die Medien erfolgt.

Freiheitsausübung – etwa in Gestalt des Wahlrechts – ist auf Wissensvermittlung angewiesen. Allerdings lässt sich ein allgemeines rechtliches Verbot der Lüge sachlich nicht legitimieren.²² Vielmehr besteht ein Wahrheitsanspruch allein in Rechtsverhältnissen, die eine entsprechende als berechtigt anerkannte Erwartung begründen.²³ Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der Bürger in einer Demokratie eine grundsätzlich aktive Rolle im Hinblick auf seine Information über die für ihn wesentlichen auch politischen Umstände einnimmt. Als mündige Person weist er außerdem die Fähigkeit auf, die ihm vermittelten Informationen kritisch zu hinterfragen.²⁴ Im Wettstreit der Ideen sind unterschiedliche Formen der Willensbeeinflussung möglich und auch allgemein bekannt. Der Einzelne muss sich darüber im Klaren sein, dass die Medien an der demokratischen Meinungsbildung mitwirken und daher Vermittler von Weltanschauungen sein können, die in ihren Berichten zum Ausdruck kommen. Beispielsweise stellt eine wertungsfreie Berichterstattung eine Utopie dar, die zu Recht auch vor verfassungsrechtlichem Hintergrund nicht verlangt ist. Dem steht nicht zuletzt die sogenannte „Tendenzfreiheit“ entgegen, die der Presse das Recht gewährt, unbehelligt von staatlichen Eingriffen die Meinungs-

22 Im Gegensatz dazu lassen sich im Regelungsbereich der Moral Normen begründen, die das Lügen in weitaus größerem Umfang verbieten. So findet sich etwa bei *Kant* die Aussage, „in allen Erklärungen wahrhaft (ehrlich) zu sein“, sei ein „durch keine Konvenienzen einzuschränkendes Vernunftgebot“ (*I. Kant*, Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen, in: W. Weischedel [Hrsg.], Die Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Band VIII, 21. Auflage, Frankfurt am Main 2014, A 307 [S. 639]). Aus diesem Grund treffe jeden Menschen „die strengste Pflicht zur Wahrhaftigkeit in Aussagen, die er nicht umgehen kann“, selbst wenn diese „ihm selbst oder andern schaden“ (*Kant*, Über ein vermeintes Recht, A 311 [S. 641]).

23 *U. Kindhäuser*, in: U. Kindhäuser/U. Neumann/H.-U. Paeffgen (Hrsg.), Nomos-Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2013, § 263 Rn. 93 verweist zutreffend darauf, dass es sich bei dem Recht auf Wahrheit um ein lediglich „relatives“ handelt, das nur verletzt werden kann, sofern es vorher begründet wurde.

24 Vgl. insoweit auch *Steinbach*, Social Bots im Wahlkampf, ZRP 2017, S. 101 (103) im Hinblick auf im Internet getroffene Aussagen.

richtung eines Druckwerks zu bestimmen.²⁵ Die mehr oder minder deutlich zum Ausdruck kommende Vermittlung von Ideologien ist damit originär mit der Pressearbeit verbunden. Letztere lässt sich auch nicht von der informativen Berichterstattung trennen. Die Darstellung von Tatsachen ist unweigerlich abhängig von der Person des Wahrnehmenden und darüber Informierenden. Dieser stellt die Tatsache in Beziehung zu seiner Weltanschauung und bewertet sie auf diese Weise geradezu „automatisch“.²⁶

Aus diesem Grund erweisen sich bereits Nachrichten über Umstände, die sich tatsächlich ereignet haben, als für deren Rezipienten problematisch. Der Einzelne muss stets gewissermaßen einen „Ideologiefilter“ anlegen, um den für ihn relevanten Nachrichteninhalt zu destillieren. Dies zeigt, dass auch der Umgang mit Nachrichten, die nicht als „Fake News“ einzustufen sind, ein hohes Maß an Eigenständigkeit des Bürgers voraussetzt. Dennoch fragt sich, ob sich diese Verantwortlichkeiten zu Lasten der Medien verschieben, sofern es sich um Falschnachrichten handelt. Insofern müsste sich aber ein *Recht* des Bürgers begründen lassen, zutreffend über bestimmte Ereignisse informiert zu werden. Ein solches ist bei näherer Betrachtung jedoch nicht ersichtlich. Zwar kann es moralisch als verwerflich eingestuft werden, wenn Medienvertreter Falschinformationen nutzen, um den Leser von ihrer Weltanschauung zu überzeugen. Eine rechtliche Pflicht zur Wahrheit besteht dennoch nicht. Grund dafür ist der Umstand, dass die Presse lediglich ein *Angebot* zur Information unterbreitet, das von dem Bürger angenommen werden kann – oder auch nicht. Der Einzelne ist grundsätzlich frei darin zu entscheiden, woher er seine Informationen bezieht, die ggf. für seine Wahlentscheidung ausschlaggebend sind. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass dem Bürger mehr als ein Presseorgan zur Verfügung steht, um sich mit entsprechenden Nachrichten zu versorgen. Im spezifischen Kontext der Wahlen sind es zudem etwa die Wahlprogramme der politischen Parteien, die auf seine Stimmabgabe Einfluss ausüben und als Informationsquelle genutzt werden können.

Ein gewisses Misstrauen in die vielseitigen Informationen, die insbesondere in Wahlkampfzeiten von unterschiedlichen Quellen medial an den Bürger herangetragen werden, gehört zum Alltag in einer Demokratie.²⁷ Wer daher mit einer bestimmten Nachricht konfrontiert wird, die für seine Stimmabgabe am Wahltag ent-

25 M. Bullinger, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band VII, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 163 Rn. 31 ff.

26 Steinbach, Meinungsfreiheit im postfaktischen Umfeld, JZ 2017, S. 653 (655) m. w. N.: „Jeder tatsächenbezogene Bericht einer Person durchläuft zwangsläufig einen subjektiven Filter (...).“ Vgl. auch Paal/Hennemann, Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, JZ 2017, S. 641 (647).

27 H. Klein, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz*, 78. EL September, München 2016, Art. 41 Rn. 120: „Die Beeinflussung der Wähler durch die am öffentlichen Meinungsbildungsprozess Beteiligten ist (...) notwendiger Bestandteil einer freien Wahl.“ Vgl. auch Steinbach, Social Bots (Fn. 24), S. 104.

scheidend sein kann, ist gehalten, diese nicht unhinterfragt hinzunehmen, sondern beispielsweise durch weitere Quellen zu überprüfen bzw. zu seinem bisherigen Kenntnisstand in Beziehung zu setzen. Hinzu kommt, dass eine einzelne Information zwar gewichtig sein kann, dennoch aber in ihrem argumentativen Gehalt in aller Regel neben andere Aspekte tritt, die das Für und Wider einer individuellen Wahlentscheidung prägen. Wenngleich nicht ausgeschlossen ist, dass die Falschnachricht das „Zünglein an der Waage“ ausmacht bzw. so bedeutsam erscheint, dass sie alle anderen Sachargumente überwiegt, bleibt es bei der Verantwortung des mündigen Bürgers zur kritischen Überprüfung der ihm unterbreiteten Tatsachengrundlagen. Gerade wenn eine ihm durch Medien vermittelte Information eine solche Bedeutung hat, entspricht deren unhinterfragte Hinnahme nicht dem Bild des individuellen Meinungsbildungsprozesses innerhalb einer Demokratie.

Nicht zuletzt spricht gegen eine rechtliche Pflicht von Medienvertretern zur Wahrheit, die dem Schutz der Wahlfreiheit dienen soll, die besondere Schwierigkeit, in den Grenzbereichen von wahr und falsch eine sachlich richtige Entscheidung zu treffen.²⁸ Was wahr ist, lässt sich in einer großen Anzahl an Fällen weniger leicht beantworten, als dies erscheinen mag. Zu denken ist insoweit allein an das Beispiel der sogenannten „Lückenpresse“:²⁹ Sofern von einem Geschehnis, das sich tatsächlich ereignet hat, lediglich unvollständig bzw. „verzerrt“ berichtet wird, ist fraglich, unter welchen Umständen darin eine Falschnachricht zu sehen ist. Wer keine staatliche Zensur wünscht, muss an dieser Stelle großzügig zugunsten der betroffenen Grundrechte verfahren. In der Konsequenz ist von einer Ergänzung der Vorschrift des § 108 StGB um die Variante der Täuschung durch eine Falschnachricht abzuraten. Aus den genannten Gründen sollte auch § 108a StGB (Wählertäuschung) nicht um eine Tatbestandsverwirklichungsform ergänzt werden, die die Meinungsbildung des Wählers vor Täuschungen durch Falschnachrichten schützt.

Selbst in denkbaren Extremfällen der Willensbeeinflussung des Wählers durch Falschnachrichten erscheint eine strafrechtliche Reaktion als nicht verhältnismäßig i. w. S.³⁰ Insoweit ist zu beachten, dass entsprechende Konstellationen grundsätzlich eine zur Wahlprüfung berechtigende Wahlbeeinflussung darstellen können.³¹ Dem unterfallen insbesondere auch Äußerungen Privater im unmittelbaren Vorfeld einer Wahl, die den Wähler in seiner Stimmabgabe beeinflussen und dem Grund-

28 S. allgemein zu den unterschiedlichen Wahrheitsbegriffen *J. Link*, in: D. Effer-Uhe u. a., Einheit der Prozessrechtswissenschaft?, Tübingen 2016, S. 203 (211).

29 S. dazu oben B. IV.

30 Zum verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz s. R. *Dechsling*, Das Verhältnismäßigkeitsgebot – eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, München 1989; M. *Sachs*, Grundgesetz, 7. Aufl., München 2014, Art. 20 Rn. 145 ff.; E. *Schmidt-Aßmann*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts I, 3. Aufl., Heidelberg 2003, § 24 Rn. 87.

31 S. *Klein* (Fn. 27), Art. 41 Rn. 119 f.

satz der Freiheit der Wahl zuwider laufen. Die Schwelle zur Annahme einer unzulässigen Wahlbeeinflussung wird dabei seitens des *BVerfG* angenommen, sofern durch Zwang oder Druck bzw. durch ein anderes Instrument in ebenso schwerwiegender Weise auf die Willensbildung des Wählers eingewirkt wurde, „ohne dass eine hinreichende Möglichkeit zur Abwehr – zum Beispiel mit Hilfe der Gerichte oder der Polizei – oder des Ausgleichs, etwa mit den Mitteln des Wahlwettbewerbs, bestanden hätte“.³² Selbst wenn Falschmeldungen diese Voraussetzungen erfüllen, stellt die Möglichkeit, durch Wahlprüfung eine Wiederholung der angefochtenen Wahl herbeizuführen, ein Mittel dar, das ggf. sogar effektiver als eine strafbewehrte Vorschrift den Schutz demokratischer Wahlen garantiert.

2. Ergänzung des Schutzes der Ehre?

Sofern eine Falschnachricht ehrverletzenden Charakter aufweist, kann ihre Verbreitung die Strafbarkeit nach unterschiedlichen bereits vorhandenen Strafnormen hervorrufen. Im Fokus stehen dabei die §§ 185 ff. StGB, die entsprechende Äußerungen in weitem Umfang als strafbares Verhalten erfassen. Nach der gegenwärtigen Fassung sind die Beleidigungstatbestände allerdings ausschließlich als Vorsatzdelikte konzipiert. Eine Erweiterung der momentanen Rechtslage könnte daher etwa die Sanktionierung fahrlässigen Fehlverhaltens vorsehen. Indessen erscheint eine solche Ausdehnung des Strafrechts nicht als verhältnismäßig i. e. S. Das Strafrecht greift gerade nicht im Hinblick auf jedwedes rechtlich zu missbilligendes Verhalten. Vielmehr muss das Fehlverhalten so gewichtig sein, dass es den Einsatz des „schärfsten Schwerts“ des Staates rechtfertigt. Bei der Ehre handelt es sich zwar um ein rechtlich schutzwürdiges Interesse. Gleichwohl weist sie keine so erhebliche Bedeutung für das gesellschaftliche Miteinander auf, dass Angriffe auf sie auch in Fällen fahrlässiger Begehung durch Strafe geahndet werden sollten. Nicht viel anders verhält es sich im Hinblick auf das Ordnungswidrigkeitenrecht: Weil die darin vorgesehene Missbilligung eines Fehlverhaltens nebst Übelzufügung in Gestalt einer Geldbuße von gewissem Gewicht ist, muss dies durch die Schwere des sanktionierten Fehlverhaltens gerechtfertigt sein. Fahrlässige Angriffe auf die Ehre eines anderen sind indessen in aller Regel als besonders geringfügiges Fehlverhalten einzustufen. Eine Ergänzung der Vorschriften zum Schutz der Ehre im Sinne der Sanktionierung fahrlässigen Fehlverhaltens erweist sich daher sowohl im Straf- als auch im Ordnungswidrigkeitenrecht als problematisch.

3. Ergänzung des Schutzes der Sicherheit des Staates und der verfassungsmäßigen Ordnung?

Einen großen Anwendungsbereich finden Falschnachrichten nach geltender Rechtslage innerhalb der Vorschriften, die den Schutz der Sicherheit des Staates und der verfassungsmäßigen Ordnung in den Blick nehmen. Zu denken ist insoweit vor al-

32 BVerfGE 124, 1 (20 f.), unter Bezugnahme auf BVerfGE 103, 111 (132 f.); 122, 304 (315).

lem an §§ 90–90b, 100a und 109d StGB. Sofern die Falschnachricht keinen ehrverletzenden Charakter aufweist, kann sie allerdings allein noch unter §§ 90a, 100a und 109d StGB fallen.³³ Wie gezeigt, bedarf es für die Strafbarkeit nach § 90a StGB außerdem eines böswilligen Verächtlichmachens, das bei einer Vielzahl von Falschnachrichten ebenfalls nicht gegeben ist. Eine weitere Einschränkung erfährt die Strafbarkeit von Falschnachrichten ferner durch den begrenzten Kreis an Tatobjekten, die in den einschlägigen Vorschriften genannt werden. Weist die Nachricht keinen Bezug zur Bundesrepublik Deutschland, einem ihrer Länder, der verfassungsmäßigen Ordnung oder der Bundeswehr auf, entfällt auch eine Strafbarkeit nach §§ 90a und 109d StGB. Was dann allein bleibt, ist § 100a StGB, der allerdings auf das Schutzinteresse der äußeren Sicherheit zugeschnitten ist: Beeinträchtigungen der *inneren* Sicherheit durch Falschnachrichten sind gerade nicht erfasst.

Eine Ergänzung der geltenden Rechtslage könnte daher den Schutz der inneren Sicherheit in den Blick nehmen, der über die bereits angesprochenen Vorschriften hinausgeht. Beispielhaft zu denken ist dabei an eine unwahre Nachricht, die einen unmittelbar bevorstehenden Atomangriff einer fremden Macht bzw. einen verheerenden Anschlag einer Terrororganisation ankündigt. Sofern diese Information einer großen Zahl an Personen mitgeteilt und so geschickt dargestellt wird, dass die ihr innewohnende Täuschung nicht ohne Weiteres zu erkennen ist, könnte auf diese Weise eine Panik ausgelöst werden, die unter anderem Gewalt innerhalb der Bevölkerung (Plünderungen etc.) nach sich ziehen könnte. Nach geltendem Recht ist das Verbreiten bzw. Nichtlöschende einer solchen Falschnachricht unter anderem durch die Vorschriften zum Schutz der Individualrechtsgüter erfasst. Kommt es in Folge der Falschnachricht zu gewaltsamen Übergriffen und hat der Berichtende oder der Nichtlöschende dies billigend in Kauf genommen oder dahingehend jedenfalls fahrlässig gehandelt, kann er wegen Körperverletzungs-, Tötungsdelikten usw. bestraft werden. Indessen wird auf diese Weise unter Umständen nicht in angemessenem Umfang abgebildet, dass der Täter durch sein Verhalten einen darüber hinausgehenden Gefährdungsunwert geschaffen hat, der die Interessen von Personen betrifft, bei denen sich die Gefahr nicht in einem Verletzungserfolg ausgewirkt hat. Es erscheint daher prinzipiell gerechtfertigt, dem Rechtsgut der inneren Sicherheit bzw. den darin verallgemeinernd zusammengefassten potentiell nachteilig betroffenen Individualrechtsgütern durch eine Vorschrift Rechnung zu tragen, die im Vorfeld der eigentlichen Verletzung die Gefährdung dieser Interessen durch Falschnachrichten erfasst. Dabei kann eine solche Gefährdung in gleichem Maße durch irreführende Nachrichten und Mitteilungen herbeigeführt werden. Die im Duden getroffene Unterscheidung ist daher normativ nicht zu übernehmen – um Missver-

33 S. bereits oben C. I. zu weiteren Beispielen der strafrechtlichen Erfassung von Falschnachrichten durch andere als auf die Sicherheit des Staates gerichtete Straftatbestände.

ständnisse zu vermeiden, erweist sich der Begriff der „Fehlinformation“ innerhalb einer entsprechenden Regelung als besser geeignet.³⁴

Allerdings muss in diesem Zusammenhang berücksichtigt werden, dass nicht *jede* Falschnachricht bzw. -mitteilung das Potential aufweist, eine Massenpanik in der Bevölkerung auszulösen. Im Gegenteil bildet diese Fallgruppe eine Seltenheit, die auf wenige besonders gewichtige Fehlinformationen beschränkt ist, die eine große Zahl an Personen zu erreichen und zu täuschen geeignet sind. Es stellt sich damit die Frage, ob ein ggf. strafbewehrtes Verbot bzw. eine Vorschrift im Ordnungswidrigkeitenrecht zum Schutz der inneren Sicherheit auch unterhalb dieser Schwelle geeignet, erforderlich und angemessen ist. Dafür könnte sprechen, dass § 100a StGB in Fällen der erheblichen Gefährdung der *äußereren* Sicherheit Falschnachrichten in relativ großem Umfang als strafrechtlich relevantes Verhalten erfasst. In demselben Maße könnte auch der inneren Sicherheit Schutz gewährleistet werden, zumal die äußere Sicherheit ihrerseits indirekt den Schutz der inneren Sicherheit intendiert: Sofern nämlich der Bundesrepublik Deutschland ein schwerer Nachteil im Hinblick auf die äußeren Beziehungen zu Dritten erwächst, ist dies nicht zuletzt deshalb Unrecht, weil sich dieser Nachteil auf die innere Sicherheit negativ auswirken kann – beispielsweise aufgrund der Entstehung eines internationalen Konflikts. Die innere Sicherheit ist für ein staatliches Gemeinwesen jedenfalls ebenso bedeutsam wie die äußere. Sofern nach innen etwa die Wahrung der freiheitlich demokratischen Grundordnung nicht gewährleistet werden kann, spielen äußere Beziehungen allenfalls am Rande eine Rolle, da der Staat von innen heraus um seine Existenz fürchten muss. Ein nicht funktionierender Staat kann aber ohnedies keine intakten Beziehungen nach außen pflegen.

Es trifft daher zwar zu, dass die innere Sicherheit als Grundvoraussetzung der Existenz eines Rechtsstaats in ihrer Bedeutung jedenfalls derjenigen von Beziehungen zu anderen Mächten entspricht. Gleichwohl ergibt sich hieraus nicht die Begründung eines durch das Strafrecht gewährleisteten identischen Schutzniveaus in Bezug auf Falschnachrichten. Der Grund dafür liegt in dem Umstand, dass unwahre Mitteilungen gegenüber fremden Mächten ein ungleich größeres Gefahrenpotential aufweisen, als dies bei Fehlinformationen gegenüber den eigenen Bürgern der Fall ist. Im Hinblick auf die Letzteren fällt eine glaubwürdige Gegendarstellung erheblich leichter, was nicht zuletzt darin begründet ist, dass die Kommunikation zwischen der Bevölkerung und der Regierung unter Nutzung verschiedenster Medien auf hohem Niveau gewährleistet ist. Dies kann gegenüber anderen Staaten, mit denen die Gesprächskultur unter Umständen von den jeweiligen politischen Verhältnissen abhängig ist, ganz anders – nämlich erheblich schlechter – sein. Darauf hinaus ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass die Bürger eines Staates

34 S. zur Differenzierung im Duden bereits oben B. I.

tes der eigenen Regierung grundsätzlich ein gewisses Vertrauen entgegenbringen, da sich diese aus den Vertretern der von ihnen gewählten Parteien zusammensetzen. Dieses Vertrauen ist es auch, das eine individuelle kritische Nachprüfung solcher Informationen erforderlich macht, die dem Bürger durch Nachrichten mitgeteilt werden. Konkret bedeutet dies, dass der Einzelne nicht unhinterfragt jede Information beispielsweise über das Handeln der gewählten Volksvertreter oder die politische sowie wirtschaftliche Situation des Landes als zutreffend hinnehmen kann. Im Gegenteil ist er gerade im Fall besonders relevanter Informationen, die eine gravierende Abweichung von dem bisherigen Kenntnisstand bedeuten, gehalten, Nachforschungen anzustellen und diese zu anderen ihm bekannten Tatsachen in Beziehung zu setzen. Verkürzt lässt sich damit sagen, dass der Staat sich nach innen mehr Gelassenheit zutrauen kann, als dies im Verhältnis zu fremden Mächten der Fall ist. Eine (straf-)rechtliche Relevanz von Fehlinformationen kann daher zum Schutz der inneren Sicherheit nicht ebenso weitgehend ausfallen, wie dies in Bezug auf die äußere Sicherheit gerechtfertigt ist.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Überlegung, dass die strafrechtliche Erfassung des Verbreitens von Falschnachrichten der Erosion von Vertrauen entgegenwirken kann, das durch unwahre Informationen über das Handeln von Politikern bzw. Medienvertretern entstehen kann. Im Kern berührt dieser Gedanke seinerseits das Schutzzinteresse der inneren Sicherheit: Falschnachrichten bzw. die Überzeugung von ihrer Richtigkeit können das Vertrauen in diejenigen schwinden lassen, auf die sich die falschen Mitteilungen beziehen. Sofern es sich dabei um Politiker bzw. Regierungsmitglieder handelt, kann dies einen Einfluss auf die innere Sicherheit haben. Wer nicht länger davon ausgeht, dass die gewählten Volksvertreter den Interessen der Bevölkerung dienen, da sie beispielsweise korrupt sind oder sich von Motiven leiten lassen, die nicht am Wohl des eigenen Volkes ausgerichtet sind, kann zum Widerstand gegen die staatliche Ordnung geneigt sein. Neben friedliche Formen des Widerstandes können dabei auch gewalttätige Akte treten, die eine Gefahr für den Bestand des Staates und der freiheitlichen Grundordnung bedeuten. Ebenso kann ein schwindendes Vertrauen in die Medien der inneren Sicherheit abträglich sein. Die Presse nimmt eine wichtige Rolle im Prozess der demokratischen Meinungsbildung ein. Insbesondere informiert sie über die politische Situation und vermittelt der Bevölkerung Kenntnisse von relevanten Zeitgeschehnissen. Sofern daher ein verbreitetes Misstrauen in die Richtigkeit der seitens der Medien mitgeteilten Informationen entsteht, kann dies seinerseits eine Erosion des Vertrauens in die gewählte Volksvertretung nach sich ziehen. Werden nämlich Nachrichten als falsch – als „Lügenpresse“ – wahrgenommen, fehlt es an einem für den Einzelnen als seriös anerkannten Vermittler zwischen Politik und Volkssouverän. Wer nicht an die Richtigkeit dessen glaubt, was ihm mitgeteilt wird, dem geht am Ende jedwede Information verloren. Dies widerspricht aber der zentralen

Funktionsweise einer Demokratie, die auf einen permanenten Austausch von Meinungen und Informationen angewiesen ist. Bricht dieser ab, ist die Konsequenz Misstrauen und Zweifel an der Richtigkeit der eigenen Staatsform.

Allerdings lässt sich Vertrauen nicht durch das Mittel des Strafrechts stabilisieren bzw. wiederherstellen. Sofern seitens der Politik ein Vertrauensverlust der Bevölkerung bzw. von Teilen der Bevölkerung in das Verhalten der gewählten Volksvertreter bzw. in die Medien festgestellt wird, müssen andere Wege gefunden werden, um Glaubwürdigkeit zu vermitteln. Ein Politiker kann dies etwa erreichen, indem er den von ihm getroffenen Aussagen und Versprechen Taten folgen lässt. Ebenfalls relevant erscheint in diesem Zusammenhang die Art und Weise des Umgangs mit dem politischen Gegner sowie dem Bürger im Allgemeinen. Beispielsweise tragen abwertende Äußerungen gegenüber Personen mit abweichenden Wertvorstellungen wenig zu einer Verbesserung eines Klimas bei, das von vielen Seiten als angespannt und durch Misstrauen geprägt eingestuft wird. Auch das Vertrauen in die Arbeit von Medienvertretern kann mit wesentlich größeren Erfolgsschancen auf anderem Wege stabilisiert bzw. wiederhergestellt werden als mit dem Mittel des Strafrechts. Wer nachweislich keine Fehler in der Berichterstattung vornimmt und die widerstreitenden Meinungen etwa in einem ausgewogenen Verhältnis anstatt lediglich einseitig präsentiert, steigert die Glaubhaftigkeit der eigenen Arbeit. Negativ kann sich demgegenüber etwa die Zugrundelegung eines abweichenden Standards in Abhängigkeit vom Gegenstand der Berichterstattung auswirken.

Eine Erfassung von Falschnachrichten durch das Strafrecht bzw. Ordnungswidrigkeitenrecht kann sich in Bezug auf das Interesse, Vertrauen in Politiker bzw. Medien zu stabilisieren bzw. wiederherzustellen, sogar als kontraproduktiv erweisen. Das Strafrecht ist ultima ratio. Gemeint ist damit, dass vorab Maßnahmen ergriffen werden müssen, die zur Zweckerreichung ebenso effektiv und zugleich weniger eingriffsintensiv sind.³⁵ Wie gezeigt, kann die Glaubwürdigkeit von Personen in vielerlei Hinsicht verbessert werden. Das Strafrecht als Reaktion ist insoweit nicht erforderlich. Wer dennoch nach den Möglichkeiten des Strafrechts greift, vermittelt den Eindruck, keine eigenen Anstrengungen zur Stabilisierung seiner Glaubwürdigkeit vornehmen zu wollen. Im Gegenteil kann sich insoweit die Vorstellung verfestigen, dass Andersdenkende unterdrückt werden sollen, während der betreffende Politiker bzw. Medienvertreter keine Maßnahmen ergriffen hat, um Vertrauen in seine Tätigkeit zu wecken. Darüber hinaus ist an die Negativkonsequenzen der Bestrafung wegen einer Falschnachricht zu denken: Sofern diese etwa einen Medienvertreter betrifft, kann dessen gerichtlich festgestellte Verbreitung bzw. Nichtlöschung einer Falschnachricht als Beleg für die Richtigkeit eines bereits be-

35 Zur ultima ratio-Funktion staatlichen Strafens s. etwa G. Freund, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 2009, § 1 Rn. 50 f., § 6 Rn. 68k (Fn. 84).

stehenden Misstrauens in die Presse bzw. die Politik gewertet werden. Ebenso nachteilig kann es sich auf das allgemeine Vertrauen in den Staat und seine Einrichtungen bzw. Akteure auswirken, wenn sich im Nachgang einer Verurteilung herausstellt, dass die Nachricht gar nicht falsch war. Eine strafrechtliche oder bußgeldbewehrte Vorschrift kann in diesem Bereich mithin eine Negativspirale auslösen, die bestehende Vertrauensdefizite noch weiter vertieft und sich daher zuletzt selbst als Nachteil für die innere Sicherheit auswirkt. Von ihr ist dringend abzuraten.

Es kann damit festgehalten werden, dass zum Schutz der inneren Sicherheit lediglich ein besonders kleiner Rahmen für eine strafrechtliche Reform besteht. Eine entsprechende Vorschrift könnte wie folgt formuliert werden:

Wer eine Fehlinformation verbreitet, die geeignet ist, eine besonders große Zahl an Personen zu erreichen und zu täuschen, und auf diese Weise die Gefahr eines schweren Nachteils für die innere Sicherheit herbeiführt, wird (...) bestraft.

Dabei lässt sich gegen die Legitimität einer solchen Vorschrift nicht die damit einhergehende Vorverlagerung des strafbaren Verhaltens ins Feld führen. Diese ist durch die erheblichen Gefahren gerechtfertigt, die für besonders bedeutsame Individualrechtsgüter der übrigen Gesellschaftsmitglieder (u. a. Leben und Körperintegrität) mit der in Rede stehenden Verhaltensweise verbunden sind.³⁶ Insoweit handelt es sich gerade nicht um ein „Klimaschutzdelikt“, das problematische Schutzgüter wie den „öffentlichen Frieden“ bzw. bloßen Gefühlsschutz in den Blick nimmt.³⁷ Im Übrigen sind Falschnachrichten unter dem Gesichtspunkt der inneren Sicherheit allein im Rahmen der geltenden Vorschriften ein Fall für das Straf- und

36 Diese Interessen überwiegen auch gegenüber der Meinungsfreiheit des Einzelnen. Wie *Steinbach, Meinungsfreiheit* (Fn. 26), S. 657 ff. überzeugend darlegt, kann von deren Schutzbereich – entgegen der Rechtsprechung des BVerfG – auch die Verbreitung falscher Tatsachen erfasst sein, sofern „mit der (wahren oder unwahren) Tatsachenbehauptung beim Empfänger der Kommunikation eine bestimmte Wirkung erzielt werden soll.“ Dem liegt insbesondere die zutreffende Überlegung zugrunde, dass die Meinungsfreiheit auf die Gewährleistung der individuellen Selbstbestimmung gerichtet ist, weshalb gilt: „Das individuelle Mitteilungsbedürfnis der subjektiven Sichtweise erfasst auch die subjektiv-verzerrte und die auf Lügen aufbauende Wiedergabe realweltlicher Fakten.“ In einer Abwägung gegenüber den hier betroffenen Individualrechtsgütern wie Leben oder Körperintegrität hat die Meinungsfreiheit indessen zurückzustehen.

37 S. zur ausführlichen Kritik am „Rechtsgut“ des öffentlichen Friedens *Timm*, Gesinnung und Straftat (Fn. 14), S. 236 ff. Vgl. zum Thema etwa *K. T. Barisch, Die Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch § 129b StGB – Verfassungswidrig politisiertes symbolisches Feindstrafrecht zum Schutze eines Scheinrechtsgutes oder sinnvolles Strafanwendungsrecht eines streitbaren demokratischen Rechtsstaates in der Weltgesellschaft?*, Berlin 2009, S. 134 ff.; *W. Beck, Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung – Zum Problem der Unrechtsbegründung im Bereich vorverlegter Strafbarkeit*, erörtert unter besonderer Berücksichtigung der Delikttatbestände des politischen Strafrechts, Berlin 1992, S. 143 ff.; *T. Hörnle, Grob anstößiges Verhalten – Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt am Main 2005, S. 90 ff. Aus der Rechtsprechung zum Begriff des öffentlichen Friedens RGSt 15, 116 (117); BGHSt 34, 329 (331). S. ferner zur Kritik am Gefühlsschutzzansatz *Timm*, Gesinnung und Straftat (Fn. 14), S. 107 ff. insbesondere unter Verweis auf *Hörnle, Grob anstößiges Verhalten*, S. 78 ff.

Ordnungswidrigkeitenrecht. Ein darüber hinausgehender Regelungsbedarf besteht nicht und lässt sich auch nicht legitimieren.

4. Kritische Würdigung der Vorschriften des NetzDG

Auf der Basis der voranstehenden Ausführungen kann nunmehr überprüft werden, ob bzw. in welchem Umfang das NetzDG eine sinnvolle Ergänzung der bestehenden Sanktionsnormen im Hinblick auf die Verbreitung von Falschnachrichten bereichält.³⁸ Im Vordergrund steht dabei die im NetzDG normierte Sanktionierung des unterlassenen (ggf. nicht unverzüglichen) Löschens von „Fake News“. Damit reagiert der Gesetzgeber insbesondere auf die Kritik an der Internetplattform Facebook, die zwar bislang bereits die Möglichkeit einräumte, Falschnachrichten zu melden und löschen zu lassen, für diesen Vorgang aber in aller Regel einen längeren Zeitraum in Anspruch nahm (im Fall *Künast* drei Tage). Für das Opfer ergibt sich daraus die belastende Situation, mit der über die eigene Person verbreiteten ehrverletzenden Falschnachricht in öffentlich sichtbarer Form für mehrere Tage leben zu müssen. Die Verletzung des Schutzinteresses der Ehre wird auf diese Weise weiter vertieft, da die „Fake News“ aufgrund ihrer öffentlichen Verweildauer von einer größeren Anzahl an Personen wahrgenommen werden kann.

Was die Löschpflicht des Providers in Bezug auf rechtswidrige Inhalte anbelangt, regelt das NetzDG zunächst im Kern nichts Neues: Bereits nach der bisherigen Rechtslage waren die Provider von Internetplattformen rechtlich dazu verpflichtet, strafbare Inhalte unverzüglich zu löschen, weshalb für sie eine nach den Regeln behegungsgleichen Unterlassens begründbare Verantwortlichkeit (wegen Täterschaft oder Teilnahme)³⁹ in Betracht kam. Dies zeigt sich etwa anhand der Ehrschutzdelikte. Deren Tatbestandsverwirklichung kann auch durch behegungsgleiches Unterlassen erfolgen. Dies setzt eine Sonderverantwortlichkeit voraus, die aber bei den Betreibern einer Internetplattform grundsätzlich anzunehmen ist. Grund dafür ist der Umstand, dass dieser Personenkreis die technischen Möglichkeiten zur Lösung aufweist und sich aus dessen Tätigkeit eine Gefahrenquellenverantwortlichkeit im Hinblick auf den Ehrschutz von Personen ableiten lässt, die durch auf dieser Internetseite veröffentlichte Nachrichten betroffen sind.⁴⁰ Die Garantenstellung

38 Nicht näher eingegangen wird an dieser Stelle auf die Vereinbarkeit des NetzDG mit dem Europarecht (E-Commerce-Richtlinie). S. dazu ausführlich G. Spindler, Der Regierungsentwurf zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz – europarechtswidrig?, ZUM 2017, S. 473 (473 ff.).

39 S. OLG Hamburg, Beschluss vom 13.5.2013 – 5 W 41/13 (LG Hamburg) zur Annahme der Gehilfenverantwortlichkeit eines Providers wegen Löschungsverweigerung im Bereich von Urheberrechtsverletzungen.

40 S. allgemein zur Sonderverantwortlichkeit sogenannter „Host-Provider“ G. Freund, in: W. Joecks/ K. Miebach (Hrsg.), MünchKommStGB, 3. Aufl., München 2017, § 13 Rn. 162 f., der zusätzlich darauf abstellt, dass dieser Personenkreis durch die Auswahl seiner Kunden grundsätzlich eher Einfluss auf die Inhalte nehmen kann, die über den von ihm zur Verfügung gestellten Speicherraum zugänglich gemacht werden. S. ferner T. Weigend, in: H. W. Laufhütte u. a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar StGB, Berlin 2014, § 13 Rn. 54.

ist darauf gestützt, dass der Plattformbetreiber wirtschaftliche Vorteile aus dem Angebot zieht, anderen die Möglichkeit zur Publikation von Nachrichten einzuräumen. Er kann sich daher nicht auf den Standpunkt stellen, für die Nachrichteninhalte sei allein derjenige verantwortlich, der sie hochgeladen hat. Dem steht insbesondere auch entgegen, dass es sich hierbei nicht selten um anonyme Personen handelt, weshalb es für den in seiner Ehre Verletzten unzumutbar ist, gegen diese vorzugehen, anstatt einen eigenständigen Löschungsanspruch gegen den Plattformbetreiber durchzusetzen. Ebenso ist für sonstige für die Nachrichtenberichterstattung eines Presseerzeugnisses Verantwortlichen eine Garantenstellung im Hinblick auf eine Löschung bzw. Gegendarstellung bei ehrkränkenden Nachrichteninhalten anzunehmen. Bei Zeitungen bzw. Magazinen fällt dies sogar noch leichter als bei Internetplattformen, da deren Redakteure grundsätzlich die Verantwortung für die veröffentlichten Inhalte mittragen. Dies begründet zugleich eine Gefahrenquellenverantwortlichkeit bezüglich des Ehrschutzes von Personen, die durch die jeweilige Nachricht beeinträchtigt werden. Damit steht fest: Während der Verweildauer der Falschnachricht auf der Internetseite des sozialen Netzwerks wird diese fortlaufend von den für die Plattform verantwortlichen Personen (durch begehungsgleiches Unterlassen) „verbreitet“.

Die sich hieraus ergebende Löschpflicht des Internetproviders im Hinblick auf rechtswidrige Inhalte erstreckt sich allerdings ausschließlich auf das Gebot *unverzüglicher* Löschung. Gemeint ist damit, dass dem Provider in jedem Fall die Zeit zu einer angemessenen Prüfung des in Rede stehenden Inhalts eingeräumt werden muss. Die Löschpflicht stellt einen Eingriff in die Rechte des Internetproviders dar, der zumindest in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit beeinträchtigt wird. Um dies zu rechtfertigen, muss im Wege einer Güter- und Interessenabwägung ein überwiegendes entgegenstehendes Rechtsgut festgestellt werden, das im Fall einer Ehrverletzung im allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Angegriffenen zu sehen ist. In die Abwägungsentscheidung ist allerdings neben den Rechten des Providers und des in seiner Ehre Betroffenen die Meinungsfreiheit desjenigen einzubeziehen, der den jeweiligen Inhalt auf den Seiten des sozialen Netzwerks hochgeladen hat. Für den Provider besteht auf dieser Basis immer dann eine rechtliche Pflicht, den Inhalt zu löschen, wenn er nach angemessener Prüfung zu dem Ergebnis kommt, dass es sich um einen rechtswidrigen handelt. Sofern auch im Anschluss an eine solche Prüfung eine dahingehende Unsicherheit besteht, hat der Provider auf der Basis einer alternativen Bewertung eine Entscheidung zu treffen: Der potentielle Verstoß gegen die Meinungsfreiheit muss mit dem potentiellen Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht bzw. ein sonstiges in Rede stehendes Rechtsgut abgewogen

werden. Je nachdem, wie diese Abwägungsentscheidung ausfällt, muss der Provider den jeweiligen Inhalt (ggf. vorläufig) löschen.⁴¹

Vor diesem Hintergrund erweisen sich die Vorschriften des NetzDG indessen als problematisch. Die Regelung der §§ 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG, wonach eine Internetplattform insbesondere verpflichtet ist, innerhalb von 24 Stunden bzw. „unverzüglich, in der Regel innerhalb von 7 Tagen“ einen bestimmten Eintrag zu löschen, geht über das Gebot zur lediglich unverzüglichen Löschung hinaus. Sofern die Rechtswidrigkeit des Inhalts nicht von der Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung oder erkennbar von anderen tatsächlichen Umständen abhängt, wird der Internetprovider nach dieser Vorschrift nach Ablauf von 7 Tagen vor die Wahl gestellt, entweder zu löschen oder die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit des jeweiligen Inhalts an eine andere Stelle abzugeben. Sofern der Provider also nach dieser Frist schlicht mehr Zeit benötigt, um eine sorgfältige Entscheidung im Hinblick auf die rechtliche Zulässigkeit des Inhalts zu treffen, wird ihm diese Freiheit versagt. Dies erweist sich nicht zuletzt deshalb als fragwürdig, weil den Provider seine Freiheitsrechte grundsätzlich in die Lage versetzen, selbst über die Löschung von Inhalten in dem von ihm betriebenen sozialen Netzwerk zu entscheiden. Gerade weil die besondere Schwierigkeit der Abwägungsentscheidung des Netzwerkbetreibers in aller Regel in der rechtlichen Einschätzung des Sachverhalts liegen wird, bedeutet die Regelung des NetzDG einen weitgehenden Eingriff in die Rechtsposition des Netzwerkbetreibers, der sich nicht ohne Weiteres in jedem Fall durch die Interessen der von dem jeweiligen Inhalt betroffenen Person rechtfertigen lässt. Doch auch im Hinblick auf Fälle, in denen tatsächliche Umstände die Abwägungsentscheidung des Netzwerkbetreibers erschweren, erweist sich das NetzDG als erheblich eingriffsintensiv. Zwar wird hier eine Ausnahme von der 7-Tages-Frist eingeräumt, indem das soziale Netzwerk über diesen Zeitraum hinaus dem Nutzer die Möglichkeit zur Stellungnahme zu der Beschwerde bieten kann. Allerdings dürfte die bloße Einholung einer Stellungnahme des Nutzers in den seltensten Fällen zur vollständigen Klärung der Sachlage beitragen, weshalb das Netzwerk im Anschluss unweigerlich zum Löschen verpflichtet ist, selbst wenn noch keine angemessene Prüfung erfolgen konnte.

Neben dieser problematischen Erweiterung der rechtlichen Pflichtenstellung des Netzwerkproviders gehen mit dem NetzDG vor allem Schwierigkeiten einher, die die Verhältnismäßigkeit i. w. S. der *Sanktionierung* unterlassener Löschungen betreffen. Auch insoweit geht das NetzDG über das bisherige Recht hinaus. Bei sämtlichen der im NetzDG aufgeführten Tatbestände des StGB handelt es sich um – ne-

41 Dies gilt im Übrigen nicht allein für die Betreiber von sozialen Netzwerken einer bestimmten Größe (zur Definition s. <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/soziale-medien.html> [Stand: 2.3.2017] sowie ähnlich § 1 Abs. 1 S. 1 NetzDG), sondern gerade auch für die Provider kleinerer Plattformen oder die für sonstige Presseerzeugnisse verantwortlichen Personen.

benbei bemerkt: seitens des Gesetzgebers wenig sinnvoll zusammengestellte⁴² – Vorsatzdelikte. Demgegenüber normiert das NetzDG u. a. eine Sanktionierung des fahrlässigen Unterlassens der Löschung rechtswidriger Inhalte. Dies erweist sich gemessen am vergleichbaren Unrechtsgehalt von Tun und Unterlassen als inkonsistent. Ferner erfasst die Bußgeldvorschrift des NetzDG nicht lediglich das unterlassene unverzügliche Löschen, sondern darüber hinaus das nicht, nicht richtige oder nicht vollständige Vorhalten eines näher im Entwurf bestimmten Verfahrens, das neben Löschpflichten eine große Zahl weiterer Organisations- und Berichtspflichten enthält, um ein schnelles und effektives Entfernen von Inhalten aus Internetplattformen zu gewährleisten. Insoweit geht die Vorschrift durch eine erhebliche Vorverlagerung des ordnungswidrigkeitenrechtlich relevanten Verhaltens sowie die Einbeziehung einer Fahrlässigkeitsverantwortlichkeit weit über die bisherige Rechtslage hinaus.⁴³

Es stellt sich daher zunächst die Frage nach der Erforderlichkeit entsprechender Sanktionsnormen. Dieser steht entgegen, dass die Löschung rechtswidriger Inhalte bereits nach bisheriger Rechtslage im Wege der Störerhaftung gem. §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB erzielt werden konnte.⁴⁴ Vor allem stehen dem NetzDG jedoch Bedenken im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit i. e. S. entgegen. Hier ist die Meinungsfreiheit desjenigen zu berücksichtigen, der Äußerungen bzw. Nachrichten

42 R. Köbler, *Fake News, Hassbotschaft und Co. – Ein zivilprozessualer Gegenvorschlag zum NetzDG*, AfP 2017, S. 282 (282).

43 Die Vorschrift geht noch insoweit über die bisherige Rechtslage hinaus, als sie eine Verantwortlichkeit des Unternehmens selbst und nicht allein von Einzelpersonen im Hinblick auf die betroffenen Deliktstatbestände aufstellt. Wie im Strafrecht wirft die Idee eine Verbandsverantwortlichkeit auch im Ordnungswidrigkeitenrecht grundsätzliche Probleme auf; s. kritisch zu Bestrebungen zur Einführung einer Bestrafung juristischer Personen etwa W. Frisch, Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung, in: M. A. Zöller u. a. (Hrsg.) *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension*, Festschrift für Jürgen Wolter, Berlin 2013, S. 349 (349 ff.); G. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 1993, 6/45; F. Zieschang *Das Verbandsstrafgesetzbuch – Kritische Anmerkungen zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden*, GA 2014, S. 91 (95). Wer ordnungswidrigkeitenrechtliche Regelungen, die nicht der Gefahrenabwehr dienen, zutreffend als „kleines Strafrecht“ begreift, muss grundsätzlich eben solche Bedenken gegen eine Verbandsverantwortlichkeit in diesem Bereich hegen. Auch eine ordnungswidrigkeitenrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen ablehnend daher F. Mulch, Strafe und andere staatliche Maßnahmen gegenüber juristischen Personen, 2017, S. 81 ff., 90 ff. Jedenfalls gilt aber: Das Ordnungswidrigkeitenrecht darf nicht dazu missbraucht werden, die Möglichkeit zu besonders eingriffsintensiven staatlichen Reaktionen auf Fehlverhalten zu schaffen – etwa dadurch dass eine gegen ein Unternehmen erhobene Geldbuße höher ausfallen kann als eine Geldstrafe gegenüber einem Individuum. Um das Unternehmen haftbar zu machen, müssen vielmehr Maßnahmen angewendet werden, die keinen Sanktions- oder gar Strafcharakter aufweisen – wie etwa eine quasi-konditionelle Abschöpfung eines illegalen Vermögenswerts. Andernfalls gerät nicht zuletzt die Relation zwischen Ordnungswidrigkeitenrecht und Strafrecht durcheinander, die im Hinblick auf das Gewicht der sanktionierten Fehlverhaltensweisen durch ein Plus-Minus-Verhältnis geprägt ist.

44 S. Köbler, *Fake News* (Fn. 42), S. 283 (näher zum Anwendungsbereich des § 10 TMG). Vgl. ferner Paal/Hennemann, *Meinungsbildung* (Fn. 26), S. 649 zu Überlegungen im Hinblick auf die Verbesserung von Auskunftsansprüchen bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen de lege ferenda sowie Guggenberger, *Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – schön gedacht, schlecht gemacht*, ZRP 2017, S. 98 (101) zu weiteren Vorschlägen, die die Erforderlichkeit des NetzDG in Frage stellen.

in einem sozialen Netzwerk tätigt. Diese wird insbesondere dadurch gefährdet, dass das NetzDG an die unterlassene Löschung empfindliche Geldbußen knüpft und damit einen Anreiz schafft, gerade auch (möglicherweise) rechtmäßige Inhalte zu löschen. Wer vor die Wahl gestellt wird, entweder zu löschen und damit eine Geldbuße von bis zu 5 bzw. 50 Millionen Euro zu vermeiden oder die Meinungsfreiheit zu schützen, wird sich in aller Regel für ersteres entscheiden.⁴⁵ Dieser Hergang liegt nicht zuletzt aufgrund der Tatsache nahe, dass eine Sanktionierung der Löschung *rechtmäßiger* Inhalte im NetzDG gerade nicht vorgesehen ist.⁴⁶ Die unverhältnismäßige Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit durch die Vorschriften des NetzDG zeigt sich außerdem anhand des Umstands, dass die im Einzelfall geltende Frist davon abhängig gemacht wird, ob es sich um einen „offensichtlich“ rechtswidrigen Inhalt handelt. Wie gesagt, gibt es Offensichtliches in Bezug auf die im NetzDG genannten Tatbestände nur selten.⁴⁷ Um auch dieser Unsicherheit zu entgehen, wird sich der Plattformbetreiber in aller Regel für die Annahme der Offensichtlichkeit des Falles entscheiden, um nicht bereits dadurch eine Geldbuße zu provozieren, dass er zu spät, nämlich lediglich innerhalb von 7 Tagen und nach angemessener Prüfung gelöscht hat.⁴⁸ Ohnedies genügt es nicht, die Löschungsfrist von 7 Tagen dadurch abzumildern, dass diese lediglich „in der Regel“ Anwendung finden soll. Auf diese Weise ist wiederum nicht gewährleistet, dass nicht doch Inhalte gelöscht werden, allein weil ein Ausnahmetatbestand von der 7-Tages-Frist nicht sofort ins Auge springt.⁴⁹ Entgegen der Annahme der Verfasser des NetzDG⁵⁰ liegt in dem Gesetz mithin durchaus eine gegenüber dem bisherigen Recht erhöhte Einschränkung der Meinungs- bzw. Pressefreiheit, sind schließlich sämtliche der – gegenüber dem Bisherigen: *zusätzlichen* – Pflichten darauf gerichtet, zeitnahe Löschungen von Inhalten auf Internetseiten vorzunehmen, die von eben jenen

45 S. auch Guggenberger, Netzwerkdurchsetzungsgesetz (Fn. 44), S. 99, nach dem die gesetzlichen „Vorgaben einen Anreiz schaffen, ein Verfahren aufzusetzen, das systemisch tendenziell zu Löschungen führt.“ Ebenso G. Nolte, Hate-Speech, Fake-News, das „Netzwerkdurchsetzungsgesetz“ und Vielfaltsicherung durch Suchmaschinen, ZUM 2017, S. 552 (555 f.).

46 Paal/Hennemann, Meinungsbildung (Fn. 26), S. 650.

47 Ebenso Nolte, Hate-Speech (Fn. 45), S. 556.

48 Dass Netzwerkbetreiber geneigt sein können, sich eher für das Löschen zu entscheiden, wird weiter dadurch begünstigt, dass deren im NetzDG dargelegte alternative Handlungsoptionen wie etwa die Einholung einer Experteneinschätzung lediglich fakultativer Natur sind. Insoweit treffend Peukert Cicero vom 27.3.2017 (<http://cicero.de/berliner-republik/netzwerkdurchsetzungsgesetz-kurzbericht-mit-der-meinungsfreiheit>): „Die Netzwerke können sich diesen Aufwand also folgenlos sparen und vorsorglich löschen.“ Peukert weist ebenfalls zutreffend darauf hin, dass sich die Gefahren für die Meinungsfreiheit noch weiter verschärfen, da ein „Freischaltungsanspruch“ von Usern gegenüber den Netzwerkbetreibern alles andere als rechtlich gesichert ist.

49 Eine bessere Formulierung findet sich daher etwa in § 10 TMG, wonach ein unverzügliches Tätigwerden ab Kenntnisverlangung verlangt wird.

50 S. BT-Drs. 18/12356, S. 21.

Grundrechten erfasst sein können.⁵¹ Es geht damit also die gesteigerte Gefahr einher, dass mehr gelöscht wird, als es bislang der Fall war – und der Entfernung von der jeweiligen Plattform gerade auch Inhalte zum Opfer fallen, die nicht rechtswidrig sind, weshalb die in Rede stehenden Grundrechte jedenfalls mittelbar berührt sind.⁵² Besonders schwer wiegt dabei nicht zuletzt, dass der von der Löschung betroffene Nutzer in aller Regel nicht gegen das Verhalten des Providers vorgehen wird – sei es, weil dessen Löschungsmöglichkeit in die Nutzungsbedingungen aufgenommen wurde, oder weil dem Betreffenden die gerichtliche Durchsetzung seines Rechts schlicht zu aufwändig erscheint.⁵³

Nicht zu unterschätzen ist darüber hinaus ein weiterer negativer Effekt, den die Vorschriften des NetzDG auf die Meinungsfreiheit der Nutzer von Internetplattformen haben können. Sofern nämlich in einer gewissen Regelmäßigkeit bestimmte Meinungsinhalte durch den Provider gelöscht werden, die als problematisch empfunden werden, nicht aber rechtswidrig sind, kann dies zu einer Art „Selbstzensur“ führen: Da der Betreffende davon ausgeht, dass seine Meinungsausübung ohnehin nicht von Dauer für andere Nutzer sichtbar sein wird, unterlässt er sie in Gänze. Dieser Effekt muss sich nicht auf den Bereich der sozialen Medien begrenzen. Vielmehr können entsprechende Meinungsinhalte auch in anderen Äußerungskontexten seitens des Sprechers als anstößig empfunden werden, da mit der Löschung im Internet eine gewisse „Erziehungsfunktion“ einhergeht. Für den freien Meinungsaustausch innerhalb eines demokratischen Gemeinwesens erweist sich dies als besonders gefährlich.

Noch am Rande sei abschließend Folgendes erwähnt: Durch die im NetzDG vorgeesehenen Vorschriften kann nicht umgangen werden, dass zur Bejahung einer rechtlichen Pflicht für den Betreffenden ein Anhaltspunkt bestehen muss, der für eine

51 S. ferner *Peukert*, Netzwerkdurchsetzungsgesetz (Fn. 48), dazu, dass sich dem NetzDG eine gefährliche Tendenz zur Errichtung eines Sonderverfahrens mit Blick auf „Fake News“ bzw. Hasskriminalität entnehmen lässt, aus dem die Öffentlichkeit weitestgehend ausgeschlossen werden soll. Die Rede ist konkret von dem Vorabentscheidungsverfahren, in dem ohne Beweisaufnahme seitens des erkennenden Gerichts über die „Rechtswidrigkeit“ eines Inhalts entschieden werden soll. Auf eine mündliche Verhandlung kann dabei verzichtet werden. Wie es der Gesetzentwurf BT-Drs. 18/12356, S. 17 realistisch einschätzt, wird es in der Folge nur äußerst selten zu einem regulären Prozess kommen, sodass einer öffentlichen Diskussion über den streitigen Inhalt weitestgehend der Weg abgeschnitten ist. Unter dem Gesichtspunkt des Schutzes eines freien Meinungsdiskurses ist diese Entwicklung in höchstem Maße kritikwürdig und sollte keine Umsetzung erfahren.

52 S. zur Eingriffsqualität sog. „Querschläger“ *M. Herdegen*, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 78. EL September, München 2016, Art. 1 Rn. 40.

53 *Nolte*, Hate-Speech (Fn. 45), S. 559.

Überprüfung bestimmter Nachrichten spricht.⁵⁴ Dieser kann etwa in einer Meldung seitens eines von der jeweiligen Mitteilung in seinen Rechten Betroffenen oder der künftig unter Umständen möglichen Entwicklung eines Algorithmus zum Auffinden irreführender Mitteilungen liegen. Ohne solche Anhaltspunkte besteht aber keine Verantwortlichkeit, woran auch eine Regelung im Ordnungswidrigkeitenrecht, für das ebenfalls das Verschuldensprinzip gilt,⁵⁵ nichts ändern kann.

D. Schluss

Falschnachrichten waren bereits nach bisheriger Rechtslage in nicht geringem Umfang ein Fall für das Strafrecht. Ein darüber hinausgehender Regelungsbedarf besteht allenfalls in besonders engen Grenzen, die sich auf solche Fehlinformationen richten, die eine erhebliche Gefahr für die innere Sicherheit begründen. Grundsätzlich ist es nicht neu, dass auch die Möglichkeiten geprüft werden, mit den Mitteln des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts einer allgemeinen Verschlechterung des gesellschaftlichen Klimas entgegenzuwirken. Soweit es dabei jedoch um die (Wieder-)Herstellung von Vertrauen geht, sind neue Strafvorschriften nicht der richtige Weg. Strafrecht dient insbesondere nicht der Ahndung eines bloß moralisch anstößigen Verhaltens. Sofern sich also eine Rechtspflicht zur Wahrheit kontextspezifisch nicht begründen lässt, haben darauf Bezug nehmende Sanktionsnormen erst recht zu unterbleiben. Andernfalls droht ein Abrutschen in totalitäre Strukturen, in denen der Staat als Zensurbehörde darüber entscheidet, was die „Wahrheit“ ist.

54 Dieser Einsicht trägt das NetzDG grundsätzlich Rechnung, da eine Löschpflicht erst im Anschluss an eine Beschwerde eintreten soll. Insoweit wird jedoch wiederum der Kreis denkbarer rechtlicher Verhaltensnormen in diesem Bereich unzulässig verkürzt dargestellt. Sofern ein Plattformbetreiber auf andere Weise Kenntnis davon erlangt, bestimmte auf seiner Seite veröffentlichte Nachrichten auf deren strafbaren Inhalt zu prüfen, begründet dies unabhängig von einer Meldung die entsprechende Pflicht. – Ähnlich verhält es sich mit der Fristenregelung: Sofern eine angemessene Prüfung bei „offensichtlich rechtswidrigen“ Inhalten vor dem Ablauf von 24 Stunden die Pflicht zur Löschung ergeben hat, gibt es keinen Grund, ein längeres Zuwarten rechtlich zu tolerieren. Dass eine Differenzierung zwischen offensichtlichen und nicht offensichtlichen rechtswidrigen Inhalten vorgenommen wird, erweist sich insoweit jedenfalls als irreführend: Die unverzügliche Löschpflicht sollte *erst recht* bei erstgenannten gelten. Andernfalls kann sich die Vorschrift insoweit gar als kontraproduktiv erweisen.

55 S. K. Rogall, in: L. Senge u. a. (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 4. Aufl. 2006, § 1 Rn. 8.