

Das Veröffentlichen politischer Fake News in sozialen Medien aus strafrechtlicher Sicht

Tobias Reinbacher/Simon Welzel

1 Einleitung¹

Fake News gewinnen insbesondere in den sozialen Medien im Internet immer mehr an Bedeutung. Gerade bei gesellschaftspolitischen Reizthemen wie Immigration oder Kriminalität bzw. innere Sicherheit und zuletzt auch der Coronapolitik drohen nicht selten Fakten als Grundlage geistiger Auseinandersetzungen in den Hintergrund zu treten (Bader/Jansen/Rinsdorf 2020: 49ff.; Mafi-Gudarzi 2019: 65; Sänglerlaub/Meier/Rühl 2018: 76f.). Inzwischen ist sogar vom postfaktischen Zeitalter die Rede.² Fake News werden wegen ihres vermehrten Auftretens und ihrer massenhaften Verbreitung als veritable Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung angesehen,³ die wiederum Grundlage der demokratischen Willensbetätigung ist (vgl. Schünemann 2019: 620f.). Freilich steht die empirische Erforschung des Phänomens noch relativ am Anfang. Welche gefährlichen Folgen Fake News haben können, zeigt aber etwa der Anschlag von Halle im Jahr 2019 durch einen Täter, der nicht zuletzt durch angebliche Bedrohungen angetrieben wurde. Auch im Zusammenhang mit dem Coronavirus finden sich immer wieder Fake News, die u.a. beinhal-

1 Der Beitrag hat den Stand Frühjahr 2021.

2 Gemeint ist, dass – statt objektiver Tatsachen – Gefühle und persönliche Überzeugungen die öffentliche Meinungsbildung dominieren (vgl. etwa Steinbach 2017: 653).

3 Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages (WD) 10–3000–003/17: 4; vgl. auch Appel/Doser 2020: 11, die zitierte Studie stammt aus dem Jahr 2017, nach der 74 Prozent der Befragten der Meinung sind, Fake News seien »eine echte Gefahr für die Gesellschaft«.

ten, dieses werde nur als Vorwand benutzt, um eine neue Weltordnung zu erschaffen.⁴

Neben gesellschaftlichen Reaktionen auf Fake News, etwa dem Faktenfinder der ARD (<http://www.tagesschau.de/faktenfinder>), wird der Ruf nach einem rechtlichen Regime, das die Verbreitung von Fake News effektiv bekämpfen soll, lauter.⁵ So forderten etwa auf EU-Ebene die Vizekommissionschefin Jourová (vgl. Wittenhorst 2020) und für die Bundesebene der niedersächsische Innenminister Pistorius (vgl. Schmidt/Jansen 2020) neue Regelungen. Da der Strafbewehrung eines Verhaltens die größte präventive Kraft zugesprochen wird,⁶ dreht sich die politische ebenso wie die rechtliche Diskussion dabei insbesondere um den Einsatz des Strafrechts als Reaktion, konkret um die Schaffung neuer oder die Ergänzung bestehender Straftatbestände, welche das Verbreiten von Fake News weitergehend als bisher unter Strafe stellen sollen.⁷ Wir werden zunächst kurz das Phänomen Fake News beleuchten (2), bevor wir eine Analyse der Strafbarkeit des Veröffentlichens politisch motivierter Fake News auf der Basis des geltenden Rechts vornehmen (3). Den Beitrag runden eine Zusammenfassung und ein Ausblick ab (4).

2 Das Phänomen Fake News

Seit jeher werden gezielt inhaltlich falsche Nachrichten verbreitet, etwa im Zusammenhang mit der Rechtfertigung von Kriegen.⁸ Das Phänomen politisch motivierter Fake News ist jedoch erst im Anschluss an den US-amerikanischen Präsidentschaftswahlkampf des Jahres 2016 in den politischen und

-
- 4 Vgl. zu einzelnen Fake News etwa die Seite des Magazins BRISANT des MDR, online unter <http://www.mdr.de/brisant/corona-verschwuerungstheorien-100.html#sprung2>
 - 5 Das NetzDG stellt bereits einen ersten Schritt hin zu einem solchen neuen Regime dar. Es droht für die zivilrechtlichen Löschpflichten der sog. Host-Provider bzgl. strafbarer Falschmeldungen unter bestimmten Voraussetzungen Sanktionen an und reagiert damit auf ein Durchsetzungsdefizit des Strafrechts im Internet (vgl. BT-Drs. 18/12727: 2).
 - 6 Dass der Präventionseffekt einer Strafnorm tatsächlich stets größer ist als der einer anderen etwa ordnungs- oder zivilrechtlichen Rechtsfolgenorm, ist empirisch nicht belegt, vgl. nur Frisch 2013: 251 und 2016: 17f.
 - 7 Exemplarisch Kusche 2020: 427ff.; eine Ausnahme bilden Paal/Hennemann 2017: 645ff.; Frisch (2016: 16) wirft den aus der Perspektive des Strafrechts geführten Reformdiskussionen eine »problemverschleiende Engführung« vor.
 - 8 Einen interessanten historischen Abriss liefert Schünemann 2019: 624ff. und 633f.

wissenschaftlichen Fokus gerückt und wird nun, wie dieser Sammelband belegt, in unterschiedlichen Fachrichtungen intensiv untersucht.⁹ Zwar können mit Fake News nicht nur politische, sondern auch kommerzielle Zwecke verfolgt werden (Holznagel 2018). Typischerweise geht es aber insbesondere darum, demokratische Prozesse zu unterlaufen, also um gesellschaftspolitische Einflussnahme (Kusche 2020: 424). Da Fake News mithin regelmäßig politischen Motiven entspringen, sollen hier – wie in der Diskussion üblich – auch nur solche politischen Fake News in den Blick genommen werden.

2.1 Begriff

Wenn wir uns dem Phänomen nähern wollen, so ist es notwendig, als Erstes festzulegen, was in diesem Beitrag mit der Bezeichnung »Fake News« gemeint sein soll. Eine rechtlich bindende Definition fehlt bislang. Zunächst ließe sich annehmen, der Begriff bezeichne nichts anderes als inhaltlich falsche Nachrichten.¹⁰ Das englische Wort *fake* kennzeichnet aber, anders als *wrong* oder *false*, typischerweise bewusst bzw. böswillig herbeigeführte falsche Umstände (vgl. <https://dictionary.cambridge.org/de/worterbuch/englisch-deutsch/fake>). Es ist damit regelmäßig nicht nur als falsch, sondern als gefälscht, imitiert, vorgetäuscht, simuliert zu übersetzen. Der *Duden* bezeichnet als Fake News »in den Medien und im Internet, besonders in sozialen Netzwerken, in manipulativer Absicht verbreitete Falschmeldungen«. Gemeint sind danach also »falsche Nachrichten, die eigens zum Zweck der viralen Verbreitung über das Internet und die sozialen Netzwerke produziert« (so WD 10–3000–003/17: 6), nämlich »ge-*fake*-t« wurden. Der Anglizismus »Fake News« umfasst in dieser Lesart folglich nicht alle gezielten Falschmeldungen. Vielmehr kommt es entscheidend auf den Einsatz moderner Kommunikationsmittel an.

Auch wir legen in diesem Beitrag ein solches enges Verständnis zugrunde. Danach haben wir es mit Fake News zu tun, wenn folgende Merkmale erfüllt sind: (1) Es handelt sich um eine Nachricht (*News*), diese ist (2) inhaltlich

9 Aus der immer reichhaltiger werdenden Forschung sei neben den Beiträgen im vorliegenden Band auf folgende kürzlich erschienene Werke verwiesen: Appel 2020; Hohlfeld et al. 2020; Sachs-Hombach/Zywietz 2018; Steinebach et al. 2020.

10 Tatsächlich findet sich ein solches Begriffsverständnis bisweilen, etwa bei Hoven 2017: 718: »Bewusst oder unbewusst falsche Nachrichten«; vgl. dazu auch Holznagel (2018: 18), der diesbezüglich überzeugend von Missinformation spricht und diese von Fake News als Desinformation abgrenzt.

falsch,¹¹ (3) die Veröffentlichung der Nachricht erfolgt (zumindest auch) über soziale Netzwerke im Internet,¹² (4) durch eine Person, die um die Falschheit der Nachricht weiß¹³ und (5) mit dem Ziel der Desinformation handelt. Wir beschränken unsere Überlegungen zudem auf ebendiese Person, während die Vielzahl anderer Nutzer sozialer Medien, die Fake News wissentlich oder ungeprüft weiterverbreiten, hier außer Betracht bleiben sollen. Denn zum einen fehlt der Platz für eine umfassende rechtliche Würdigung und zum anderen ist doch gerade die Person, die gezielt solche Meldungen mit manipulativer Absicht in die sozialen Medien einspeist, gewissermaßen die Wurzel des Übels.

Merkmal (1) beinhaltet – gemäß *Duden* –, dass eine Mitteilung vorliegt, »die jemandem in Bezug auf jemanden oder etwas [für ihn persönlich] Wichtiges die Kenntnis des neuesten Sachverhalts vermittelt«, also angebliche Neuigkeiten, die der Empfänger der Nachricht bislang nicht kannte. Merkmal (2) bedingt, dass die Nachricht überhaupt auf ihren Richtigkeitsgehalt hin überprüft werden kann. In die Kategorien »richtig« und »falsch« lassen sich nur behauptete Tatsachen, als dem Beweis zugängliche Umstände, nicht aber Meinungsäußerungen, d.h. persönliche Stellungnahmen, einteilen. Letztere können also von vornherein keine Fake News sein.¹⁴ Fake News sind gerade dadurch gekennzeichnet – so die entsprechende Wikipediaseite –, dass sie mit einem Anspruch von Objektivität die Realität in Bezug nehmen, dabei aber verfälschte oder erfundene Informationen enthalten.¹⁵ Merkmal (3) ermöglicht es, auf die Besonderheiten der Kommunikation in den sozialen Medien im Internet einzugehen. Nachrichten in sozialen Netzwerken weisen eine große Reichweite auf, sodass man ihnen nicht nur eine theoretische, sondern eine faktische Ubiquität attestieren kann. Zwar haben auch bestimmte klassische Nachrichtenportale wie *CNN* oder *New York Times* Breitenwirkung. Die Art des Informationskonsums in sozialen Netzwerken

11 Die Falschheit ist dabei tatsächlich als Diskrepanz zwischen Wort und Wirklichkeit zu beurteilen – anderer Ansicht ist Rostalski 2018: 438f.

12 Ebenso Schmid/Stock/Walter 2018: 75ff.; vgl. auch Steinbach 2017: 654 – anders Schünemann 2019: 623.

13 Diesen Aspekt betont auch das LG Hamburg (ZUM-RD 2018: 244).

14 Dass die Unterscheidung von Tatsachenbehauptungen und Meinungen im Einzelfall schwierig sein kann, zwingt nicht zur Aufgabe dieser Unterscheidung, vgl. 3.1 zu ihrer (auch) verfassungsrechtlichen Bedeutung.

15 Vgl. weiterführend zum Problemkreis weggelassener Informationen Rostalski 2018: 439f. und Schünemann 2019: 633f.

unterscheidet sich jedoch erheblich von derjenigen in herkömmlichen Medien (Kusche 2020: 435). Die Posts einzelner Nutzer werden dort nämlich algorithmusbasiert gefiltert und anderen Nutzern ungefragt angezeigt (vgl. 2.2). Diese suchen also nicht unbedingt proaktiv ein bestimmtes Nachrichtenportal auf, sondern werden unweigerlich mit Informationen konfrontiert (Zimmermann/Kohring 2020: 32). Die sozialen Netzwerke werden daher als Informationsintermediäre bezeichnet.¹⁶ Zudem zeigt sich die Besonderheit gerade in der sozialen Komponente, weil die Nutzer selbst untereinander Nachrichten verbreiten, ohne dabei an Regeln (z.B. Pflichten zu sorgfältiger Recherche sowie zu sachlicher und wahrheitsgemäßer Berichterstattung) gebunden zu sein (Paal/Hennemann 2017: 641). Funktion der Merkmale (4) und (5) ist es, die Unterscheidung von Fake News als bewusster Desinformation und sonstigen inhaltlich falschen Nachrichten zu ermöglichen. Fake News stellen aufgrund der besonderen manipulativen Absicht der sie veröffentlichenden Person ein eigenes Phänomen dar.

2.2 Wirkmechanismen

Die Forschung zu den Wirkmechanismen von Fake News steht noch am Anfang und kann hier nur kursorisch und ohne Anspruch auf Vollständigkeit dargestellt werden.¹⁷ Die bisherigen Arbeiten legen nahe, dass zur Beurteilung der potenziellen Gefährlichkeit von Fake News im hier verstandenen Sinne folgende Wirkmechanismen von Relevanz sind (eingehend dazu Jaster/Lanius 2020: 247ff.).

- a) Während Falschmeldungen in der analogen Welt zwangsläufig eine begrenzte Reichweite haben, eröffnet die digitale Welt ganz neue Möglichkeiten der grenzenlosen, globalen Verbreitung.¹⁸ Dabei erfreuen sich gerade Fake News wegen ihrer häufig emotionalisierenden Inhalte in sozialen Netzwerken besonderer Beliebtheit und verbreiten sich exponentiell (Mafi-Gudarzi 2019: 65; Schmid/Stock/Walter 2018: 75).

16 Paal/Hennemann 2017: 641: »Der »Herr« über den Algorithmus ist somit zu einem guten Teil »Herrscher« über die Meinungsbildung«, ähnlich Kusche 2020: 435f.

17 Überblicksartig zum Forschungsstand Schmid/Stock/Walter 2018: 77ff.; vgl. auch die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage (BT-Drs. 19/20908: 6): »Die Wirkung [...] auf die öffentliche Meinung in Deutschland ist insgesamt schwer abzuschätzen.«

18 Holznagel (2018: 19) spricht von »Viraleffekten«; vgl. ferner Volkmann 2018: 60.

- b) Da in den sozialen Medien ein Informationsüberschuss besteht, werden die Informationen gefiltert. Dies geschieht benutzerspezifisch und in Abhängigkeit von der (vermeintlichen) Beliebtheit eines Themas oder Beitrages (vgl. Reinbacher 2020: 459). Dadurch entsteht die Gefahr, dass bestimmte Informationen unterrepräsentiert sind und die Benutzer sich in wirklichkeitsverzerrenden Filterblasen bewegen (Holznagel 2018: 19; Paal/Hennemann 2017: 643f.; Reinbacher 2020: 459f.).
- c) Soziale Netzwerke erleichtern es, aufgrund ihrer Unabhängigkeit von örtlichen Gegebenheiten Gleichgesinnte zu finden. Durch die fehlende Durchmischung der Gruppen kommt es zu einer ständigen Bestätigung der eigenen Position. Dieses Phänomen wird als Echokammereffekt bezeichnet (Paal/Hennemann 2017: 644).
- d) Außerdem wird vermutet, dass in derart homogenen Gruppen Menschen mit anderen Ansichten diese nicht mehr äußern; manche sprechen insofern von einer »Schweigespirale«.¹⁹
- e) Die empirischen Wissenschaften belegen mit ihrer Forschung zu kognitiven Verzerrungen ferner, dass Menschen oftmals nicht in der Lage sind, (vermeintliche) Fakten und ihre Herkunft objektiv zu würdigen (vgl. nur Kahnemann 2011; Hill 2020: 205ff.; für den Bereich der Moralphilosophie Greene 2013; beispielhaft dafür, dass dieser Umstand längst auch politisch eingesetzt wird, Thaler/Sunstein 2008). Auch ist bekannt, dass ein Bedürfnis besteht, kognitive Dissonanzen zu beseitigen, was typischerweise durch das Ignorieren, Verdrängen oder Vergessen neuer Informationen erfolgt, die nicht zur eigenen Überzeugung passen.²⁰
- f) All dies wird verstärkt durch den zunehmenden Einsatz von Social Bots,²¹ also von Computerprogrammen, die in sozialen Netzwerken über Fakeaccounts menschliche Kommunikation simulieren und dadurch auf die Meinungsbildung Einfluss nehmen sollen (Reinbacher 2020). Facebook etwa hat seit 2019 pro Quartal stets mehr als eine Milliarde Fakeaccounts gelöscht (<http://www.statista.com/statistics/1013474/facebook-fake-account-removal-quarter>), geht aber gleichwohl davon aus, dass ca. fünf Prozent aller Nutzerprofile weltweit Fakeaccounts sind (<http://www.nyti>

19 Vgl. etwa Schünemann 2019: 633; der Begriff geht zurück auf Noelle-Neumann 1980.

20 Weiterführend zum Umgang von Menschen mit konfligierenden Informationen Abendroth/Feulner/Richter 2020: 141ff.

21 Zum Phänomen und zur strafrechtlichen Bewertung des Einsatzes von Social Bots vgl. Reinbacher 2020 und Volkmann 2018.

mes.com/2020/12/08/technology/why-cant-the-social-networks-stop-fake-accounts.html).

- g) Schließlich verselbstständigen sich Beiträge in sozialen Netzwerken häufig mit der Folge, dass sie trotz Löschung oder Korrektur der ursprünglichen Falschmeldung weitere Verbreitung finden, also ein Reversibilitätsproblem auftritt (Volkmann 2018: 60). Im Übrigen legt die kognitionswissenschaftliche Forschung nahe, dass eine Korrektur die Wirkung einer Falschmeldung nicht vollständig umkehren kann (Holznagel 2018: 18f.; Hoven 2017: 719 mit zahlreichen Nachweisen).

Diese Wirkmechanismen machen deutlich, dass aller Grund zu der Annahme besteht, dass Fake News geeignet sind, die öffentliche Meinungsbildung durch Manipulation ihrer tatsächlichen Grundlagen zu beeinflussen (Jaster/Lanius 2020: 253ff.; Paal/Hennemann 2017: 643ff. und 652; Zimmermann/Kohring 2020: 33; vgl. zur Wirkung von Social Bots wiederum Reinbacher 2020: 467; ferner Graber/Lindemann 2018: 57ff.; Neis/Mara 2020: 196ff.). Dass die öffentliche Meinungsbildung zumindest auch über die sozialen Netzwerke erfolgt, ist anerkannt (im Einzelnen Paal/Hennemann 2017; ferner Hoven 2017; WD 10–3000-003/17: 4f.). Tatsächlich sollen nach einer Studie aus dem Jahr 2019, die im Auftrag der Bundesregierung durchgeführt wurde, soziale Netzwerke durch 94,6 Prozent der Nutzer zwischen 16 und 25 Jahren, durch 70,2 Prozent der Nutzer zwischen 26 und 49 Jahren und immerhin durch 34,9 Prozent der Nutzer über 50 Jahren zur politischen Information genutzt werden.²²

3 Strafrechtliche Beurteilung

Hinsichtlich des Phänomens Fake News kommen für eine strafrechtliche Bewertung unterschiedliche Personen und Verhaltensweisen in Betracht. Neben demjenigen, der sie erstmals – allein oder mithilfe von Social Bots – in einem sozialen Netzwerk postet, sie also in den Algorithmus einspeist, sind die anderen Nutzer zu nennen, die Fake News in den sozialen Medien gezielt oder arglos teilen, liken oder sie jedenfalls unkommentiert stehen lassen. Letzteres wird z.B. auch den Providern der entsprechenden Plattformen vorgewor-

22 So die Angaben in der Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage (BT-Drs. 19/20908: 4).

fen. Sie alle zu behandeln, würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen. Wir wollen uns hier, wie gesagt, auf die Personen konzentrieren, die Fake News erstmalig in Umlauf bringen, weil gerade sie es sind, die dadurch auf die Meinungsbildung Einfluss nehmen wollen. Dabei setzen sie sowohl das soziale Medium als auch die gutgläubigen anderen Nutzer bewusst für ihre Zwecke ein. Ihr Verhalten wird nachfolgend als Veröffentlichen von Fake News bezeichnet.

3.1 Verfassungsrechtlicher Rahmen

Im Zusammenhang mit der Diskussion um das Veröffentlichen von Fake News findet sich immer wieder das Argument, eine Strafbarkeit kollidiere mit der Meinungsäußerungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 GG, die für die Demokratie als »schlechthin konstituierend« (BVerfG NJW 1958: 258) gilt.²³ Tatsächlich müsste eine Strafbarkeit stets dann ausscheiden, wenn das in Rede stehende Veröffentlichen von Fake News sich als grundrechtlich zulässige Ausübung der Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG erwiese. Denn ein von der Verfassung für erlaubt erklärtes Verhalten darf nicht verboten oder gar bestraft werden. Deshalb bietet es sich an, vor der strafrechtlichen Analyse kurz den verfassungsrechtlichen Rahmen – beschränkt auf Art. 5 Abs. 1 GG²⁴ – zu betrachten und zu untersuchen, ob das Veröffentlichen von Fake News überhaupt als vom Schutzbereich dieses Grundrechts erfasste Meinungsäußerung zu qualifizieren ist (vgl. dazu eingehend Steinbach 2017: 653ff.).

Gemäß Art. 5 Abs. 1 GG hat jeder »das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten«. Eine Meinung bringt eine bestimmte persönliche Bewertung eines Sachverhalts zum Ausdruck, eine eigene Stellungnahme. Sie ist durch ein Element des Dafürhaltens, der Beurteilung und des Meinens im Rahmen der geistigen Auseinandersetzung geprägt und daher von vornherein nicht in die Kategorien richtig oder falsch einzuordnen (vgl. BVerfG NJW 1983: 1415). Folglich können Fake News, denen

23 So hält etwa Valerius (2019: 837f.) eine Sanktionierung »im Hinblick auf die Meinungs- und Pressefreiheit« wegen der »Gefahr einer Lähmung des öffentlichen Diskurses« für problematisch.

24 Andere Grundrechte wie insbesondere die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG bleiben hier außer Betracht.

ja begrifflich die Qualifikation als falsch innewohnt, keine Meinungsäußerungen im strengen Sinne darstellen (vgl. Holznagel 2018: 18f). Bei ihnen handelt es sich vielmehr um Tatsachenbehauptungen, da sie sich auf Umstände beziehen, die dem Beweis zugänglich sind.²⁵ Die objektive Beziehung zwischen Äußerung und Realität steht hier im Vordergrund. So stellt etwa die Aussage »Ich glaube nicht an den Klimawandel« eine Meinungsäußerung dar, während es sich bei dem Satz »Der Klimawandel existiert nicht« um eine überprüfbare Tatsachenbehauptung handelt.

Es ist freilich nach herrschender Meinung nicht ausgeschlossen, auch Tatsachenbehauptungen in den sachlichen Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG einzubeziehen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG fallen indes lediglich Meinungen im strengen Sinne stets in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG. Tatsachenbehauptungen sind nur dann geschützt, wenn sie Voraussetzung für die Bildung von Meinungen sind (vgl. BVerfG NJW 1994: 1779). Jedenfalls entfällt der Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG aber für solche Tatsachen, die im Moment der Behauptung bewusst oder erwiesen unwahr sind.²⁶ Das entscheidende Argument neben dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 GG lautet, dass solche Informationen aus normativer (nicht empirischer) Sicht zur Meinungsbildung nichts beizutragen vermögen (vgl. dazu Steinbach 2017: 657). Versteht man nun, wie hier, unter »Fake News« bewusst und mit Täuschungsabsicht veröffentlichte falsche Tatsachenbehauptungen, kurz: Lügen,²⁷ so spielt bei Zugrundelegung dieser Rechtsprechung die Meinungsfreiheit für die uns hier interessierende Person, die sie veröffentlicht, also gar keine Rolle.²⁸ Diese

25 Stellvertretend für die Abgrenzung von Meinungen und Tatsachenbehauptungen BVerfG NJW 1994: 1779.

26 Ebd.; dagegen lehnt bspw. der US Supreme Court es kategorisch ab, falsche Äußerungen aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit auszuschließen, vgl. dazu Schünemann 2019: 627.

27 So ausdrücklich LG Hamburg ZUM-RD 2018: 244.

28 Der Vollständigkeit halber sei klargestellt, dass es sich bei Fake News im hier zugrunde gelegten Sinne auch nicht um sog. Mischäußerungen handelt, bei welchen Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen untrennbar miteinander verwoben sind, dazu jüngst noch einmal BVerfG, NJW-RR 2017: 1001; vgl. zur Notwendigkeit und verfassungsgerichtlichen Nachprüfbarkeit der Unterscheidung auch Starck/Paulus in v. Mangoldt/Klein/Starck 2018: GG Art. 5 Rn. 82f. Diese sollen zur Gewährleistung eines effektiven Grundrechtsschutzes insgesamt als Meinungen geschützt sein. Offenbar selbst dann, wenn die tatsächlichen Elemente bewusst oder erwiesen unwahr sind, so BVerfG (NJW 2012: 1499), wobei dies als noch nicht hinreichend geklärt gilt, Schemmer in Epping/Hillgruber 2020: GG Art. 5 Rn. 6.1. Anders als die mit einem Wahrheits-

Rechtsprechung des BVerfG sieht sich allerdings scharfer Kritik ausgesetzt (siehe z.B. Steinbach 2017: 656ff.; Grabenwarter in Maunz/Dürig 2020: Art. 5 Abs. 1–Rn. 49ff.). Zum einen wird bezweifelt, dass eine Trennung von Tatsachen und Meinungen sich überhaupt jemals sinnvoll durchführen lässt, da auch Tatsachen stets durch den subjektiven Filter des Sichäußernden verzerrt und daher nie objektiv seien (vgl. Steinbach 2017: 655). Zum anderen wird kritisiert, dass die Wahrheit einer behaupteten Tatsache für den Schutzbereich Relevanz entfalten soll, da die Meinungsäußerungsfreiheit ein individuelles Mitteilungsbedürfnis schütze und keinem Wahrheitspostulat unterliege (vgl. Schulze-Fielitz in Dreier 2013: Art. 5 Abs. 1–2 Rn. 65f.). Die Rechtsprechung des BVerfG führe insofern zu nicht gerechtfertigten grundrechtsfreien Räumen (Steinbach 2017: 659; Grabenwarter in Maunz/Dürig 2020: Art. 5 Abs. 1–2 Rn. 51).

Tatsächlich ist es bisweilen schwierig, Meinungen und Tatsachenbehauptungen voneinander abzugrenzen. Diesem Problem lässt sich jedoch dadurch begegnen, dass mit dem BVerfG im Zweifelsfall eine Meinungsäußerung angenommen wird (BVerfG NJW 1994: 1779; NJW 2007: 2686f.). Im Übrigen wird diese Unterscheidung im Strafrecht im Rahmen der Beleidigungsdelikte, §§ 185ff. StGB, oder des Betruges, § 263 StGB, seit Jahrzehnten praktiziert (ebenso Schünemann 2019: 637: »machbar«). Auch ist kein Grund ersichtlich, das Bedürfnis zu lügen dem weitreichenden Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG zu unterstellen. Ein grundrechtsfreier Raum entsteht dadurch nicht, da das Lügen zumindest in den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) fällt. Diese kann indes durch jedes gegenläufige Interesse eingeschränkt werden, während die Einschränkung der Meinungsfreiheit nur zugunsten eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Interesses zulässig ist (BVerfG NJW 2004: 2815).

3.2 Das Veröffentlichen politischer Fake News nach geltendem Recht

Neben der bereits oben angekündigten Beschränkung auf die Person, die Fake News in Umlauf bringt, also auf die Handlung des Veröffentlichens, werden wir im Hinblick auf die strafrechtliche Beurteilung weitere Problembereiche

anspruch auftretenden und insgesamt als inhaltlich richtig oder falsch qualifizierbaren Fake News sind solche Mischäußerungen aber gerade durch ein Element der wertenden Stellungnahme gekennzeichnet.

ausklammern. So findet in diesem Beitrag nur das sog. Kernstrafrecht, also das StGB, Berücksichtigung, andere Strafbestimmungen bleiben außer Betracht. Dabei haben wir auch hinsichtlich der behandelten Normen eine Auswahl vorgenommen und uns auf die relevantesten Tatbestände konzentriert.²⁹ Schließlich wird unterstellt, dass das deutsche Strafrecht überhaupt anwendbar ist, mithin das sog. Strafanwendungsrecht (§§ 3ff. StGB) nicht erörtert, welches bei Fällen mit Internetbezug zahlreiche Probleme aufwirft.

3.2.1 Die Beleidigungsdelikte, §§ 185ff. StGB

Betrifft die falsche Tatsachenbehauptung eine Person und ist sie geeignet, diese »verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen«, also ehrenrührig, so kommt für das Verbreiten von Fake News eine Strafbarkeit nach den Beleidigungsdelikten, §§ 185ff. StGB, in Betracht. Während § 185 StGB (Beleidigung) im Grundsatz³⁰ lediglich ehrbeeinträchtigende Werturteile, d.h. Meinungen im strengen Sinne, unter Strafe stellt, pönalisieren die §§ 186 bis 188 StGB ehrenrührige Tatsachenbehauptungen. Gerade sie sind also für Fake News interessant. § 186 StGB (Üble Nachrede) lässt es für eine Bestrafung ausreichen, dass eine ehrenrührige Tatsache, die »nicht [...] erweislich wahr ist [...] behauptet oder verbreitet« wird.³¹ § 187 StGB (Verleumdung) setzt hingegen voraus, dass die ehrenrührige Tatsache unwahr ist und das Behaupten oder Verbreiten »wider besseres Wissen« geschieht. Bei der Person, die ehrenrührige Fake News gezielt in die Welt setzt, ist genau dies der Fall. Damit spielen die zahlreichen Probleme, die § 186 StGB berei-

29 Hier keine Erörterung finden etwa: §§ 90 ff. StGB; § 100a StGB; § 109d StGB; § 111 StGB; § 126 StGB; § 145d StGB; § 164 StGB; § 189 StGB; § 241a StGB. Kursorisch zu vielen dieser Strafvorschriften z.B. Rostalski 2018: 441ff.; eingehend zu § 145d StGB Hoven 2017: 735ff.

30 § 185 StGB erfasst zudem falsche Tatsachenbehauptungen im Zweipersonenverhältnis, also solche, die gegenüber dem Opfer selbst geäußert werden, was im Kontext der Fake News jedoch zu vernachlässigen ist.

31 Unter einem Behaupten versteht man, etwas als nach eigener Überzeugung geschehen oder vorhanden darzustellen, während das Verbreiten die Übermittlung einer Tatsache als Gegenstand fremden Wissens und fremder Überzeugung beschreibt; vgl. Eisele/Schittenhelm in Schönke/Schröder 2019: § 186 Rn. 7; Hilgendorf in LK 2009: § 186 Rn. 7f.

tet,³² hier keine Rolle, weil die Verleumdung, § 187 StGB, gegenüber der Üblen Nachrede als schwereres Delikt vorrangig ist.³³ Im Rahmen des § 187 StGB ist zu beachten, dass der Strafraum höher ist, wenn die Verleumdung öffentlich begangen wird. Dies ist bei einem Veröffentlichen in sozialen Netzwerken regelmäßig anzunehmen,³⁴ wenn es kein Beitrag in einer geschlossenen Gruppe ist (vgl. Holznagel 2018: 20; Hoven 2017: 720). Ferner kann im Zusammenhang mit Fake News § 188 StGB Bedeutung erlangen, der für die Üble Nachrede bzw. die Verleumdung gegen Politikerinnen und Politiker eine Strafschärfung vorsieht, wenn diese öffentlich begangen wird und »geeignet« ist, ihr »öffentliches Wirken erheblich zu erschweren«, allerdings nur dann, wenn die Tat »aus Beweggründen« erfolgt, »die mit der Stellung des Beleidigten im öffentlichen Leben zusammenhängen«.

Eine Strafbarkeit nach den §§ 186 bis 188 StGB steht aber stets unter der Voraussetzung, dass die unwahre Tatsachenbehauptung ehrenrührig ist. Das ist dann der Fall, wenn die Äußerung geeignet ist, »die Ehre des Opfers in der Einschätzung anderer zu mindern« (Hoven 2017: 720). Erforderlich ist, dass die die Fake News veröffentlichende der betroffenen Person bestimmte Eigenschaften oder Handlungen zuschreibt und sie dadurch in ein so schlechtes Licht rückt, dass ihr Ehr- und Achtungsanspruch erheblich tangiert wird. Diese Voraussetzung kann gerade im Zusammenhang mit Fake News Probleme bereiten. Zur Veranschaulichung sei auf einen Fall um die Politikerin Renate Künast verwiesen (vgl. ebd.: 721). Dieser wurde unterstellt, ein Gewaltverbrechen verharmlost zu haben, weil der Täter ein Geflüchteter war, indem ihr das falsche Zitat, »der traumatisierte junge Flüchtling hat zwar getötet, man muss ihm aber trotzdem helfen«, untergeschoben wurde (vgl. Huesmann 2019). Hier ist schon fraglich, ob diese Behauptung überhaupt geeignet

32 Problematisch sind insbesondere die Legitimation und die dogmatische Einordnung der Strafbarkeitsvoraussetzung der Nichterweislichkeit der Wahrheit.

33 Dies gilt nur für die uns hier interessierende Person, welche die Fake News zuerst veröffentlicht, während bei Dritten, die die Fake News dann ungeprüft (ggf. gutgläubig) weiterverbreiten, stattdessen lediglich § 186 StGB erfüllt sein kann; vgl. dazu Hoven 2017: 725ff.

34 Eine öffentliche Begehungsweise ist gegeben, wenn es sich beim Adressaten um einen unbestimmten bzw. größeren, nicht durch persönliche Beziehungen zusammenhängenden Personenkreis handelt; der BGH (NStZ 2015: 83) hat festgehalten, dass bei Facebook das bloße »Befreundetsein« nicht ausreicht, um solche persönlichen Beziehungen anzunehmen und eine öffentliche Begehungsweise auszuschließen.

war, die Politikerin zu diskreditieren. Hätte sie eine solche Aussage tatsächlich getroffen, so könnte sie als Hinweis darauf zu interpretieren sein, dass auch gegenüber Straftätern rechtsstaatliche Standards Geltung beanspruchen. Beachtete man für die Ehrenrührigkeit von Tatsachenbehauptungen im Wege einer normativen Einschränkung die Wertungen der Rechtsordnung,³⁵ könnte sie hier verneint werden, weil Frau Künast sich mit ihrer Aussage bei dieser Interpretation rechtskonform verhalten hätte (Hoven 2017: 722; vgl. auch Kusche 2020: 426). Allerdings betrifft die normative Einschränkung, die damit begründet wird, die Rechtsordnung dürfe keine Ressentiments bestätigen (Eisele/Schittenhelm in Schönke/Schröder 2019: § 186 Rn. 5), Fälle, in denen z. B. fälschlicherweise behauptet wird, eine Person sei homosexuell oder habe Ehebruch begangen. Diese Aussagen als ehrenrührig anzusehen, steht in der Tat im Widerspruch zu einer liberalen und säkularen Rechtsordnung. Anders liegt es aber bei der Renate Künast zugeschriebenen Aussage. Berücksichtigt man den Kontext der Behauptung, die in die Hochphase der sogenannten Flüchtlingskrise fiel, so liegt es nahe, die angebliche Aussage dahingehend zu interpretieren, dass Frau Künast nichts an der Wahrung und Einhaltung des Rechts gelegen habe, sondern sie sich einseitig von ihrem Mitgefühl gegenüber Geflüchteten leiten lasse und dafür sogar Straftaten ignoriere. Bei einer solchen Interpretation kann der falschen Behauptung ein ehrenrühriger Charakter bescheinigt werden (so im Ergebnis auch Rostalski 2018: 441).

Selbst wenn der Fall Künast strafrechtlich erfasst sein sollte, so liegt das Problem bei Fake News jedoch gerade darin, dass oftmals Lügen verbreitet werden, die sich nicht auf konkrete Personen beziehen (Kusche 2020: 422ff.; vgl. auch Hoven 2017: 727), wie etwa wenn gesagt wird, das Coronavirus sei nur eine Erfindung oder eine bestimmte Wahl sei gefälscht worden. Oder es werden große Personengruppen, d. h. Kollektive, angegriffen, welche als solche gar nicht beleidigungsfähig sind. Die Beleidigungsfähigkeit von Kollektiven

35 Dafür die herrschende Meinung, stellvertretend Eisele/Schittenhelm in Schönke/Schröder 2019: § 186 Rn. 5, die betonen, »dass es für die Ehrenrührigkeit nicht auf die Ansicht einzelner Kreise oder geschlossener Gruppen, sondern auf einen generellen Maßstab ankommt, wobei für diesen letztlich auch nicht die tatsächliche »öffentliche Meinung, sondern die Wertung des Rechts maßgebend ist« – anderer Ansicht ist Hoven 2017: 721ff., die – auf der Grundlage einer faktischen Beurteilung – darauf abstellen will, ob die behauptete Tatsache nach Ansicht von Teilen der Bevölkerung ehrenrührig ist.

tiven setzt u.a. voraus, dass sie einen einheitlichen Willen bilden können,³⁶ was bei vielen von Fake News häufig betroffenen Gruppen (etwa »die Politiker«, »die Geflüchteten«) zu verneinen ist.³⁷ Mithin ist das Veröffentlichen von Fake News vielfach nicht nach den §§ 186–188 StGB strafbar.

3.2.2 Volksverhetzung, § 130 StGB

Das Veröffentlichen von Fake News kann ferner zu einer Strafbarkeit wegen Volksverhetzung, § 130 StGB, führen. Sofern nicht der Holocaust geleugnet wird (sog. Auschwitzlüge), was gemäß § 130 Abs. 3 StGB explizit unter Strafe steht (vgl. dazu etwa BGH NJW 2001: 626), kommt eine Strafbarkeit gemäß § 130 Abs. 1 bzw. Abs. 2 StGB in Betracht. § 130 Abs. 1 StGB enthält ein persönliches Äußerungsdelikt und setzt daher voraus, dass die handelnde Person eine eigene Erklärung abgibt oder sich den Inhalt einer fremden Erklärung zu eigen macht. Dagegen lässt § 130 Abs. 2 StGB als Verbreitungsdelikt auch die von der handelnden Person nicht mehr kontrollierbare Streuung fremder Inhalte ausreichen. Beides kann bei Fake News durchaus vorliegen. Entscheidend ist jedoch der Inhalt der in Rede stehenden Aussagen. Dieser muss in gravierender Weise die Betroffenen, typischerweise bestimmte Personengruppen, attackieren. Zwar erfasst der Tatbestand hier, anders als die Beleidigungsdelikte, auch größere Kollektive, nämlich »Teile der Bevölkerung«, als Adressaten,³⁸ wie z.B. die in Deutschland lebenden Migrantinnen und Migranten, Geflüchtete (Hoven 2017: 730) oder Asylbewerberinnen und Asylbewerber.³⁹ Erforderlich ist aber stets ein besonders qualifizierter Angriff (Krauß in LK 2008: § 130 Rn. 34), nämlich insbesondere ein Aufstacheln zum

36 Vgl. zur sog. Kollektivbeleidigung im Zusammenhang mit Fake News Kusche 2020: 425.

37 Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass sich im Einzelfall hinter einer Kollektivbezeichnung auch ein Angriff auf die Ehre aller diesem Kollektiv angehörigen Einzelpersonen verbergen kann, was aber insbesondere voraussetzt, dass die Gruppe überschaubar ist, woran es etwa bei den »Geflüchteten« oder den »Ausländern« fehlt; vgl. dazu Eisele/Schittenhelm in Schönke/Schröder 2019: vor §§ 185ff. Rn. 7ff.

38 Beim Veröffentlichen von Fake News stellt sich daher häufig im Rahmen des § 130 StGB kein Adressatenproblem, vgl. Kusche 2020: 426.

39 Krauß in LK 2008: § 130 Rn. 31; entscheidend ist, dass die Personengruppe »ein umrandetes Feindbild« abgibt; vgl. Ostendorf in NK 2017: StGB § 130 Rn. 18; diskutiert wird, ob auch »die Politiker« ein solches umrandetes Feindbild abgeben, vgl. Hoven 2017: 730f.

Hass oder ein Angriff auf die Menschenwürde, indem die Betroffenen beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden. Die Strafbarkeitsvoraussetzungen der Volksverhetzung sind insofern also enger als bei den Beleidigungsdelikten.

Ein Aufstacheln zum Hass liegt dann vor, wenn die Äußerung objektiv geeignet und subjektiv dazu bestimmt ist, »eine gesteigerte, über die bloße Ablehnung und Verachtung hinausgehende feindselige Haltung gegen die betreffenden Bevölkerungsteile zu erzeugen oder zu steigern« (BGHSt 40: 102; vgl. Krauß in LK 2008: § 130 Rn. 38). Die handelnde Person muss also in eindringlicher Form die Feindschaft schüren und es darauf anlegen, Hassgefühle zu erzeugen oder zu steigern, die »als emotionale Grundlage für Aktionen gegen die betroffene Bevölkerungsgruppe in Betracht kommen« (ebd.). Dabei genügt in objektiver Hinsicht die Eignung der Handlung, derartige Hassgefühle zu erzeugen oder zu steigern. Zu ihnen muss es nicht tatsächlich gekommen sein (ebd.). Die antisemitische Agitation ist das Paradebeispiel des Aufstachelns zum Hass. Ferner kann Hetze gegen Migrantinnen und Migranten, insbesondere Geflüchtete, ein Aufstacheln zu Hass sein. Vor allem bei sogenannten Hassreden, also böswilligen beleidigenden Ausdrücken, kommt ein Aufstacheln zum Hass in Betracht, gerade wenn sie mit falschen Tatsachenbehauptungen kombiniert werden. Aber auch Fake News als falsche Tatsachenbehauptungen können den Tatbestand erfüllen. So liegt ein Aufstacheln zum Hass etwa dann vor, wenn eine Person in einem Internetblog einen Text veröffentlicht, in dem sie bewusst wahrheitswidrig behauptet, Geflüchtete hätten fünf Mädchen zwischen acht und zehn Jahren entführt und vergewaltigt, was der Öffentlichkeit aber verschwiegen werde.⁴⁰ Ferner können mittels Fake News Personengruppen in einer Art und Weise beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden, dass dadurch die Menschenwürde der Betroffenen angegriffen wird. Dabei kommt bei Fake News insbesondere ein Verleumden⁴¹ in Betracht. Nach herrschender Meinung sollen Tatsachenbehauptungen unter Umständen sogar als Beschimpfen oder böswilliges Verächtlichmachen zu qualifizieren sein (Schäfer in MüKo 2017: § 130 Rn. 51f.). Ein Angriff auf die Menschenwürde setzt voraus, »dass sich die feindselige Handlung nicht nur gegen einzelne Persönlichkeitsrechte wie etwa die Ehre richtet, sondern den Menschen im Kern seiner Persönlichkeit trifft, indem er unter Missachtung des Gleichheitssatzes als minderwertig

40 AG Duisburg BeckRS 2016: 13270; vgl. auch Hoven 2017: 728 und 731ff.

41 Siehe zum Begriff, der weitgehend mit § 187 StGB gleichläuft, oben 3.2.a.

dargestellt und ihm das Lebensrecht in der Gemeinschaft bestritten wird« (ebd.: § 130 Rn. 55). Daran wird es beim Veröffentlichen von Fake News zwar häufig fehlen, muss es aber nicht. Der BGH hat einen derartigen Angriff etwa angenommen bei der falschen Behauptung, eine bestimmte Personengruppe billige ungeachtet strafrechtlicher Verbote den sexuellen Missbrauch von Kindern (BGH NStZ-RR 2006: 305f.).

Stacheln die Fake News zum Hass auf oder greifen sie in tatbestandsmäßiger Weise die Menschenwürde an, ist ihre Veröffentlichung gemäß § 130 Abs. 2 StGB strafbar. Für eine Strafbarkeit nach dem schwereren § 130 Abs. 1 StGB müssen sie außerdem konkret geeignet sein, »den öffentlichen Frieden zu stören«. ⁴² Wann eine solche Eignung anzunehmen ist, lässt sich nur schwer beurteilen, da schon der öffentliche Frieden äußerst unbestimmt ist. ⁴³ Der BGH formuliert, es müssten im Einzelfall »berechtigte – mithin konkrete – Gründe für die Befürchtung vorliegen, der Angriff werde das Vertrauen in die öffentliche Rechtssicherheit erschüttern, sei es auch nur bei der Bevölkerungsgruppe, gegen die er sich richtet« (BGH NStZ 2007: 216f.). Dies kann zumindest dann nicht angenommen werden, wenn die Fake News so abwegig sind, dass sie vom aufgeschlossenen Teil der Öffentlichkeit nicht ernst genommen werden (vgl. ebd.). Auch reicht es nicht allein aus, dass sie als Post in sozialen Medien im Internet veröffentlicht werden, da andernfalls dem Merkmal kaum einschränkende Bedeutung zukäme (in diese Richtung auch BGH NStZ 2007: 216f.). Entscheidend ist vielmehr der erreichte Adressatenkreis. Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass das Veröffentlichen von Fake News zwar als Volksverhetzung zu bestrafen sein kann, die Anforderungen dafür jedoch hoch sind. Eher subtile Formen der Einflussnahme auf die öffentliche Meinungsbildung werden durch § 130 StGB nicht erfasst.

3.2.3 Das Wahlstrafrecht, §§ 107ff. StGB

Die entscheidende Gefahr, welche politischen Fake News zugeschrieben wird, liegt letztlich in ihrer Beeinflussung der öffentlichen Meinungsbildung. Die-

42 § 130 Abs. 2 Nr. 1 StGB verzichtet auf dieses Erfordernis, die verbreiteten Inhalte müssen daher nur »die abstrakte Eignung haben, den Frieden zu stören und die konkrete Tendenz, ein gewaltförderndes Klima des Hasses zu schaffen« (OLG Celle NStZ 1997: 495f.).

43 Schünemann (2019: 622) hält ihn für ebenso »ungreifbar [...] wie das in der Chemie mehr als ein Jahrhundert phantasierte Phlogiston«.

se wiederum garantiert erst die Legitimation der demokratisch gewählten Volksvertreterinnen und Volksvertreter. Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass Fake News vor allem im Zusammenhang mit einer möglichen Einflussnahme auf Wahlen diskutiert werden. Insofern drängt sich die Frage auf, ob das Veröffentlichen von Fake News nach dem sogenannten Wahlstrafrecht, §§ 107ff. StGB, strafbar ist. Besonders interessant sind dabei die Straftatbestände der Wahlfälschung, § 107a StGB, in der Variante des Herbeiführens eines unrichtigen Wahlergebnisses, sowie der Wählertäuschung, § 108a StGB. Eine Wahlfälschung im Sinne des § 107a StGB begeht, wer unbefugt wählt oder sonst ein unrichtiges Ergebnis einer Wahl herbeiführt oder das Ergebnis verfälscht. Wer Fake News veröffentlicht, greift nicht unmittelbar in den Wahlvorgang ein. Lässt sich aber sagen, dass ein »unrichtiges Ergebnis« der Wahl auch dann vorliegt, wenn massenweise Wähler durch gezielte Falschmeldungen zu einer bestimmten Stimmabgabe bewegt wurden, die ansonsten unter Umständen ganz anders gewählt hätten? Der Tatbestand verlangt indes mehr als eine sich im Wahlverhalten niederschlagende Beeinflussung des Prozesses der öffentlichen Meinungsbildung, wie sie durch Fake News geschehen kann (Reinbacher 2020: 471; Rostalski 2018: 443). Zwar ließe sich auch in diesem Fall davon sprechen, dass – an den demokratietheoretischen Idealen der Meinungsbildung gemessen – ein unrichtiges Wahlergebnis vorliegt. Die in Art. 38 GG niedergelegten Wahlgrundsätze, insbesondere die Freiheit der Wahl, knüpfen an diese Ideale an. Verfassungsrechtlich geschützt ist daher auch der Prozess der Meinungsbildung im Vorfeld von Wahlen (Klein in Maunz/Dürig 2020: Art. 38 Rn. 107). Der Straftatbestand der Wahlfälschung setzt jedoch einen Fehler beim Wahlvorgang als solchem, d.h. bei seinem technischen Ablauf, voraus (Reinbacher 2020: 471; Rostalski 2018: 443; Valerius 2019: 834). Dafür spricht insbesondere die Formulierung, wonach (nur) strafbar ist, »wer unbefugt wählt oder sonst ein unrichtiges Ergebnis einer Wahl herbeiführt«. Diese macht deutlich, dass es entscheidend auf eine Differenz zwischen den ordnungsgemäß abgegebenen Stimmen und den gezählten ankommt (Valerius 2019: 834). Nicht entscheidend ist, ob die nicht ordnungsgemäß abgegebenen Stimmen einen Einfluss auf den Wahlausgang hatten.

Auch eine Strafbarkeit wegen Wählertäuschung, § 108a StGB, ließe sich bei unbefangener Lektüre des Gesetzeswortlauts für einschlägig halten. Denn hiernach wird bestraft, wer durch Täuschung bewirkt, dass jemand »bei der Stimmabgabe über den Inhalt seiner Erklärung irrt oder gegen seinen Willen nicht oder ungültig wählt«. Irrt nicht derjenige bei der Stimmabgabe, der

z.B. eine bestimmte Partei wählt, die gegen »kriminelle Einwanderer« vorzugehen verspricht, weil er auf der Grundlage von Fake News davon ausgeht, 80 Prozent aller Straftaten würden von Menschen mit Migrationshintergrund begangen? Problematisch ist aber, dass der Tatbestand einen Irrtum über den Inhalt der Erklärung verlangt. Ein solcher liegt vor, wenn der Erklärende über den Bedeutungsgehalt seiner Erklärung irrt (BGHSt 9: 338; Eser in Schönke/Schröder 2019: § 108a Rn. 2). Das ist bei Wahlen zum einen der Fall, wenn er zwar weiß, dass er wählt, seine Erklärung jedoch eine andere Bedeutung hat, als er meint, zum anderen aber auch dann, wenn er nicht einmal erkennt, dass er eine wahlrechtlich erhebliche Handlung vornimmt (BGHSt 9: 338). Wer sich nur hinsichtlich der Beweggründe der Erklärung irrt, also etwa durch täuschende Wahlpropaganda dazu bewogen wird, in einer bestimmten Weise zu wählen, unterliegt einem Motivirrtum.⁴⁴ Fake News können insofern lediglich Motivirrtümer bewirken,⁴⁵ weil der Wähler genau die Partei wählt, die er wählen will, und allenfalls über die ihn dazu veranlassenden Gründe, also darüber irrt, warum er das Kreuz dort setzt. Dies reicht für eine Strafbarkeit wegen Wählertäuschung gerade nicht aus, da der Gesetzgeber eindeutig formuliert hat, dass die handelnde Person »über den Inhalt [ihrer] Erklärung« irren muss (stellvertretend Reinbacher 2020: 471f.; Rostalski 2018: 444; Sinner in Matt/Renzikowski 2020: § 108a Rn. 2; Valerius 2019: 835).

Es lässt sich also festhalten, dass das Wahlstrafrecht im Ergebnis bei der Veröffentlichung von Fake News nicht einschlägig ist.⁴⁶ Wahlen und die in ihrem Vorfeld stattfindende öffentliche Meinungsbildung sind gegen das Veröffentlichlichen von Fake News nicht strafrechtlich geschützt. Gerade diesbezüglich bergen Fake News wegen ihrer oben dargestellten Wirkmechanismen aber besondere Gefahren (vgl. auch BT-Drs. 18/12356: 1). Da hierzu offenbar auch bevorzugt Fake News verbreitet werden (siehe oben 2), konzentriert sich darauf die im Rahmen der Zusammenfassung noch kurz skizzierte Reformdiskussion.⁴⁷

44 BGHSt 9: 338.; Müller in MüKo 2017: § 108a Rn. 6; Sinner in Matt/Renzikowski 2020: § 108a Rn. 2.

45 Theoretisch denkbar – wenn auch reichlich konstruiert – wäre es freilich, dass Fake News einen Inhaltsirrtum bewirken, man denke etwa an die Behauptung, wer die SPD wählen wolle, müsse sein Kreuz bei der CDU setzen.

46 Vgl. für die hier nicht erörterten sonstigen Vorschriften des Wahlstrafrechts Valerius 2019: 834ff.

47 Vgl. nur Holznagel 2018: 22: »Einer gründlichen Renovierung bedarf das Recht der Medien zu Wahlkampfzeiten.«

4 Zusammenfassung und Ausblick

Wir haben in diesem Beitrag das Veröffentlichen von politischen Fake News aus der Sicht des Strafrechts betrachtet. Dabei haben wir einen engen Fake-News-Begriff zugrunde gelegt, welcher sich im Wesentlichen auf Lügen in sozialen Netzwerken zur politischen Beeinflussung der Meinungsbildung reduziert. Hier können sich die handelnden Personen die Funktionsweise sozialer Netzwerke zunutze machen. Besonders gefährlich dürften sich solche Fake News erweisen, die mithilfe von Social Bots massenhaft verbreitet werden. Da diejenigen, die die Fake News veröffentlichen, darum wissen, dass die behaupteten Tatsachen als dem Beweis zugängliche Umstände erwiesenermaßen falsch sind, fällt ihr Verhalten nicht in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit.

Was ihre Strafbarkeit betrifft, so beschränkt sich diese nach geltendem Recht auf solche Fake News, die Angriffe auf die Ehre anderer beinhalten oder gar volksverhetzend sind. In erster Hinsicht kommen insbesondere die §§ 187 und 188 StGB in Betracht. Die Volksverhetzung nach § 130 StGB stellt insgesamt hohe Anforderungen an die Strafbarkeit, kann aber im Einzelfall ebenfalls erfüllt sein. Sie setzt allerdings beispielsweise voraus, dass die Fake News den öffentlichen Frieden bedrohen, indem sie die Menschenwürde von Einzelpersonen oder Teilen der Bevölkerung durch eine Verleumdung angreifen, oder zumindest, dass Fake News mit entsprechendem Inhalt verbreitet werden. Das Wahlstrafrecht ist dagegen nicht einschlägig, weil Fake News nicht in die Wahl selbst eingreifen, sondern allenfalls die Motivation zu einer bestimmten Wahlentscheidung beeinflussen. Damit ist es bislang z.B. nicht strafbar, in einem sozialen Netzwerk die Aussage zu posten, dass das Coronavirus oder der Klimawandel nur eine Erfindung seien, weil hier nicht die Ehre einer bestimmten Person betroffen ist und schon gar nicht bestimmte Einzelpersonen oder Teile der Bevölkerung in einer volksverhetzenden Weise angegriffen werden.

Gleichwohl mag man auch die Veröffentlichung solcher Behauptungen in sozialen Netzwerken für gefährlich halten, weil sie z.B. dazu führen können, dass Menschen sich nicht an vorgegebene Regeln halten oder die demokratische Meinungsbildung, letztlich sogar die Legitimation von Wahlen, untergraben wird. Aus diesem Grund werden inzwischen nicht selten Überlegungen angestellt, ob eine Ausweitung des Strafrechts erforderlich ist (vgl. Hoven 2017: 718; Kusche 2020: 427ff.; Mafi-Gudarzi 2019: 68). Eine eingehende Erörterung sämtlicher Reformvorschläge kann hier nicht erfolgen, vielmehr

sei nur ein kurzer Ausblick auf einzelne Ideen gestattet, die derzeit in der Diskussion sind. Vorausgeschickt sei insoweit, dass das Strafrecht kein allgemeines Heilmittel für gesellschaftliche Probleme darstellen kann. Da die Verurteilung zu einer Strafe erhebliche Grundrechtseingriffe bedingt, darf der Staat mit dem Instrument des Strafrechts nur auf besonders gravierenden Fehverhalten reagieren. Ein Verhalten ist nur dann strafwürdig, wenn es in besonderer Weise für das geordnete Zusammenleben in der Gesellschaft unerträglich, also die gesellschaftliche Ordnung zu beeinträchtigen geeignet ist, weil es elementare Normen des Gemeinschaftslebens ignoriert.⁴⁸ Lediglich solche sozialschädlichen Verhaltensweisen können eine Bestrafung rechtfertigen.⁴⁹ Insofern sollte man sich nicht vorschnell der heutzutage oftmals populären Forderung nach einer Verschärfung des Strafrechts anschließen (ebenso Frisch 2016: 24f.).

In diesem Sinne sind auch die zwei Reformansätze, die bislang im Zusammenhang mit Fake News vornehmlich vorgebracht werden, zu beurteilen. Nennen lassen sich (1) die Ergänzung der bestehenden Straftatbestände, insbesondere der Volksverhetzung oder des Wahlstrafrechts, und (2) die Schaffung eines eigenständigen Tatbestandes. Der erste Ansatz, bei dem es etwa darum geht, in § 130 Abs. 3 StGB neben der sog. Ausschwitzlüge auch ganz allgemein das Verbreiten von Fake News aufzunehmen, stünde ebenfalls unter dem Postulat, dass eine Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens gegeben sein müsste, und ist damit sämtlichen Bedenken ausgesetzt, die gegen dieses Merkmal vorgebracht werden.

Eine Erweiterung des Wahlstrafrechts fände ein Vorbild im österreichischen § 264 öStGB, wonach derjenige, der »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«, zu bestrafen ist. Ein ähnlicher Absatz ließe sich z.B. in den § 107a StGB integrieren. Allerdings ist die Eignung einer einzelnen Nachricht, Wahl- oder Stimmberechtigte von der Stimmabgabe abzuhalten oder zur Ausübung des Wahl- oder Stimmrechts in einem bestimmten Sinn zu veranlassen, nur schwer zu bestimmen. Oft wird es vermutlich gerade ein Geflecht aus vielen (Falsch-)Melungen sein, das Einfluss auf das Wahlverhalten hat (ähnlich Kusche 2020: 421

48 Stellvertretend BVerfG NJW 2008: 1137f.; Frisch 2016: 19ff.

49 Eingehend zum Begriff der Strafwürdigkeit Frisch 2017: 366ff.

und 429). An die Eignung müssten hohe Anforderungen gestellt werden, da sich nur dann eine tatsächliche Sozialschädlichkeit begründen ließe.⁵⁰ Entscheidend dürfte nicht allein der Inhalt sein. Vielmehr müsste – ähnlich wie bei der Bestimmung der Gefahr für den öffentlichen Frieden – die Art und Weise der Veröffentlichung berücksichtigt werden.

Der zweite Ansatz, der einen eigenständigen Tatbestand für das Phänomen Fake News insgesamt beinhaltet, müsste sich der Frage des Schutzzwecks widmen (öffentliche Ordnung? [dafür Schünemann 2019: 639; in diese Richtung auch Kusche 2020: 430] Innere und äußere Sicherheit?) und daran anknüpfend den Tatbestand ausgestalten, der dann etwa das Merkmal der (Eignung zur) Gefährdung der öffentlichen Ordnung enthalten könnte. Außerdem müsste namentlich unter Berücksichtigung der dargestellten Straf würdigkeitsgesichtspunkte eine Entscheidung darüber getroffen werden, ob nur derjenige zu bestrafen sein soll, der die Fake News erstmals veröffentlicht, oder auch derjenige, der diese – ggf. sogar gutgläubig – weiterverbreitet (vgl. wiederum Kusche 2020: 431ff.).

Literatur

- Abendroth, J./Feulner, L./Richter, T. (2020): »Wie Menschen mit konfligierenden Informationen umgehen«, in: M. Appel (Hg.), *Die Psychologie des Postfaktischen: Über Fake News, »Lügenpresse«, Clickbait & Co.*, Wiesbaden, 141–156.
- Appel, M./Doser, N. (2020): »Fake News«, in: Ders. (Hg.), *Die Psychologie des Postfaktischen: Über Fake News, »Lügenpresse«, Clickbait & Co.*, Wiesbaden, 9–20.
- Bader, K./Jansen, C./Rinsdorf, L. (2020): »Jenseits der Fakten: Deutschsprachige Fake News aus Sicht der Journalistik«, in: A. Roßnagel (Hg.), *Desinformation aufdecken und bekämpfen*, Baden-Baden, 33–76.
- Cirener, G./Radtko, H. (Hg.) (LK 2008): *Leipziger Kommentar zum Strafbuch*, Bd. 5, 12. Aufl., Berlin.
- Cirener, G./Radtko, H. (Hg.) (LK 2009): *Leipziger Kommentar zum Strafbuch*, Bd. 6, 12. Aufl., Berlin.
- Dreier, H. (Hg.) (2013): *Grundgesetz, Kommentar*, 3. Aufl., Tübingen.

50 Dagegen hält Rostalski (2018: 447f.) »selbst in denkbaren Extremfällen der Willensbeeinflussung des Wählers durch Falschnachrichten« eine Bestrafung für unzulässig.

- Epping, V./Hillgruber, Ch. (Hg.): BeckOK Grundgesetz, 45. Aufl., (15.11.2020).
- Frisch, W. (2017): »Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit und Straftatsystem«, in: Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA), 364–383.
- Frisch, W. (2016): »Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens«, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), 16–25.
- Frisch, W. (2013): »Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz«, in: NStZ, 249–256.
- Graber, R./Lindemann, Th. (2018): »Neue Propaganda im Internet, Social Bots und das Prinzip sozialer Bewährtheit als Instrumente der Propaganda«, in: K. Sachs-Hombach/B. Zywiets (Hg.), Fake News, Hashtags & Social Bots, Wiesbaden, 51–67.
- Greene, J. (2013): *Moral Tribes: Emotion, Reason and the Gap between us and them*, London.
- Hill, H. (2020): »Bounded Rationality« im digitalen Zeitalter«, in: Die Öffentliche Verwaltung (DÖV), 205–215.
- Holznagel, B. (2018): »Phänomen ›Fake News‹ – Was ist zu tun?«, in: Multimedia und Recht (MMR), 18–22.
- Hoven, E. (2017): »Zur Strafbarkeit von Fake News – de lege lata und de lege ferenda«, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 718–744.
- Huesmann, F. (2019): »Rechtsextremist fälschte Künast-Zitat und wurde jetzt dafür verurteilt«, in: watson, Kolumne v. 9. April 2019, online unter <http://www.watson.de/deutschland/rechtsextremismus/958477681-zitat-von-renate-kuenast-gefaelscht-rechtsextremist-in-berlin-verurteilt>
- Jaster, R./Lanius, D. (2020): »Schlechte Nachrichten: ›Fake News‹ in Politik und Öffentlichkeit«, in: R. Hohlfeld/M. Harnischmacher/E. Heinke/L. Lehner/M. Sengl (Hg.), Fake News und Desinformation: Herausforderungen für die vernetzte Gesellschaft und die empirische Forschung, Baden-Baden, 245–268.
- Joicks, W./Miebach, K. (Hg.) (MüKO 2017): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl., München.
- Kahnemann, D. (2012): *Thinking Fast and Slow* (englische Ausgabe), Basingstoke.
- Kindhäuser, U./Neumann, U./Paeffgen, H.-H. (Hg.) (NK 2017): Nomos Kommentar zum StGB, 5. Aufl., Baden-Baden.
- Kusche, C. (2020): »Fake News« – ein Fall für den Strafgesetzgeber?«, in: S. Beck/C. Kusche/B. Valerius (Hg.), Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht, Baden-Baden, 421–438.

- Mafi-Gudarzi, N. (2018): »Desinformation: Herausforderung für die wehrhafte Demokratie«, in: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2019, 65–68.
- Mangoldt, H. v./Klein, F./Starck, C. (Hg.): Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 7. Aufl., München.
- Matt, H./Renzikowski, J. (Hg.) (2020): Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München.
- Maunz, Th./Dürig, G. (Hg.) (2020): Grundgesetz, Kommentar, 92. Einzelleistung, München.
- Neis, M./Mara, M. (2020): »Social Bots – Meinungsroboter im Netz«, in: M. Appel (Hg.), Die Psychologie des Postfaktischen: Über Fake News, »Lügenpresse«, Clickbait & Co., Wiesbaden, 189–204.
- Noelle-Neumann, E. (1980): Die Schweigespirale. Öffentliche Meinung, unsere soziale Haut, Zürich/München.
- Paal, B./Hennemann, M. (2017): »Meinungsbildung im digitalen Zeitalter«, in: Juristenzeitung (JZ), 641–652.
- Reinbacher, T. (2020): »Social Bots aus strafrechtlicher Sicht«, in: S. Beck/C. Kusche/B. Valerius (Hg.), Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht, Baden-Baden, 457–473.
- Rostalski, F. (2018): »Fake News« und »Lügenpresse« – ein (neuer) Fall für das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht?, in: Rechtswissenschaft (RW), 436–460.
- Sängerlaub, A./Meier, M./Rühl, W.-D. (2018): Fakten statt Fakes, Berlin.
- Schmid, C.E./Stock, L./Walter, S. (2018): »Der strategische Einsatz von Fake News zur Propaganda im Wahlkampf«, in: K. Sachs-Hombach/B. Zywiets (Hg.), Fake News, Hashtags & Social Bots, Wiesbaden, 69–96.
- Schmidt, M./Jansen, F. (2020): »Pistorius will »Fake News« zum Virus bestrafen. Bundesminister plädieren für Aufklärung statt Verbote. Niedersachsens Innenminister fordert härteres Vorgehen gegen Fake News. Bundesinnen- und -Justizministerium winken ab«, in: Der Tagesspiegel v. 17. März 2020, online unter <http://www.tagesspiegel.de/politik/pistorius-will-fake-news-zum-virus-bestrafen-bundesminister-plaedieren-fuer-aufklaerung-statt-verbote/25651500.html>
- Schönke, A./Schröder, H. (Hg.) (2019): StGB, Kommentar, 30. Aufl., München.
- Schünemann, B. (2019): »Gefährden Fake News die Demokratie, wächst aber im Strafrecht das Rettende auch?«, in: GA, 620–640.
- Steinbach, A. (2017): »Meinungsfreiheit im postfaktischen Umfeld«, in: JZ, 653–661.

- Thaler, R./Sunstein, C. (2008): *Nudge: Improving decisions about health, wealth and happiness*, New Haven (CT).
- Valerius, B. (2019): »Wahlstrafrecht und soziale Medien: eine Betrachtung de lege lata wie de lege ferenda«, in: M. Böse/K. Schumann/F. Toepel (Hg.): *Festschrift für Kindhäuser (FS Kindhäuser)*, Baden-Baden, 827–840.
- Volkman, V. (2018): »Hate Speech durch Social Bots«, in: MMR, 58–63.
- Wittenhorst, T. (2020): »EU-Vizekommissionschefin will Desinformation unter Strafe stellen. Gezieltes Verbreiten von Falschmeldungen könnte bald unter Strafe stehen. Věra Jourová nimmt Tschechien als Vorbild für die anderen EU-Staaten«, in: heise online v. 22. Februar 2020, online unter <http://www.heise.de/newsticker/meldung/EU-Vizekommissionschefin-will-Desinformation-unter-Strafe-stellen-4666269.html>
- Zimmermann, F./Kohring, M. (2020): »Aktuelle Desinformation – Definition und Einordnung«, in: R. Hohlfeld/M. Harnischmacher/E. Heinke/L. Lehner/M. Sengl (Hg.), *Fake News und Desinformation, Herausforderungen für die vernetzte Gesellschaft und die empirische Forschung*, Baden-Baden, 21–42.