

Kernbereichs privater Lebensgestaltung anführen⁴⁶. Der Unterschied zwischen diesen ersten deontologischen Schranken und der hier dargestellten liegt darin, dass sich die „Wahrheitsschranke“, statt auf die Menschenwürde bzw. den Kernbereich privater Lebensgestaltung, direkt auf die Rechtsstaatlichkeit konzentriert, was vielleicht einfacher identifizierbar ist⁴⁷. Beide Schranken dienen aber dazu, dem Strafgesetzgeber absolute Grenzen zu setzen, auch wenn eine Überschreitung dieser Grenzen einen hohen Nutzen brächte.

IV. Indirekter Wahrheitsschutz: die Unwahrheit als Angriffsmittel

Anders als der direkte, ist der indirekte Wahrheitsschutz bzw. der Rechtsgutsschutz vor Unwahrheiten viel weniger kontrovers. Sofern es ein zugrundeliegendes Rechtsgut gibt, birgt dieser Schutz kein besonderes Risiko für den Rechtsstaat. Man denke nur an das objektive Merkmal der Täuschung beim Betrug (§ 263 StGB), das gerade – und selbstverständlich – den Einsatz von Unwahrheiten als Rechtsgutsangriffsmittel umfasst. Aber die Unwahrheit braucht sich nicht stets als ein ausdrückliches Tatbestandsmerkmal darzustellen, um legitimerweise als Angriffsmittel gegen Rechtsgüter anerkannt zu werden. Wenn ein Täter das Opfer aus Mordlust belügt, und dadurch dessen Tod verursacht, begeht er einen Mord (§ 211 StGB), auch wenn der jeweilige Tatbestand die Unwahrheit nicht einmal erwähnt.

Im Grunde genommen ist das auch bei der Holocaustleugnung der Fall. Obwohl ein direkter Wahrheitsschutz durch das Strafrecht nach der hier vertretenen Auffassung illegitim ist, gibt es prinzipiell keinen Einwand dagegen, dass der Gesetzgeber ein Rechtsgut vor einer Auschwitzlüge schützt. Als zugrundeliegendes Rechtsgut kann man hier etwa die persönliche Integrität der betroffenen Menschen oder sogar die Menschenwürde selbst heranziehen⁴⁸. Die einzige Legitimitätsbedingung hierfür liegt darin, dass die Angriffshandlung dazu geeignet sein muss, das jeweilige Rechtsgut

46 Dazu s. etwa Greco, in: Hefendehl (Hrsg.), S. 81 ff.; auch Puschke, S. 178 ff.; Souza Santos, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, São Paulo, 2021, S. 142 ff. (zitiert als: Souza Santos); Soares, RICP 2022, 190, S. 200; Roxin/Greco, § 2 Rn. 12b.

47 Nichtsdestotrotz lässt sich die hier skizzierte Variante der deontologischen Schranke kaum mit der ausschlaggebenden Unantastbarkeit der Menschenwürde begründen. Vielmehr ist hier von der logischen Opposition zwischen den Rechts- und Unrechtsstaat auszugehen.

48 Roxin/Greco, § 2 Rn. 40 f.

zu beeinträchtigen⁴⁹. Beim § 130 III StGB⁵⁰ stellt sich jedoch die Frage, ob „das bloße Leugnen einer historischen Tatsache ohne Agitationscharakter“⁵¹ wirklich geeignet ist, die persönliche Integrität der Holocaustopfer, die Menschenwürde oder ein sonstiges Rechtsgut zu beeinträchtigen.

Wie schon oben dargestellt, versuchen viele Stimmen in der Literatur verschiedene Schutzzwecke für den § 130 III StGB⁵² auszumachen. Trotzdem erscheint diese Vorschrift überflüssig, da eine Holocaustleugnung schon durch den § 130 I StGB⁵³ strafbar ist, wenn sie dazu geeignet ist, den Hass gegen die Juden oder einen anderen Teil der Bevölkerung faktisch aufzustacheln⁵⁴. Mit anderen Worten: Die Auschwitzlüge ist bereits strafbar, wenn die Gefahr besteht, dass sie die Menschenwürde oder die persönliche Integrität von Mitgliedern der jüdischen Gemeinschaft beeinträchtigt. Ohne diese Rechtsgutsgefährdung wäre eine solche Leugnung zwar eine abwegige und verwerfliche Lüge, dennoch eine, die der Staat – nicht nur wegen des Mangels eines zugrundeliegenden Rechtsgutes⁵⁵, sondern hauptsächlich wegen der hier vertretenen deontologischen Wahrheitsschranke – nicht bestrafen darf. Übrigens folgen diese Erwägungen bereits aus dem Wortlaut des § 130 III StGB, der das Merkmal der Störung des öffentlichen Friedens ausdrücklich erwähnt⁵⁶.

49 Ausdrücklich zu diesem Legitimitätskriterium, das normalerweise eher implizit bleibt, *Souza Santos*, S. 201 ff.; zustimmend *Soares*, RICP 2022, 190, S. 203.

50 Zum Wortlaut des Tatbestands s. Fn. 7 oben.

51 So die Formulierung von *Kühl*, in: Bernsmann/Ulsenheimer (Hrsg.), S. 106. Ähnlich *ders.*, in: FS Maiwald, S. 448: „bloße, nicht agitatorische Äußerung“.

52 S. Fn. 32 oben.

53 „§ 130 Volksverhetzung: (1) Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, 1. gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen dessen Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung zum Hass aufstachelt, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordert oder 2. die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er eine vorbezeichnete Gruppe, Teile der Bevölkerung oder einen Einzelnen wegen dessen Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.“

54 *Roxin/Greco*, § 2 Rn. 41.

55 *Roxin/Greco*, § 2 Rn. 41.

56 S. *Roxin/Greco*, § 2 Rn. 48: „Wie man sich aber eine Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens vorstellen soll, wenn die Beeinträchtigung eines friedlichen, grundrechtsgewährleistenden Zusammenlebens nicht dargetan ist, bleibt unklar.“ Im Kontext des indirekten Wahrheitsschutzes bedeutet dieses Merkmal, dass, obwohl § 130 III StGB schwer zu rechtfertigen ist (s. sehr kritisch dazu *Schünemann*, GA

Dieser rechtsgutsorientierte Gedanke liegt einigen Vorschlägen zugrunde, die den Rahmen der Strafbarkeit von Fake News zu skizzieren versuchen⁵⁷. Auch wenn nicht alle Ansätze vom Rechtsgutskonzept ausgehen, herrscht dabei zumindest die Idee vor, dass eine solche Strafbarkeit nur zu rechtfertigen wäre, wenn die Unwahrheit objektive Nachteile für die Interessen der Einzelnen oder der Gesellschaft verursacht⁵⁸. Mit anderen Worten: Die Strafbarkeit von Fake News hängt von der Sozialschädlichkeit der unwahren Behauptungen ab.

Diese Entsprechung lässt sich durch das Beispiel *Hovens* über die Kleidung Angela Merkels in einem sozialen Event resümieren: Ihrer Meinung⁵⁹ nach sei die lügenhafte Aussage, dass die „Bundeskanzlerin [...] beim Bundespresseball ein gelbes Jackett [trug]“, wegen ihrer vermeintlichen Unschädlichkeit, strafrechtlich irrelevant. Doch überzeugt dieser Standpunkt nicht. Erstens, weil jemand immer behaupten kann, dass eine öffentlich verbreitete Lüge seine Willensbildung beeinträchtigt; man denke an jemanden, der sich fragt: „Wie kann ich meine politische Meinung richtig bilden, wenn sogar einfache Aussagen über die Kleidung der Bundeskanzlerin lügenhaft sind?“ Zweitens, auch wenn man ein so weitgehendes *argumentum ad absurdum* unbeachtet lässt⁶⁰, deutet die Farbenwahl der Kleidung nicht selten politische Meinungen an, sodass man denken könnte, dass das Jackett der ehemaligen Bundeskanzlerin oder die Krawatte des ameri-

2019, 620. S. 622; *Kühl*, in: FS Stöckel, S. 119), der Staat die Unwahrheit über die Schoah doch unter gewissen Umständen als Angriffsmittel betrachten darf. Vielleicht wäre die Vorschrift noch zu retten, falls man sie als eine gesetzliche Erinnerung bzw. Behauptung auslegt, dass die geschützten Rechtsgüter auch durch Unwahrheiten beeinträchtigt werden können. Die Differenz zwischen den Strafandrohungen beider Vorschriften bildet aber einen schweren Einwand dagegen. Eine Vertiefung dieses Themas wäre aber Gegenstand einer weiteren Untersuchung.

57 Ausdrücklich *Hoven*, ZStW 2017, S. 741; auch *Preuß*, S. 173; ebenso, aber etwas zögerlicher *Schreiber*, S. 267 ff. Gleichfalls, allerdings ohne Bezug zu den Fake News BVerfG, NJW 1998, 443.

58 *S. Lammich*, S. 121 f.

59 *Hoven*, ZStW 2017, 718, S. 740. Dem Beispiel ausdrücklich zustimmend *Preuß*, S. 172; *Schreiber*, S. 288. Mit einem ähnlichen, in der Sache gleichen Beispiel *Lammich*, S. 229: „[Die] Meldung, der 46. US-Präsident Joe Biden hätte bei seiner Verteidigung eine grüne Krawatte getragen, obwohl die Krawatte tatsächlich hellblau war.“

60 Ein Argument solcher Art basiert ferner auf einem bedenklichen Vertrauensschutz, der von manchem skeptisch angesehen wird. Dazu *Roxin/Greco*, § 2 Rn. 84; auch *Rostalski*, RW 2017, 436, S. 451 ff.; befürwortend aber *Hefendehl*, Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts, GA 2007, 1, S. 9 ff.

kanischen Präsidenten⁶¹ eine politische Botschaft oder Präferenz äußern⁶²; schließlich ist Gelb die Farbe einer deutschen Partei (FDP) und Grün⁶³ die Farbe einer weltweit verbreiteten politischen Bewegung.

Diese Einwände könnten aber durch das Argument widerlegt werden, dass das Beispiel *Hovens*⁶⁴ nicht präzise genug formuliert wurde; die harmlose Lüge gebe es durchaus, nur anderswo. Die Idee, dass eine bestimmte Unwahrheit bereits ihrem Wesen nach unschädlich sein kann, überzeugt jedoch aus einem tieferen und strukturellen Grund nicht⁶⁵: Von vornherein kann niemals ausgeschlossen werden, dass ein Verhalten für einen Gegenstand eine Gefahr darstellt⁶⁶. Eine solche Feststellung ist immer eine Sache der Empirie und deswegen nicht *a priori* bestimmbar⁶⁷. Der Anspruch, die Vorverlagerung der Strafbarkeit von Fake News *ex ante*, durch die Sozialschädlichkeit der Unwahrheiten, zu beschränken, erweist sich deshalb als nicht realistisch: „Bloße Lügen“ mögen vielleicht nicht strafbar sein, aber „bloße Lügen“ existieren einfach nicht. Denn es stellt sich erst im konkreten Fall heraus, ob die Lüge gefährlich war oder nicht.

Dies stellt ein Kernproblem, nicht nur der Strafbarkeit von Fake News, sondern zudem des gesamten Desinformationsstrafrechts dar: Der Staat, sei es in der Erscheinungsform des Gesetzgebers oder des Richters, kann eine irreführende Aussage immer in eine rechtsgutsbetreffende Kausalkette einfügen, damit er deren Strafbarkeit rechtfertigen kann. Das gilt vorwiegend bei Gefährdungs- bzw. Eignungsdelikten⁶⁸, etwa der Störung des

61 S. Fn. 59 oben.

62 S. die Diskussion darüber, ob der Hut der Königin Elizabeth II. in der britischen Parlamentseröffnung 2017 ein Zeichen für die Europäische Union sei, bei *Sini*, BBC News, Queen's Speech: Is the Queen wearing an EU hat?, 21.6.2017, <https://www.bbc.com/news/blogs-trending-40356113> (zuletzt abgerufen am 18.11.2022).

63 S. Fn. 59 oben.

64 Oder die Variante *Lammichs*. S. Fn. 59 oben.

65 S. *Roxin/Greco*, § 2 Rn. 12a f.

66 S. bereits *v. Buri*, Zur Lehre von dem Angriff auf die Ehre mit näherer Berücksichtigung der Lehre von dem Versuche, der Concurrenz und dem fortgesetzten Verbrechen, Gießen, 1862, S. 59.; s. a. *Möller*, S. 296 ff.; ebenso *Greco*, in: Hefendehl (Hrsg.), S. 82; *ders.* ZIS 2008, 234, S. 238.

67 S. *Möller*, S. 182 f., 301.

68 Ein Eignungsdelikt liegt vor, „wenn der Gesetzgeber wegen der Unmöglichkeit, die Voraussetzungen der Gefahr selbst abschließend zu bestimmen, die Entscheidung zwar dem Richter überläßt, durch die Fassung seines Tatbestandes aber zu erkennen gibt, daß bei der Entscheidung nicht die konkrete Situation maßgeblich ist, sondern generelle Maßstäbe anzulegen sein sollen.“ S. *Schröder*, Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?, JZ 1967, 522, S. 525. Konsens um die Kriterien zur Bestimmung des