

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber

Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Prof. Dr. Anja Schiemann

Schriftleitung

Wiss. Mit. Sabine Horn
Stellv.: Wiss. Mit. Tim Stephan

Redaktion (national)

Prof. Dr. Alexander Baur
Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Sabine Gless
Prof. Dr. Bernd Hecker
Prof. Dr. Martin Heger
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Prof. Dr. Gabriele Kett-Straub
Prof. Dr. Florian Knauer
Prof. Dr. Michael Kubiciel
Prof. Dr. Otto Lagodny
Prof. Dr. Carsten Momsen
Prof. Dr. Helmut Satzger
Prof. Dr. Anja Schiemann
Prof. Dr. Edward Schramm
Prof. Dr. Dr. Markus Thiel
Prof. Dr. Mark Zöllner

Redaktion international

Prof. Dr. Dres. h.c. Makoto Ida
Prof. Neha Jain
Prof. Dr. Doaqian Liu
Prof. Dr. Dr. h.c. Francisco
Munoz-Conde
Prof. Dr. Konstantina
Papathanasiou
Prof. Dr. Wolfgang Schomburg
Prof. Dr. Sheng-Wei Tsai
Prof. Dongyi Syn PhD
Prof. Dr. Davi Tangerino
Prof. Dr. Merab Turava
Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver

SONDERHEFT KRIMINALPOLITISCHER KREIS

„Strafrecht und Meinungsfreiheit“

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 1 – 57

1 | Einführung in das Sonderheft

von Prof. Dr. Thomas Weigend

4 | Meinungsfreiheit als konstitutives Element und als Bedrohung der Demokratie?

von Prof. Dr. Christoph Degenhart

10 | Antisemitische Äußerungen als Gegenstand des Strafrechts

von Prof. Dr. Elisa Hoven

20 | Die Rolle des Strafrechts bei antisemitischen Äußerungen: Notwendig, aber bescheiden!

von Prof. Dr. Dr. h.c. Cornelius Prittwitz

24 | Furcht vor der Freiheit? Grundrechtshemmende Chilling-Effekte im Versammlungsrecht am Beispiel des Landfriedensbruchs

von Prof. Dr. Jochen Bung

30 | Ziviler Ungehorsam als Strafunrechtsausschlussgrund

von Prof. Dr. Till Zimmermann

37 | Strafrechtlicher Wahrheitsschutz bei der politischen Meinungs- und Willensbildung?

von Prof. Dr. Armin Engländer

42 | Alles eine Frage der Wirkung? Zur Strafbarkeit der Verbreitung von individuen- und gruppenbezogenen Fake News

von Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE) und Dr. Maximilian Nussbaum

50 | Die Strafbarkeit von Fake News de lege ferenda – mit besonderem Augenmerk auf Deepfakes, Social Bots und Filter Bubbles

von Prof. Dr. Frank Zimmermann

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Einführung zum Sonderheft „Strafrecht und Meinungsfreiheit“

von Prof. Dr. Thomas Weigend*

Der Ton in öffentlichen Debatten hat sich spürbar verschärft, die verbalen Schläge zielen immer häufiger unter die Gürtellinie. Ein Grund für diese Entwicklung liegt sicher in der zunehmenden Nutzung sozialer Medien: Während öffentliche Meinungsäußerungen früher die redaktionelle Schranke eines etablierten Print- oder Rundfunkmediums überwinden mussten, kann heute jeder seine persönliche Meinung ebenso wie Behauptungen über angebliche Tatsachen in beliebiger Formulierung in Sekundenschnelle unkontrolliert weltweit verbreiten. Dieser Entwicklung steht ein strafrechtliches Konzept des „Ehrens- und Menschenrechtsschutzes, das im Kern aus vergangenen Jahrhunderten stammt, häufig hilflos gegenüber. Verunglimpfungen, falsche Behauptungen über sozial relevante Tatsachen und hetzerische Aufrufe im Internet bleiben jedoch nicht im virtuellen Raum, sondern können schwerwiegende Folgen für reale Menschen in der „analogen“ Wirklichkeit haben, und sie können insbesondere das politische Leben beeinträchtigen. Es darf daher nicht verwundern, dass zunehmend der Ruf nach der Einführung von Straftatbeständen laut wird, die die neuen Gefahren (oder die alten Gefahren im neuen Gewand) für wichtige Rechtsgüter bekämpfen sollen. Auf der anderen Seite steht allerdings das hohe Gut der Meinungsäußerungsfreiheit, das unverändert eine wichtige Grundlage des Lebens in einem freiheitlichen, demokratischen Rechtsstaat bildet und auch einen Aspekt des Persönlichkeitsrechts jedes einzelnen darstellt.

Mit dem brisanten Konflikt zwischen Meinungsfreiheit einerseits und Staats- und Persönlichkeitsschutz andererseits hat sich der Kriminalpolitische Kreis aus etwa 40 deutschen Strafrechtsprofessor:innen bei seiner Tagung „Strafrecht und Meinungsfreiheit“ im Oktober 2024 an der LMU München in zwei Tagen intensiver Diskussion beschäftigt. Im vorliegenden Heft der KriPoZ sind die meisten der dort gehaltenen Referate mit Quellennachweisen publiziert. Die Mitglieder des Kreises hoffen, dass damit die zunächst interne Diskussion in einen größeren Kreis von Interessierten getragen wird und einen Anstoß zu weiteren fruchtbaren Debatten und möglicherweise auch zu Gesetzesreformen geben kann.

Die Akzente in dem Spektrum zwischen großzügiger Meinungsfreiheit und dem Schutz der Interessen betroffener Personen und Gruppen wurden von den Referent:innen und auch in der Diskussion durchaus unterschiedlich gesetzt. Der Verfassungsrechtler *Christoph Degenhart*

(Leipzig) betonte in seinem einleitenden Referat die Unverzichtbarkeit einer weit verstandenen Meinungsfreiheit gerade auch in der politikbezogenen Diskussion und beklagte die von ihm wahrgenommene zunehmende Empfindlichkeit bestimmter Politiker, die das Strafrecht gegenüber unwillkommener Kritik aus der Bevölkerung zu instrumentalisieren versuchten. Er kritisierte auch den übermäßigen Gebrauch, den manche von dem Begriff einer verbalen „Delegitimierung des Staates“ machten, um kritische Äußerungen zu unterbinden. In der Diskussion wurde insbesondere auf den Einschüchterungseffekt strafprozessualer Maßnahmen (wie etwa Durchsuchungen) gegenüber Kritiker:innen hingewiesen; dieser Effekt trete unabhängig davon ein, ob die Verfahren letztlich zu einer Verurteilung führen.

Die Referate im weiteren Verlauf der Tagung waren in thematischen Panels miteinander verbunden. Ein Panel beschäftigte sich mit strafrechtlichen Einschränkungen der Versammlungsfreiheit. *Jochen Bung* (Hamburg) hob hier die fundamentale Bedeutung der Freiheitsrechte hervor und setzte sich von diesem Ausgangspunkt her kritisch mit dem Tatbestand des Landfriedensbruchs (§ 125 StGB) und mit einem Entwurf zu dessen Erweiterung auseinander. *Bung* betonte den *chilling effect*, der von einer übermäßigen Regulierung und gleichzeitigen Überwachung von Demonstrationen auf die Versammlungsfreiheit ausgehe. Dies gelte insbesondere dann, wenn – wie es ein Gesetzentwurf der CDU/CSU-Fraktion vorsah – schon das Verbleiben in einer für den Betroffenen erkennbar unfriedlich gewordenen Menge unter Strafe gestellt werden sollte.

Eine etwas andere Perspektive nahm *Till Zimmermann* (Düsseldorf) ein. Er arbeitete heraus, dass der Topos des „zivilen Ungehorsams“ zwar in der Moralphilosophie als Legitimation bestimmter Verhaltensweisen anerkannt werde, im Strafrecht jedoch keine rechtfertigende Wirkung entfalte. Während der *BGH* daher die billigenwerten Fernziele von Demonstranten, die Gewalt anwenden, nur auf der Ebene der Strafzumessung berücksichtigen möchte, gewichte das *BVerfG* die Grundrechte der Meinungs- und Versammlungsfreiheit tendenziell stärker und gelange zu der Möglichkeit eines Ausschlusses der Strafbarkeit, allerdings unter engen Voraussetzungen.

Im Mittelpunkt der anschließenden Diskussion standen erwartungsgemäß die Stichworte „Ziviler Ungehorsam“ und „Klimakleber“ sowie die Reichweite von § 240 StGB

* Univ.-Professor i.R., Universität zu Köln.

bei der Anwendung auf Demonstrationen und ähnliche Aktionen. Gegen die Berücksichtigung von „Fernzielen“ der Demonstranten bei der Beurteilung der Verwerflichkeit im Rahmen von § 240 StGB wurde vor allem eingewandt, dass die Gerichte dann zwischen wertvollen und anderen Anliegen unterscheiden müssten, was nicht ihre Aufgabe sei. Auch wurde der Topos des Zivilen Ungehorsams nicht als strafrechtsbegrenzend anerkannt, da ihm ja gerade das Risiko, bestraft zu werden, immanent sei.

An ihre Grenzen stößt die Meinungsfreiheit anerkanntermaßen dort, wo zu Gewalt gegen bestimmte Personen oder Personengruppen aufgerufen wird. Ein besonders sensibler und in der jüngeren Vergangenheit im Hinblick auf den Nahost-Konflikt heftig diskutierter Bereich sind Äußerungen, die als antisemitisch empfunden werden. Hierzu stellten *Elisa Hoven* (Leipzig) und *Cornelius Prittowitz* (Frankfurt a.M.) Positionen mit unterschiedlicher Akzentuierung vor.

Hoven bezeichnete den Impuls, antisemitische Straftaten konsequent zu verfolgen, als richtig. Sie erinnerte jedoch an die Rechtsprechung des *BVerfG* insbesondere in der Wunsiedel-Entscheidung von 2009,¹ derzufolge selbst verfassungsfeindliche Meinungsäußerungen grundsätzlich in den Schutzbereich von Art. 5 GG fallen. Eine Inkriminierung der „Leugnung des Existenzrechts des Staates Israel“, wie sie teilweise vorgeschlagen werde, wäre damit nicht vereinbar, vor allem da eine solche Vorschrift kein „allgemeines Gesetz“ im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG wäre. Überlegt werden könne jedoch eine – gegebenenfalls im sachlichen Zusammenhang der §§ 102 ff. StGB zu platzierende – umfassendere Verbotsnorm gegen das Auffordern zur gewaltsamen Beseitigung eines von der Bundesrepublik Deutschland diplomatisch anerkannten Staates.

Prittowitz bezeichnete jeglichen Antisemitismus „als unerwünscht, als widerlich, als menschenfeindlich und menschenverachtend“. Er betonte auch, dass es in Deutschland – anders als in den USA – keine nahezu schrankenlose Meinungsfreiheit gebe. Aus feindseligen Worten könnten leicht feindliche Taten werden; das gelte insbesondere in der heutigen „Social Media-Gesellschaft“. Allerdings sei es schwierig, strafbewehrte Verbote gegenüber oft anonym und massenhaft begangenen Straftaten tatsächlich durchzusetzen. *Prittowitz* sprach sich daher im Ergebnis dagegen aus, antisemitische Äußerungen über die bereits bestehenden Vorschriften (insbesondere § 130 StGB) hinaus unter Strafe zu stellen.

In der lebhaften Diskussion wurde insbesondere die Frage debattiert, ob sich die Parole „From the river to the Sea, Palestine shall be free“ gegen das physische Existenzrecht der jüdischen Bevölkerung in dem so umrissenen Gebiet oder nur gegen die derzeitige politische Situation richtet und inwiefern dadurch auch die jüdische Bevölkerung in Deutschland angegriffen ist. Teilweise wurde die Forderung unterstützt, den mit dem Begriff der Störung des öffentlichen Friedens verbundenen Inlandsbezug der Tat aus dem Tatbestand von § 130 StGB herauszunehmen. Als

unvermeidlich wurde ein Einfluss politischer Auffassungen auf die Anwendung von § 130 StGB angesehen.

Ein weiteres Panel beschäftigte sich mit der Frage nach der Strafbedürftigkeit und Strafwürdigkeit des Verbreitens von *fake news*. Zunächst legte *Armin Engländer* (München) dar, dass die Antwort auf die Frage nach einer Inkriminierung des Verbreitens von *Fake News* im politischen Bereich davon abhängt, welche Konzeption der Demokratie man zugrunde legt und welche Bedeutung der Wahrheit hier zukommt. Folge man einer deliberativen Demokratiekonzeption, die gemeinsames Nachdenken und Argumentieren über das Gemeinwohl in den Mittelpunkt stellt und bei der sich die Bürger wechselseitig eine Teilnahme an kooperativer Wahrheitssuche schulden, seien recht weitreichende strafrechtliche Regelungen zumindest denkbar. Wer dagegen ein elektoral-interessenbasiertes Demokratieverständnis favorisiere, nach dem die Bürger ihre je eigenen Interessen zur Geltung bringen dürfen und keine Rechenschaft über ihre Wissensgrundlage ablegen müssen, werde eine Pönalisierung eher kritisch sehen.

Susanne Beck (Hannover) erörterte die Strafbarkeit einer Verbreitung von Lügen nach dem gegenwärtigen Strafrecht. Sie diskutierte insbesondere die von manchen geforderte erweiterte Auslegung von §§ 186, 187 StGB sowie die mögliche Erstreckung des Begriffs des „Aufstachelns“ zum Hass in § 130 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 lit. a StGB auf scheinbar sachliche Äußerungen, die jedoch einen friedensstörenden Effekt haben könnten. *Beck* riet insgesamt zur Vorsicht gegenüber einer Überdehnung der Tatbestände und wollte einen negativen Effekt gegenüber einer bestimmten Personengruppe nur in Ausnahmesituationen zur Strafbarkeit ausreichen lassen.

In eine ähnliche Richtung ging das Referat von *Frank Zimmermann* (Freiburg i.Br.). Er warf zunächst die Frage auf, inwiefern die KI-Verordnung der EU den Mitgliedstaaten überhaupt Freiraum für eine weitergehende strafrechtliche Regelung lässt. Wollte man diese Frage bejahen, so sollte sich eine Neu-Inkriminierung jedenfalls auf eine eng zugeschnittene Norm beschränken, die speziell an technische Modalitäten der Erstellung oder Verbreitung von *fake news* anknüpft, namentlich durch die Verwendung von *deepfakes* oder den Einsatz von *social bots*.

Ein bestimmendes Thema der anschließenden Diskussion war die Frage, ob, wie und durch wen sich die „Wahrheit“ einer Tatsachenbehauptung bestimmen lässt. Um die Gefahr zu vermeiden, dass ein Strafgericht oder eine andere staatliche Stelle verbindlich über die „Wahrheit“ verschiedenster Aussagen entscheidet (und damit möglicherweise zutreffende Aussagen Oppositioneller unterdrückt), plädierten verschiedene Diskussionsteilnehmer dafür, die Bestrafung der Verbreitung von *fake news* auf bestimmte besonders sensible Bereiche zu beschränken, etwa die Warnung vor (angeblich) unmittelbar drohenden Gefahren, die Aussagen von Regierungsmitgliedern oder die Beeinflussung von bevorstehenden Wahlen (wie nach österreichischem Recht).

¹ BVerfGE 124, 300.

Ein weiteres Panel beschäftigte sich mit dem Phänomen der „Neuen Sensibilität“ im Lichte der Meinungsfreiheit. In ihrem (hier nicht abgedruckten) Referat diagnostizierte *Frauke Rostalski* (Köln) die Entwicklung zu einer „vulnerablen Gesellschaft“. Da es dem vulnerablen Menschen an Resilienz fehle, um die an ihn gestellten Herausforderungen erfolgreich zu meistern, ertöne immer häufiger der Ruf nach dem Schutz durch staatliches Strafrecht. Dies wirke sich auch auf die Freiheit der Meinungsäußerung aus, wie sich insbesondere an Forderungen nach einem strafbewehrten Verbot der Verbreitung von *fake news* zeige. Demgegenüber plädierte *Rostalski* für mehr Resilienz, da der freie Diskurs in der Demokratie eine wichtige Integrationsfunktion habe.

Tatjana Hörnle (MPI Freiburg) hob die tiefe Verankerung der Meinungs- wie der Versammlungsfreiheit im „liberalen Skript“ hervor. Dem stehe das Verlangen nach Gerechtigkeit und Respekt bei Angehörigen historisch benachteiligter Gruppen als „neue Sensibilität“ gegenüber. Die teilweise geforderte Neu-Inkriminierung verletzender Reden ist nach *Hörnles* Auffassung nur insoweit zu befürworten, als Individuen drastisch verbal angegriffen werden oder realitätsnah begründete Gefährdungen bestehen. Im Übrigen könnten bestehende Konflikte durch eine Rückbesinnung auf ethische Maßstäbe (insbesondere professionelle Ethik in der Wissenschaft) zumindest abgemildert werden.

In einer Podiumsdiskussion mit *Elisa Hoven* (Leipzig), *Johannes Kaspar* (Augsburg), *Michael Kubiciel* (Augsburg), *Cornelius Prittowitz* (Frankfurt a.M.) und *Frauke Rostalski* (Köln) ging es selbstreflexiv um die Frage „Wieviel Meinung verträgt die Wissenschaft?“. Themati-

siert wurden unter anderem die (bei den Teilnehmer:innen nicht ganz einheitlichen) Vorverständnisse, mit denen sie an kriminalpolitische Fragestellungen herangehen. Hier kamen sowohl unterschiedliche Gender-Perspektiven als auch verschiedene Grundeinstellungen zur sozialen Funktion staatlicher Strafe zur Sprache. Einig war man sich darin, dass es schon aus wissenschaftsethischen Gründen zu empfehlen ist, bei kontroversen Themen das jeweilige Vorverständnis offenzulegen. Bei der Frage, ob jüngere Wissenschaftler:innen mit Blick auf ihre Karrierechancen ohne weiteres ihre wahre Meinung zu bestimmten kriminalpolitisch relevanten Fragen publizieren könnten oder sollten, war eine gewisse Diskrepanz zwischen wissenschaftlichem Ethos und karrieretaktischen Erwägungen zu konstatieren. Insbesondere in der Kriminologie sei, so manche Teilnehmer:innen, eine generell strafrechtskritische Auffassung vorherrschend, der man nur auf eigene Gefahr grundsätzlich widersprechen könne.

Die höchst anregende Tagung mit ihrer vielfältigen Thematik hat einmal mehr gezeigt, dass Worte (zumindest im Zeitalter der massenweisen digitalen Verbreitung) viel Schaden anrichten können – und dass es dennoch problematisch ist, vermeintlich schädliche Äußerungen mit den Mitteln des Strafrechts zu bekämpfen. Grundsätzlich sollte man auf die selbstregulierende Kraft eines freien Diskurses insbesondere in politischen Fragen vertrauen können. Es bleiben dennoch Bereiche, in denen Worte verboten werden müssen und dieses Verbot auch durch das Strafrecht durchgesetzt werden sollte. Welche Bereiche dies sind und ob das Strafrecht dort „funktioniert“ – das konnte freilich auch die spannende Debatte unter den engagierten Strafrechtler:innen nicht abschließend klären.

Meinungsfreiheit als konstitutives Element und als Bedrohung der Demokratie?

von Prof. Dr. Christoph Degenhart*

Abstract

In der Freiheit der Meinungsäußerung – „un des droits les plus précieux de l'homme“ und für die freiheitliche Demokratie „schlechthin konstituierend“ – eine Gefährdung der demokratischen Ordnung zu sehen und sie zu deren Schutz beschränken zu wollen, gefährdet letztlich die Demokratie selbst. Das Strafrecht darf nicht instrumentalisiert werden, um Meinungen, seien sie auch provokant, verstörend und „unpleasantly sharp“, zu unterdrücken. Massenhafte Strafanzeigen von Politikern, die das Internet auf möglicherweise ehrverletzende Äußerungen durchsuchen lassen, können einschüchternd wirken und jenen „chilling effect“ hervorrufen, der die Freiheit gefährdet. Dazu trägt auch ein Sonderrecht für „im politischen Leben stehende Personen“ bei, die in § 188 StGB besonderen Ehrenschatz genießen. Wenn das Bundesamt für Verfassungsschutz Meinungen unterhalb der Strafbarkeitsgrenze als Gefahr für die demokratische Ordnung identifizieren will, gefährdet es seinerseits die freiheitliche Verfassung. Der Staat gefährdet Meinungsfreiheit auch durch „Meldestellen“ und „trusted flaggers“, wie auch mit dem „sanften“ Instrumentarium staatlicher Förderung. Die Freiheit der Meinungsäußerung als die „Grundlage jeder Freiheit überhaupt“ zum Schutz des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates zu beschränken wird dessen Resilienz nicht stärken – im Gegenteil.

To see freedom of expression – “un des droits les plus précieux de l'homme” and “as such constitutive” for a liberal democracy – as a threat to the democratic order and therefore restrict it in order to protect it, ultimately endangers democracy itself. Criminal law must not be instrumentalized to suppress opinions, even if they are provocative, disturbing and “unpleasantly sharp”. Mass criminal charges filed by politicians who have the internet searched for potentially defamatory statements can have an intimidating effect and cause the “chilling effect” that endangers freedom. A privilege for “persons in political life”, who enjoy special defamation protection through Section 188 StGB, also contributes to this. If the Federal Office for the Protection of the Constitution wants to identify opinions below the threshold of criminal liability as a threat to the democratic order, it in turn endangers the liberal constitution. The state also endangers freedom of expression through “reporting offices” and “trusted flaggers”, as well as with the “soft” instruments of state funding. Restricting freedom of expression as the “basis of all freedom” to protect the liberal democratic constitutional state will not strengthen its resilience - on the contrary.

* Christoph Degenhart ist emeritierter Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Leipzig und Richter am Sächsischen Verfassungsgerichtshof a.D. Vortrag, gehalten bei der Jahrestagung des Kriminalpolitischen Kreises in München am 18.10.2024; die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten.

I. Schlechthin konstituierend – gefährdend: ein Paradoxon?

Das Thema meines Referats erscheint als ein Paradoxon: Die Freiheit der Meinungsäußerung ist ein für die freiheitlich-demokratische Ordnung schlechthin konstituierendes Grundrecht. Es soll eine Gefährdung eben dieser demokratischen Ordnung sein? Auf eben dieses Paradoxon möchte ich näher eingehen. Ich werde versuchen, aufzuzeigen, dass, wenn Meinungsfreiheit als Gefährdung gesehen wird, nicht nur die Meinungsfreiheit in Gefahr ist. Vielmehr wird darüber hinaus eben auch die Demokratie selbst gefährdet. Denn zu den Grundlagen der freiheitlich-demokratischen Verfassungsordnung zählt die Meinungsfreiheit.¹

Das Paradoxon, in der Freiheit der Meinungsäußerung eine potentielle Gefährdung der Demokratie zu sehen, ist angelegt im Konzept der wehrhaften oder streitbaren Demokratie. Es soll gewährleisten, dass „Verfassungsfeinde nicht unter Berufung auf die Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt, und unter ihrem Schutz die Verfassungsordnung oder den Bestand des Staates gefährden, beeinträchtigen oder zerstören“.² Es stellt, ebenso wie das Parteiverbotsverfahren, eine deutsche Besonderheit im Vergleich der westlichen Demokratien dar, ebenso wie in der Konsequenz der Verfassungsschutz,³ der für sich in Anspruch nimmt und es als seine Aufgabe sieht, verfassungsfeindliche, die Demokratie gefährdende Äußerungen zu identifizieren.

II. „Un des droits les plus précieux de l'homme“

I. „Schlechthin konstituierend“

Die Bedeutung der freien Meinungsäußerung als elementares Menschenrecht und als konstitutives Element der Demokratie braucht an dieser Stelle nicht näher ausgeführt zu werden, hierüber besteht Konsens (oder sollte doch Konsens bestehen).⁴ Ich darf mich auf einige Zitate beschränken:

Unverändert gültig ist die Wertung des Art. 11 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789:

Art. 11 “La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme“.

¹ Zu aktuellen Gefährdungen der Meinungsfreiheit s. Degenhart, FAZ v. 24.5.2024 S. 15.

² S. OVG Münster; Urt. v. 13.5.2024 – 5 A 1218/22 – LS 1, Rn. 102.

³ Murswiek, Verfassungsschutz und Demokratie, 2020, S. 17 f.

⁴ Vgl. Degenhart, in: Bonner Kommentar, GG, 185. EL (Juli 2017), Art. 5 Rn. 32 ff.

Unverändert gültig sind auch die schon in frühen Entscheidungen des *BVerfG* getroffenen Feststellungen zu Art. 5 GG:

*Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es (das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung, d. Verf.) schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, die ihr Lebenselement ist.*⁵ – *Die Freiheit der Meinung ist ein elementares Menschenrecht. Sie ist „[...] als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte“ und „in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt.*⁶

Die Grundsatzentscheidung *New York Times v. Sullivan* aus dem Jahr 1964 beruft sich hier auf eine tief in der Nation verwurzelte Überzeugung – „a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be inhibited, robust and wide open, and it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials“⁷.

Wenn das *BVerfG* hierzu weiter ausführt, dass „das Menschenbild des Grundgesetzes und die ihm entsprechende Gestaltung der staatlichen Gemeinschaft ein „freiheitliches Lebensklima verlangen“, wie es „ohne freie Kommunikation [...] nicht denkbar“ ist⁸, wenn Meinungsfreiheit hiernach „eine der wesentlichen Grundlagen einer demokratischen Gesellschaft, eine der Hauptvoraussetzungen ihrer Entwicklung und der Entfaltung eines jeden Menschen“⁹ ist, so kommt hierin die mehrschichtige Ableitung des Grundrechts zum Ausdruck, das einerseits als Freiheit des geistigen Ausdrucks¹⁰ des Individuums und elementare Voraussetzung seiner freien Entfaltung¹¹ in der Tradition der klassischen Menschenrechte steht, das andererseits in seiner demokratiestaatlichen Funktion zu sehen ist, als konstitutives Element der freiheitlichen Demokratie.¹²

2. Schranken der Meinungsfreiheit

Auch im Übrigen brauche ich in diesem Kreis zu den Eckpunkten der Grundrechtsdogmatik des Art. 5 nicht näher einzugehen, als da sind die Allgemeinheit des den Schrankengesetzes, die Wechselwirkung zwischen Grundrecht und grundrechtsbeschränkendem Gesetz, die Varianten-

lehre des *BVerfG* wie in den Fällen der Kollektivbeleidigung.¹³ Die Vielschichtigkeit und Differenziertheit der Gesichtspunkte, die in die grundrechtlich gebotene Abwägung einzustellen sind, lassen die Funktionsabgrenzung zwischen Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit an Trennschärfe verlieren – das *BVerfG*, das ja stets betont, es beschränke sich auf spezifisches Verfassungsrecht, steigt mitunter doch sehr tief in das Fachrecht ein – besonders akzentuiert in strafrechtlichen Fällen, und hier auch in die Feststellung des Entscheidungssachverhalts, an sich Domäne der Fachgerichte. Es prüft insbesondere, ob die Instanzgerichte den Sinngehalt einer Äußerung zutreffend und grundrechtsfreundlich interpretiert haben.¹⁴

III. Gefährdungen der Demokratie? – das strafrechtliche Instrumentarium

1. Gefährdung der Demokratie und „starker Staat“: Staatsschutzdelikte?

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass auch vom Grundrecht der Meinungsfreiheit in einer Weise Gebrauch gemacht werden kann, dass bei Hinzutreten weiterer Umstände hieraus eine Gefährdung der demokratischen Ordnung erwachsen kann, belegt im StGB der dritte Titel des ersten Abschnitts des Besonderen Teils „Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats“. Er umfasst auch kommunikationsbezogene¹⁵ Straftatbestände wie Verbreitung von Propagandamitteln und Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger und terroristischer Organisationen, §§ 86, 86a StGB.¹⁶

Das *BVerfG* spricht für § 86a StGB von einem kommunikativen „Tabu“. „Es soll bereits jeder Anschein vermieden werden, in der Bundesrepublik Deutschland gebe es eine rechtsstaatswidrige politische Entwicklung in dem Sinne, dass verfassungsfeindliche Bestrebungen in der durch das Kennzeichen symbolisierten Richtung geduldet würden.“¹⁷ Kommunikationsbezogen sind auch die Verunglimpfungstatbestände der §§ 90-90c StGB. Verunglimpfungsschutz genießen seit jeher der Bundespräsident, § 90, der Staat¹⁸ und seine Symbole, § 90a, und Verfassungsorgane, § 90b, sowie neuerdings seit 2020 auch Flagge und Symbole der Europäischen Union, auch deren Hymne – als solche wird genannt die Instrumentalfassung der Ode an die Freude in Beethovens 9. Symphonie. Die Staatsschutzdelikte beschränken die Meinungsfreiheit des

⁵ BVerfGE 5, 85 (205); 7, 198 (208); 12, 113 (125); 20, 56 (97); 33, 1 (15); 35, 202 (222); 42, 163 (169); 59, 231 (266); 93, 266 (292); 102, 347 (363); vgl. auch *EGMR*, NJW 2006, 3263 ff.

⁶ BVerfGE 7, 198 (208).

⁷ Vgl. *Degenhart*, in: Bonner Kommentar, GG, Art. 5 Rn. 10.

⁸ BVerfGE 35, 202 (225).

⁹ *EGMR*, NJW 2012, 1053 Rn. 101.

¹⁰ Grundsätzlich hierzu *Scheuner*, VVDStRL 22 (1965), 1 (7 ff., 62 ff.), unter Einbeziehung auch des Art. 5 Abs. 3 GG.

¹¹ Deshalb kann eine Äußerung auch unmittelbare Realisation des Persönlichkeitsrechts und hierdurch geschützt sein, vgl. BVerfGE 97, 391 (399) (Namensnennung des Missbrauchsoffiziers).

¹² Näher *Degenhart*, Bonner Kommentar, GG, Art. 5 Rn. 57 ff.

¹³ Beispielhaft BVerfGE 93, 266; s. dazu *Degenhart*, in: *Freudenberg*, 70 Jahre NJW, 2018, S. 278, zum Gebrauch des Wortes „Mörder“; Dass die Kennzeichnung als „Mörder“ oder auch Mörderin im öffentlichen Meinungskampf durchaus großzügig verwendet werden kann, hat jüngst *LG Hamburg* im Fall einer Veganerin entschieden, die mit der bei Anhängern dieser Ernährungsrichtung nicht seltenen Rigorosität dies einer Modedesignerin entgegengeschleudert hatte – diese verwendete Leder in ihren Kreationen.

¹⁴ *BVerfG*, ZUM-RD 2022, 129: „Antisemit“.

¹⁵ I.S.v. BVerfGE 124, 300 (324).

¹⁶ Zum Normzweck s. z.B. *BayObLG*, NSTz 2003, 89 ff.

¹⁷ *BVerfG*, NJW 2009, 2805 (2806) zur Wechselwirkung zwischen Grundrecht und grundrechtsbeschränkendem Gesetz hinsichtlich Art. 5 GG.

¹⁸ *BayObLG*, Beschl. v. 21.3.2023, 203 StRR 562/22: Gleichsetzung mit faschistischem Unrechtsstaat.

Art. 5 Abs. 1 GG; angesichts der besonderen Schutzwürdigkeit der Machtkritik¹⁹ ist jedoch restriktive Deutung geboten.²⁰ Erweiternder Tatbestände und neuer Strafgesetze bedarf es jedoch nicht, sollte die Drohung, derjenige, der den Staat verhöhne, müsse es mit einem starken Staat zu tun bekommen, in dieser Richtung zu verstehen sein.²¹

2. Volksverhetzung und Menschenwürde

Im weiteren Sinn dem Schutz der demokratischen Ordnung zuzuordnen ist auch der Volksverhetzungsparagraph des § 130 StGB, denn er schützt Werte, die eben diese Ordnung konstituieren. Auch scheinen sich Tendenzen abzuzeichnen, im öffentlichen Meinungskampf den Weg über die Strafanzeige an Stelle der kommunikativen Auseinandersetzung zu gehen.²² Der Tatbestand markiert eine Schnittstelle zwischen gesellschaftlicher Kommunikation und grundgesetzlicher Kommunikationsverfassung. Denn auch von ersterem kann es abhängen, ob eine Meinungsäußerung als den öffentlichen Frieden störend empfunden wird, so dass der Straftatbestand dazu verleiten mag, den Weg über die Strafanzeige an Stelle der kommunikativen Auseinandersetzung zu gehen. Mit einer engen, auf die äußeren Umstände abstellenden Auslegung tritt die Rechtsprechung des *BVerfG* dessen Instrumentalisierung zur Unterdrückung sei es auch hochproblematischer Kommunikationsinhalte entgegen:²³ „Nicht tragfähig wäre ein Verständnis des öffentlichen Friedens, das auf den Schutz vor subjektiver Beunruhigung durch die Konfrontation mit provokanten Meinungen und Ideologien oder auf die Wahrung sozialer oder ethischer Anschauungen zielt.“²⁴ Restriktiv auszulegen ist das Tatbestandsmerkmal der Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens insbesondere dann, wenn es kommunikationsbezogen zur Geltung gebracht wird – auch „verstörende“ Diskussionsbeiträge tragen zur Meinungsbildung bei. Zurückhaltung ist auch geboten in der Annahme einer Verletzung der Menschenwürde – auch die Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 GG bzw. des Art. 10 EMRK sind Konkretisierungen der im Grundgesetz garantierten Menschenwürde.

3. Strafrechtlicher Ehrenschutz für Funktionsträger

a) Die „Mai-Beschlüsse“ des *BVerfG*

Dass der Topos der Machtkritik auch drastische Kritik nicht nur an staatlichen Institutionen, sondern auch an staatlichen Funktionsträgern zulässt, bedeutet nicht, dass letzteren nicht gleichermaßen straf- wie zivilrechtlicher Ehren- und Persönlichkeitsschutz zukommt. In den vielzitierten Mai-Beschlüssen,²⁵ in denen das *BVerfG* die

Grundlinien seiner Rechtsprechung zusammenfassend bestätigt und differenziert, setzt es insofern einen neuen Akzent, als es das öffentliche Interesse an wirksamen Persönlichkeitsschutz für Funktionsträger betont. Gleichwohl durfte einerseits das Verhalten eines Behördenleiters „als offenbar persönlich bösartig, hinterhältig, amtsmissbräuchlich und insgesamt asozial“ Antragstellern gegenüber kritisiert werden.²⁶ Nicht allerdings durften – in einem Sorgerechtsstreit – die beteiligten Richter und die Gerichtspräsidenten als „asoziale Justizverbrecher, Provinzverbrecher“ und Kindesentfremder“²⁷ bezeichnet werden, die *Rechtsbeugung begingen und Drahtzieher einer Vertuschung von Verbrechen im Amt seien*, ebensowenig die Leiterin eines Rechtsamts als „eine in stabiler und persönlichkeitsgebundener Bereitschaft zur Begehung von erheblichen Straftaten befindlichen Persönlichkeit“ mit *geistig seelischen Absonderlichkeiten*.²⁸ Vergleichsweise harmlos wirkt die Bezeichnung eines Finanzministers als „Rote Null“²⁹ – sie ist, so *BVerfG*, von Artikel 5 gedeckt.

Einen neuen, zusätzlichen Akzent seiner aktuellen Rechtsprechung setzt das Gericht auch insofern, als es auf eine besondere, erhöhte Schutzbedürftigkeit gegenüber ehrverletzenden Angriffen in den sog. „sozialen Medien“ abstellt; auch öffentliches Interesse am Persönlichkeitsschutz wird hier bejaht, da sonst die Bereitschaft schwinden könnte, öffentliche Ämter überhaupt zu übernehmen und sich für das Gemeinwohl zu engagieren. Daher liegt insbesondere unter den Bedingungen der Verbreitung von Informationen durch „soziale Netzwerke“ im Internet ein wirksamer Schutz der Persönlichkeitsrechte von Amtsträgern und Politikern über die Bedeutung für die jeweils Betroffenen hinaus auch im öffentlichen Interesse, was das Gewicht dieser Rechte in der Abwägung verstärken kann. Von einer Demokratiegefährdung sind diese Äußerungen gleichwohl weit entfernt – dies umso mehr, als Kritik an der Regierung eben nicht gleichgesetzt werden darf mit Kritik am Staat – und auch letztere ist nicht per se demokratiegefährdend.

b) Privilegierender Ehrenschutz für Politiker?

Einen sehr direkten Angriff auf die Meinungsfreiheit unter dem Vorzeichen des Schutzes der Demokratie gegen Gefährdungen bedeuten Tendenzen, die Grenzen des straflos Sagbaren zulasten der Meinungs- wie auch der Pressefreiheit zu verschieben und durch ein Sonderrecht für Politiker das strafrechtliche Instrumentarium zu verschärfen. So gilt seit 2021 für die Beleidigung „im politischen Leben stehender Personen“ der deutlich erweiterte Strafrahmen des § 188 StGB. Tatbestandliche Vorausset-

¹⁹ BVerfGE 93, 266 (293); BGH, NStZ 2004, 145 (146).

²⁰ BVerfG, ZUM 1998, 931 ff.

²¹ Kritisch zu Recht *Strate*, NJW-aktuell2025/1-2, 7.

²² Albrecht, jurisPR-StrafR 4/2022 Anm. 5 – im Ausgangssachverhalt war eine Reihe von Strafanzeigen gestellt worden.

²³ Treffend *Ladeur*, K&R 2018, 623 (624): Gegenkommunikation als das vorrangige Mittel gegen problematische Kommunikationsinhalte.

²⁴ LG Kassel, 7 Ns - 1622 Js 25245/17, Rn 155 unter Bezugnahme auf BVerfG, NJW 2018, 2861: „sterile, a-sexuelle Erotik-Duos ohne Reproduktions-Potenzial“, „bemitleidenswertes Befruchtungs-Produkt“ (Kind eines lesbischen Paares aus künstlicher Befruchtung).

²⁵ Jeweils vom 19.5.2020: BVerfG, 1 BvR 362/18, NJW 2020, 2636 ff.: Behördenleiter, zu § 185 StGB, Verurteilung aufgehoben; BVerfG, 1 BvR 2337/19, NJW 2020, 2633 ff.: § 185 StGB gegen Organe der Rechtspflege, bestätigt; BVerfG, 1 BvR 2459/19, NJW 2020, 2629 ff.: § 185 StGB wegen Schmähkritik, bestätigt; BVerfG, 1 BvR 1094/19, NJW 2020, 2631 ff.: § 185 StGB, „Rote Null“, aufgehoben.

²⁶ BVerfG, NJW 2020, 2636 Rn. 31 ff., 3.

²⁷ BVerfG, NJW 2020, 2622.

²⁸ BVerfG, NJW 2020, 2629.

²⁹ BVerfG, NJW 2020, 2631.

zung ist die Eignung der Äußerung, das öffentliche Wirken des Politikers „erheblich zu erschweren“; auch diese einengende Voraussetzung soll nach einer Gesetzesinitiative der niedersächsischen Justizministerin künftig entfallen. Dann aber würde aus einem bei gutwilliger Interpretation dem Schutz des Staates und seiner Einrichtungen zuzuordnenden Tatbestand endgültig ein privilegierender Ehrenschutzparagraph – „*all animals are equal, but some animals are more equal than others*“ (George Orwell).

In diesem Zusammenhang der Strafrechtsverschärfung zu sehen ist auch die zunehmende Anzeigenfreudigkeit gerade von Spitzenpolitikern wegen angeblich beleidigender Äußerungen von Bürgern, wenn etwa Mitglieder der Bundesregierung sich durch Kritik an ihrem Kleidungsstil beleidigt, in Kategorien des Verfassungsschutzes wohl einer „Verächtlichmachung“ ausgesetzt fühlen. Habeck stellte Strafantrag gegen einen Journalisten, der in einem Tweet geschrieben hatte, er würde „mit seiner äußeren Erscheinung in einer Ansammlung von Bahnhofsalkoholikern nicht negativ auffallen.“ Habeck hatte sich zuvor mit Kapuzenpulli auf einem Bahnsteig sitzend ablichten lassen. Beide Fälle endeten mit einem Freispruch. Ohnehin scheint der Wirtschaftsminister mit über 900 Strafanzeigen über ein besonders ausgeprägtes Ehrgefühl zu verfügen,³⁰ während die Außenministerin mit über 500 Anzeigen ihm nur wenig nachsteht.

Beobachten wir hier eine Instrumentalisierung des Strafrechts, um faktisch das Recht auf Meinungsfreiheit einzuschränken, ohne bislang de jure dessen verfassungsrechtlich geschützten Kern anzutasten? Ich sehe hier einen Einschüchterungseffekt, der der Meinungsfreiheit zuwiderläuft. Bedauerlicherweise legen die bekanntlich überlasteten Ermittlungsbehörden hier mitunter bemerkenswerten Verfolgungseifer an den Tag, wie jüngst in der „Schwachkopf“-Affäre. In einem Meme war aus „Schwarzkopf Professional“ „Schwachkopf Professional“ geworden, mit dem Bild des Wirtschaftsministers, auf dessen Strafanzeige hin die Polizei eine Hausdurchsuchung vornahm.³¹ Wer Politiker beleidigt, soll offenbar jene vielzitierte ganze Härte des Rechtsstaats fühlen, die in anderen, gravierenderen Kriminalitätsfeldern mitunter vermisst wird.

Man muss bedenken, dass hier die Risiken sehr ungleich verteilt sind; tatsächlich sehe ich hier eine Instrumentalisierung des Strafrechts. Wenn Mitglieder der Bundesregierung mit Hilfe von Agenturen und ihrer elektronischen Tools das Netz nach Beleidigungen ihrer Person durchsuchen, um dann Strafanzeigen in mehrstelliger Zahl zu stellen, kann dies in der Tat jene einschüchternde Wirkung haben, jenen „chilling effect“³² hervorrufen, der die Freiheit der Meinungsäußerung unterdrückt.

Strafrechtlicher Ehrenschutz ist mithin unter dem spezifisch demokratischen Aspekt der Machtkritik zu sehen,

und hierbei verleiht das Gericht dem Grundrecht eine spezifisch demokratische Dimension, wenn es auch eine „gegebenenfalls beschränkte Ausdrucksfähigkeit und sonstige soziale Bedingtheit des jeweiligen Sprechers in Rechnung [...] stellen“ will.³³ Wer also grob wird, weil er nicht gelernt hat sich feiner auszudrücken, wer nicht in der Lage ist, Beleidigungen so geschickt in scheinbare Komplimente, vage Andeutungen und Anspielungen zu fassen, dass sie unangreifbar werden, soll hieraus keine Nachteile erleiden.

IV. Meinungsfreiheit, Demokratie und Gesellschaft

Unter einem weiteren, wichtigen Aspekt trägt die Rechtsprechung jedenfalls des *BVerfG* der spezifisch demokratischen Funktion der Meinungsfreiheit Rechnung, der es, so die Kammer, widerspräche, „*Anstands- und Ehrvorstellungen eines Teils der Gesellschaft allen übrigen Mitgliedern aufzuzwingen*“³⁴ – das *BVerfG* vermeidet das Wort von den „Eliten“. Zweifel am Stand der Meinungsfreiheit in Staat und Gesellschaft gehen typischerweise auch mit einer gewissen Elitenkritik einher – und möglicherweise liegt der ablehnenden Haltung derjenigen, die der Auffassung sind, man könne seine Meinung nicht mehr frei sagen, auch die Vorstellung zugrunde, ihnen sollten von einem Teil der Gesellschaft – gesellschaftlichen, politischen, insbesondere medialen Eliten – bestimmte „Anstands- und Ehrvorstellungen“ im weitesten Sinn etwa politischer Korrektheit oder Gendergerechtigkeit aufgezwungen werden – wobei es nicht entscheidend ist, ob Mutmaßungen dieser Art der Realität entsprechen. Entscheidend ist vielmehr die einschüchternde Wirkung auch nur befürchteter Nachteile.³⁵

Dass also auch gesellschaftliche Erwartungshaltungen die Freiheit der Meinungsäußerung faktisch zu verengen geeignet sind, wird von der Rechtsprechung durchaus gesehen. Und sie scheint sich auch einer Entwicklung bewusst zu sein, bei der „Teile der Gesellschaft“ ihre Vorstellungen ihren übrigen Mitgliedern aufoktroieren wollen und dass gerade hierdurch ein freies Meinungsklima in seiner essentiellen Bedeutung für eine freiheitliche Demokratie gefährdet sein könnte. Gerade diese Teile der Gesellschaft aber nehmen für sich in Anspruch, die Demokratie vor Gefahren retten zu müssen.

V. Demokratiegefährdung, wehrhafte Demokratie und Verfassungsschutz

1. „Delegitimierung des Staates“?

Meinungsäußerungen als demokratiegefährdend zu identifizieren, bedeutet Meinungsfreiheit zu beschränken – es gerät in Widerspruch zu Art. 5 GG, wenn Äußerungen unterhalb der Strafbarkeitsgrenze als verfassungsschutzrelevante – und das bedeutet nichts anderes als demokratiege-

³⁰ Vgl. *Strate*, NJW-aktuell 2025/1-2, 7.

³¹ Dies scheint bei Strafanzeigen von Politikern durchaus gängige Praxis zu sein.

³² Vgl. z.B. BVerfGE 42, 133 (142); BVerfGE 54, 129 (139); BVerfGE 83, 130 (143); BVerfGE 99, 185 (197), *Grimm*, NJW 1995, 1699 (1703); *Tinnefeld/Knieper*, MMR 2016, 156 (157).

³³ *BVerfG*, NJW 2020, 2622 Rn. 28.

³⁴ *BVerfG*, NJW 2020, 2622 Rn. 28.

³⁵ BVerfGE 7, 198 (211); BVerfGE 54, 129 (139); s. auch BVerfGE 114, 339 (353): vom Grundrechtsgebrauch abschreckender Effekt durch überhöhte Sorgfaltspflichten.

fährdende – Delegitimierung des Staates identifiziert werden. Auch wenn etwas legal sei, könne es dennoch staatswohlgefährdend sein, so der Präsident des Bundesamtes für Verfassungsschutz, der im Übrigen, unter Überschreitung seines Auftrags, mentale und verbale Grenzverschiebungen glaubt feststellen zu müssen, um die Drohung der Innenministerin mit dem starken Staat zu untermauern. Laut ihrer Kollegin aus dem Familienministerium wissen viele Demokratiefunde „ganz genau, was auf den Social-Media-Plattformen gerade noch so unter Meinungsfreiheit fällt“.³⁶ Die Formulierung „was gerade noch so unter die Meinungsfreiheit fällt“ lässt auf ein grundlegendes Fehlverständnis des Grundrechts schließen.

Wer den Staat und seine Institutionen unangemessen kritisiert, ihn „verhöhnt“ oder auf andere Weise „verächtlich macht“, will ihn, so die zugrundeliegende Vorstellung, „delegitimieren“, ihm also die Legitimität bestreiten und so die demokratische Ordnung in Verruf bringen, gefährdet also die Demokratie. Damit wird in der Tat die Meinungsfreiheit als Gefährdung der Demokratie begriffen. Wenn allerdings Meinungsäußerungen unterhalb der Strafbarkeitsgrenze als verfassungsschutzrelevant identifiziert werden, so wird damit in den Prozess der freien Meinungsbildung bereits eingegriffen, und wenn dies unter dem Vorzeichen einer Delegitimierung der staatlichen Institutionen geschieht, so verwischen sich die Grenzen zwischen Schutz der Verfassung und Schutz der Regierung.

Diesseits wie jenseits der Strafbarkeitsgrenze bewegen wir uns hier auf einem grundrechtssensiblen Feld, denn gerade aus dem Schutzbedürfnis der Machtkritik³⁷ ist der Schutz der Meinungsfreiheit erwachsen. Deshalb sind die Schranken der Meinungsfreiheit gegenüber der Kritik an staatlichen Institutionen besonders weit gezogen, und deshalb wird auch für Träger staatlicher Funktionen ein höheres Maß an Kritikunempfindlichkeit vorausgesetzt; dies entspricht auch ständiger Rechtsprechung des EGMR.³⁸ Der Verfassungsschutz verwechselt Kritik an der Regierung mit Kritik am Demokratie- und am Rechtsstaatsprinzip, seine Aufgabe ist Schutz der Verfassung und nicht Schutz der Regierung vor Kritik, die er jedoch als „Agitation“ seinerseits delegitimiert. Es handelt sich um einen unscharfen, kaum justiziablen und vom Verfassungsschutz mehr oder weniger beliebig auszufüllenden Begriff.

2. Rechtsschutz gegen den Bürger?

Wie sehr das Narrativ von der Delegitimierung des Staates das grundrechtliche Koordinatensystem zu verschieben droht, zeigt sich nicht zuletzt, dass Rechtsschutz durch die Gerichte zusehends als Rechtsschutz des Staates gegen den Bürger geltend gemacht wird – wobei wiederum die

Grenzen zwischen Schutz des Staates und Schutz der Regierung vor Kritik – als diffamierend oder verächtlich verstandener Kritik undeutlich werden. „Deutschland zahlt Millionen an die Taliban“ – eine Bundesministerin, diesmal im Ressort für Entwicklungshilfe, sah ihre Arbeit hier in einem Maße delegitimiert, dass sie eine einstweilige Verfügung beantragte und vom *KG Berlin* sogar Recht bekam, das in staatstragender Manier feststellte, die fragliche Äußerung sei geeignet, das Vertrauen der Bevölkerung in die Arbeit der Bundesregierung und des betroffenen Ministeriums und deren Funktionsfähigkeit zu gefährden. Das *BVerfG* stellte immerhin klar, dass staatliche Institutionen sich scharfer, auch durchaus polemischer und eben nicht nur konstruktiver, „berechtigter“ Kritik aus der „Bevölkerung“ stellen müssen.³⁹

Bemerkenswert ist vor allem auch, wie hier die Bundesregierung eine Gefährdung des Vertrauens der Bürger in ihre Arbeit beklagt – es obliegt den staatlichen Institutionen selbst, sich Vertrauen zu verdienen. Es entbehrt nicht einer gewissen Ironie und ist doch wiederum konsequent, wenn eine Regierung, die eben dieser Bevölkerung zusehends zu misstrauen scheint, ihrerseits gegen Meinungsäußerungen vorgeht, die sie als Ausdruck mangelnden Vertrauens sieht, sei es durch Kreation diffuser Begriffskategorien wie der einer Delegitimierung des Staates, sei es wie im Fall der Taliban-Hilfen durch Inanspruchnahme von Rechtsschutz gegen den Bürger.

3. Verfassungsschutz und wehrhafte Demokratie

Es ist vor allem der deutsche Sonderweg einer streitbaren oder wehrhaften Demokratie, der dazu führen kann, dass Meinungsfreiheit, obschon elementare Voraussetzung für Demokratie, zu ihr in Gegensatz gebracht wird. Dabei sind es vor allem Erkenntnisse des Verfassungsschutzes, die von den Verwaltungsgerichten zur Begründung der Einstufung von Parteien oder deren Teilorganisationen als Verdachtsfall herangezogen werden; dies allerdings richtet sich nicht nur gegen die betroffenen Parteien oder Vereinigungen, sondern auch, vor allem dann, wenn die Beurteilungen öffentlich gemacht werden, dies richtet sich auch gegen Meinungsinhalte, gerade auch in Bewertungen und Tabuisierungen von Meinungen Meinungsäußerungen „unterhalb der Strafbarkeitsschwelle“, die der Verfassungsschutz für extremistisch hält, macht er zwar nicht unmöglich, aber er diskreditiert sie und bringt den Äußernden zumindest in die Nähe des Extremismus. Im Parteiverbotsverfahren und dessen Vorstufen spielen sie eine gewichtige Rolle, wie in den aktuellen Entscheidungen des *OVG Münster* zu Teilorganisationen der AfD als Verdachtsfall.⁴⁰ Anhaltspunkte für demokratiefeindliche Bestrebungen können sich, so das *OVG Münster*, daraus ergeben, „dass staatliche Institutionen und Amtsträger verächtlich gemacht werden, zum Beispiel wenn die anderen demokratischen Parteien und deren Politiker in ihrer

³⁶ Vgl. *Strate*, NJW-aktuell 2024/10, 7.

³⁷ *BVerfG*, NJW 2022, 680 Rn. 31; *BVerfG*, NJW 2020, 2622 Rn. 30 unter Verweis auf *BVerfE* 93, 266 (293); *BVerfG*, NJW 1999, 204; *BGH*, NStZ 2004, 145.

³⁸ *EGMR*, NJW 1999, 1321 ff. – Oberschlick II.

³⁹ *BVerfG* (K), B.v. 11.4.2024 – 1 BvR 2290/23v- NJW 2024, 1868 nach *KG*, V.v. 14.11.2023 – 10 W 114/23 – AfP 2023, 539.

⁴⁰ *OVG Münster*, Urt. v. 13.5.2023 – 5 A 1218/22, NVwZ 2024, Beil. Nr. 3, 94 ff.; s. hierzu *Degenhart*, Staatsrecht I, 40. Aufl. (2024), Rn. 63a; s. auch *Strate*, Schriavorbehalt, beck-aktuell, 4.12.2023, online abrufbar unter: <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/magazin/detail/njw-kolumne-2023-49-schriavorbehalt> (zuletzt abgerufen am 7.1.2025).

Gesamtheit ständig pauschal in polemischer, teilweise diffamierender und verunglimpfender Weise angegriffen werden.

Das *OVG Münster* sieht hinreichende Anhaltspunkte für entsprechende Bestrebungen auch Bezug auf die in den Grundrechten konkretisierte Menschenwürde. Es ist seiner Auffassung nach die „Vielzahl von Äußerungen, die die Menschenwürde von Ausländern und Muslimen systematisch verletzen und missachten“.⁴¹ Zu Letzterem werden eine Reihe teils polemischer islamkritischer Äußerungen von Parteivertretern zitiert, m.E. gelingt es jedoch dem Gericht nicht durchweg überzeugend, hier die Brücke zum Verstoß gegen die Menschenwürde zu schlagen. So wird eine Äußerung zitiert, wonach die „Statuten“ des Islam (Koran, Scharia) „eklatant gegen unverbrüchliche, im GG garantierte Rechte“ verstoßen (Rn. 244). Dies ist so abwegig nicht, bedenkt man, dass nach der „Kairoer Erklärung“ zu den Menschenrechten im Islam, der Schutz des Individuums und jede ihm eingeräumte Freiheit unter dem Vorbehalt *der* Scharia stehen.

VI. Nudging, Meldeportale und Demokratieförderung

Aussagen mit dieser Tendenz dürften dann bereits unter Extremismusverdacht stehen, möglicherweise auch als ein Fall für das Meldeportal antimuslimischem Rassismus betrachtet werden. Auch derartige Meldeportale beeinflussen das Meinungsklima und verengen die Korridore des Sagbaren,⁴² wie auch jene staatlich und medial orchestrierten Aktionen „gegen rechts“, die staatliche Funktionsträger – hoch- und höchstrangige Funktionsträger – in eine auch verfassungsrechtlich problematische Rollenkonfusion drängten.⁴³ Bestrebungen, zum Schutz der Demokratie vor Gefährdungen freie Meinungsäußerung selbst als Gefährdung zu identifizieren, sie zu begrenzen oder doch zu steuern, etwa durch ein Demokratiefördergesetz, ist vom freiheitlichen Standpunkt aus mit Skepsis zu begegnen. Das Grundgesetz kann ein bestimmtes Meinungsklima nicht garantieren. Hier passt nun einmal tatsächlich der überstrapazierte Satz vom freiheitlichen Rechtsstaat, der die Voraussetzungen, von denen er lebt, nicht garantieren kann (*Böckenförde*). Er darf diese Voraussetzungen auf der anderen Seite aber auch nicht gefährden, auch nicht zum vorgeblichen Schutz der Demokratie.

Eben dafür sind derzeit alarmierende Entwicklungen zu beobachten, die mit dem Anspruch die Demokratie zu schützen, in bedenkliche Nähe zum Zensurverbot geraten. Bestrebungen zur Etablierung einer gesetzlichen Demokratieförderung bedrohen die Freiheit der Meinungsäußerung durch klandestine staatsseitige Einflussnahme über staatlich geförderte NGOs – ein Widerspruch in sich. *Trusted flaggers* sollen das Internet nach problematischen Inhalten durchsuchen – auch hier wird wiederum demokratisch nicht legitimierten, aber vom Staat getragenen NGOs ein im Grundgesetz nicht vorgesehener Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung eingeräumt. Die Zulassung dieser *trusted flaggers* erfolgt durch die Bundesnetzagentur, also eine staatliche Stelle – sie hat als ersten *trusted flagger* die Meldestelle „Respect!“ der Stiftung zur Förderung der Jugend in Baden-Württemberg mit Sitz in Sersheim zugelassen,⁴⁴ eine staatlich geförderte Organisation.⁴⁵

Geradezu absurd und gleichwohl hochgefährlich sind Vorschläge, die ein von der Bertelsmann Stiftung, der übertriebene Regierungserferne sicher nicht nachgesagt werden kann, organisierter „Bürgerrat“ in einem der Bundesinnenministerin übergebenen „Bürgergutachten“ zu Maßnahmen gegen fake news empfiehlt.⁴⁶ Neben konsensfähigen guten Ratschlägen zur Stärkung der Medienkompetenz wird hier u.a. ein „Desinformationsranking“ von politischen Akteuren und Akteurinnen vorgeschlagen, das rechtzeitig vor Wahlen dem Publikum zugänglich gemacht werden soll – genannt werden 2 Wochen vor Wahlen. Es soll erstellt werden durch ein „gemeinwohlorientiertes und unabhängiges Medienhaus“, beispielsweise, und nur dieses Beispiel wird genannt, durch das Magazin „Correctiv“. Man merkt die Absicht und ist, nein, nicht verstimmt, sondern alarmiert.

VII. Fazit

Aktuell ist viel die Rede von der „Resilienz“ des Grundgesetzes, die es zu stärken gilt. Die Freiheit der Meinungsäußerung als die „Grundlage jeder Freiheit überhaupt“ zum Schutz des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates zu beschränken wird dessen Resilienz nicht stärken – im Gegenteil.

⁴¹ *OVG Münster*, Urt. v. 13.5.2023 – 5 A 1218/22, NVwZ 2024, Beil. Nr. 3, 94 ff. Rn. 232, 244.

⁴² Vgl. *Degenhart*, in: GS Sachs, 2024, S. 359 ff.

⁴³ Dazu *Degenhart*, NJW-aktuell 2025/3, 7.

⁴⁴ Bundesnetzagentur, Bundesnetzagentur lässt erstmals Trusted Flagger für Online-Plattformen in Deutschland zu, Pressemitteilung, 1.10.2024, online abrufbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2024/20240927_DSC_TrustedFlagger.html (zuletzt abgerufen am 30.12.2024).

⁴⁵ Die Meldestelle ist eine Maßnahme des Demokratiezentrum Baden-Württemberg in Kooperation mit der Bayerischen Staatsregierung; das Demokratiezentrum wird seinerseits durch das Ministerium für Soziales, Gesundheit und Integration Baden-Württemberg, durch das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) im Rahmen des Bundesprogramms „Demokratie leben!“ und aus Mitteln des Bayerischen Staatsministeriums für Familie, Arbeit und Soziales gefördert; siehe: https://de.wikipedia.org/wiki/Meldestelle_Respect! (zuletzt abgerufen am 30.12.2024).

⁴⁶ Bertelsmann Stiftung, Bürgerrat „Forum gegen Fakes“ übergibt Gutachten an Bundesinnenministerin Faeser, Pressemitteilung, 12.9.2024, online abrufbar unter: <https://www.bertelsmann-stiftung.de/de/themen/aktuelle-meldungen/2024/september/buerger-rat-forum-gegen-fakes-uebergibt-gutachten-an-bundesinnenministerin-faeser> (zuletzt abgerufen am 30.12.2024).

Antisemitische Äußerungen als Gegenstand des Strafrechts

von Prof. Dr. Elisa Hoven*

Abstract

Seit einiger Zeit wird zunehmend über eine Strafbarkeit von Aussagen mit antisemitischem Charakter auf Kundgebungen und Demonstrationen diskutiert. Sowohl das Tragen sogenannter „Ungeimpft“-Sterne im Kontext der Corona-Proteste als auch antiisraelische Parolen im Nachgang der Terroranschläge der radikal islamistischen Hamas im Oktober 2023 ließen Forderungen nach strafrechtlichen Reaktionen laut werden. Der Beitrag beleuchtet das Spannungsfeld zwischen legalem Protest und strafwürdigem Antisemitismus im Lichte der Meinungsfreiheit exemplarisch anhand der genannten Beispiele und bezieht dabei die aktuelle Diskussion um eine Reform des § 130 StGB ein.

Recently, there has been increasing discussion about criminalizing statements of an anti-Semitic nature at rallies and demonstrations. Both the wearing of so-called “unvaccinated” stars in the context of the Corona protests and anti-Israeli slogans in the aftermath of the terrorist attacks by the radical Islamist Hamas in October 2023 have led to calls for criminal responses and the expansion of existing regulations. This article examines the tension between legal protest and punishable anti-Semitism, using the examples given, and incorporates the current discussion about a reform of § 130 StGB.

I. Grundsätzliches: Strafrecht zum Schutz vor Antisemitismus?

Die terroristischen Anschläge der Hamas in Israel vom Oktober 2023 haben weltweit für Entsetzen gesorgt, sie lösten jedoch auch antisemitische Reaktionen aus. In Deutschland kam es bei pro-palästinensischen Demonstrationen zu Äußerungen antisemitischer Parolen,¹ Häuser wurden mit dem Judenstern markiert² und jüdische Einrichtungen angegriffen.³

Die aktuellen Ereignisse sind Anlass für verschiedene Gesetzesinitiativen, die sich zum Ziel gesetzt haben, den Schutz jüdischen Lebens in Deutschland zu verbessern. Dies betrifft nicht nur das Aufenthalts-, Asyl- und Staatsangehörigkeitsrecht,⁴ sondern auch das Strafrecht. Vor dem Hintergrund der besonderen historischen Verantwortung Deutschlands für den Schutz jüdischen Lebens müsse der Gesetzgeber, so die CDU/CSU Fraktion im Bundestag, „ein klares Zeichen gegen Antisemitismus und jüdenfeindliche Tendenzen setzen und daher eine nachdrückliche Strafverfolgung antisemitischer Straftaten ermöglichen“.⁵ Die Sicherheit Israels und seiner Bürger sei, so hört man derzeit häufig, „deutsche Staatsräson“⁶, die konsequente Ahndung antisemitischer Straftaten daher eine unverhandelbare Aufgabe der deutschen Strafjustiz.

In der Politik wird davon ausgegangen, dass das Strafbuch Lücken im Schutz vor antisemitischer Hetze aufweist und damit der „gesamtgesellschaftlichen wie auch forensischen Bedeutung, die antisemitisch motivierten Taten zukommt, bislang nicht ausreichend Rechnung“⁷ trägt. Die eingebrachten Gesetzesvorschläge zielen auf eine Erweiterung des Strafrechts im Bereich der Äußerungsdelikte, der Bildung terroristischer Vereinigungen und bei unfriedlichen Versammlungen ab.⁸ Bereits im September 2023 wurde vom Land Nordrhein-Westfalen ein Gesetzesantrag in den Bundesrat eingebracht, mit dem vor allem Hetze in „Polizeichats“ strafrechtlich besser erfasst werden sollte.⁹

Die mit den strafrechtlichen Gesetzentwürfen verfolgten Anliegen sind grundsätzlich nachvollziehbar. Allerdings müssen Gesetzesinitiativen, die im Lichte aktueller Ereignisse vorgeschlagen werden, in besonderer Weise mit Bedacht erfolgen. Dies gilt vor allem für Strafgesetze, die tief in die Rechte der Betroffenen eingreifen.

* Prof. Dr. Elisa Hoven ist Inhaberin des Lehrstuhls für deutsches und ausländisches Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medizinstrafrecht an der Universität Leipzig. Der Beitrag verbindet – überwiegend wörtlich – zwei von der Verfasserin veröffentlichte Texte. Es handelt sich dabei um Hoven, GA 2024, 383 ff. und Hoven/Obert, NSZ 2022, 331 ff. Die Verfasserin dankt den Herausgebern für die Genehmigung zum erneuten Abdruck.

¹ Vgl. nur Kehlbach, Wie weit geht die Meinungsfreiheit?, Tagesschau, 19.10.2023, online abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/inland/gesellschaft/meinungsfreiheit-pro-palaestina-demos-100.html> (zuletzt abgerufen am 19.10.2023).

² Krappitz, Häuser mit „Judenstern“ markiert – Özdemir fordert mehr Einsatz gegen Judenhass, Frankfurter Rundschau, 15.10.2023, online abrufbar unter: <https://www.fr.de/politik/antisemitismus-krieg-israel-berlin-polizei-davidstern-judenstern-vandalismus-zr-92578690.html> (zuletzt abgerufen am 19.10.2023).

³ RBB24, Jüdische Einrichtungen mit Molotow-Cocktails angegriffen, 18.10.2023, online abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/inland/regional/berlin/rbb-juedische-einrichtungen-mit-molotow-cocktails-angegriffen-100.html> (zuletzt abgerufen am 19.10.2023).

⁴ S. dazu BR24, Antisemitismus: Buschmann plant Änderung beim Aufenthaltsrecht, online abrufbar unter: <https://www.br.de/nachrichten/deutschland-welt/antisemitismus-buschmann-plant-aenderung-beim-aufenthaltsrecht,Tu3Et8M> (zuletzt abgerufen am 22.1.2024).

⁵ BT-Drs. 20/9310, S. 2.

⁶ BT-Drs. 20/9310, S. 9.

⁷ BT-Drs. 20/9310, S. 2.

⁸ Entwurf der Bundestagsfraktion der CDU/CSU eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches zur Bekämpfung von Antisemitismus, Terror, Hass und Hetze, BT-Drucks. 20/9310, online abrufbar unter: <https://kripoz.de/2024/01/15/bekaempfung-von-antisemitismus-terror-hass-und-hetze-2/> (zuletzt abgerufen am 3.1.2025).

⁹ BR-Drs. 449/23, als Gesetzentwurf des Bundesrates BT-Drs. 20/9646 dem Bundestag zugeleitet.

Erweiterungen strafrechtlicher Bestimmungen können sinnvoll sein, wenn aktuelle Ereignisse ein Schlaglicht auf bestehende Regelungsdefizite werfen oder neue Formen strafwürdigen Verhaltens auftreten, für die das Recht bislang keine Sanktionen vorsieht. Problematisch ist eine Ausdehnung des Strafrechts hingegen dann, wenn die vorgeschlagenen Strafrechtsverschärfungen in erster Linie einer symbolischen Bekräftigung gesellschaftlicher Werte dienen und dabei die besonderen Herausforderungen und Risiken strafrechtlicher Verbotsnormen außer Acht lassen.¹⁰ Zielt die Reform auf die Regelung eines konkreten Sachverhaltes ab – und ist nicht Ausdruck einer grundlegenden und überlegten Neubewertung der Rechtslage –, so besteht die Gefahr, dass die Folgen der Gesetzesänderung nicht hinreichend bedacht werden. (Straf-)Gesetze sind in aller Regel auf eine Vielzahl unterschiedlicher Sachverhalte anwendbar. Ein Straftatbestand muss aber für jede Konstellation, die unter die Norm subsumiert werden kann, zu einer angemessenen Rechtsfolge führen, also eine Strafbarkeit als schärfste staatliche Reaktion legitimieren können.¹¹

Die Tatsache, dass eine Strafrechtserweiterung für den konkret anvisierten Fall sinnvoll ist, darf den Blick auf ihre weiterreichenden Wirkungen nicht verstellen; das gilt vor allem dann, wenn sie, wie hier, sensible Grundrechte wie die Meinungsfreiheit berührt. Eine Demokratie lebt von Rede und Gegenrede,¹² von Widerspruch zu herrschenden Vorstellungen. Meinungsfreiheit ist ein Minderheitsrecht.¹³ Diese Überzeugung bildet sich ab in einem weiten Verständnis der Meinungsfreiheit, das Äußerungen unabhängig davon schützt, ob sie „begründet oder grundlos, emotional oder rational ist, als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos“ sind.¹⁴ Die Kategorie des Rechtsstaats ist, so der ehemalige Richter am *BVerfG Masing*, „nicht die Moral, sondern das friedliche Zusammenleben“¹⁵, in einer freiheitlichen Demokratie darf Anknüpfungspunkt für ein Verbot also nicht die Gefährlichkeit einer Meinung selbst sein, sondern „erst die über den Ideenaustausch hinausgehende Gefährdung von Rechtsgütern“.¹⁶ Jedes Gesetz, das Äußerungen unter Strafe stellt, muss mit großer Vorsicht und besonnener Zurückhaltung erlassen werden.¹⁷ Es muss im Blick behalten werden, dass Strafgesetze – auch in ihrer Kumulation – die kommunikativen Freiheitsräume der Bürger nicht un-

verhältnismäßig zurückdrängen dürfen.¹⁸ Empörung – auch die berechtigte – ist hier ein Risiko für gute Gesetzgebung, denn sie verlangt nach sofortigen und harten Antworten, sie gibt Freiheit zu Gunsten von Sicherheit auf und lässt wenig Raum für kritisches Hinterfragen.

Strafrechtsänderungen als Reaktion auf aktuelle politische Ereignisse bergen zudem die Gefahr, das Strafrecht mit Erwartungen zu überfordern und zugleich effektivere Maßnahmen der Problemlösung in den Hintergrund zu drängen.¹⁹ Strafrecht kann zu einer nachhaltigen „Bekämpfung“ von Antisemitismus nur einen begrenzten Beitrag leisten; Verbote sind ein Baustein, nicht die Lösung. Der Kampf gegen antisemitischen Hass ist ein Bildungsauftrag und eine Integrationsfrage, Respekt für jüdisches Leben zu gewährleisten, Kritik an der Politik eines Staates von der Ablehnung seines Existenzrechts zu trennen, eine gesellschaftliche Herausforderung, für die eine Gesellschaft mehr investieren muss als ein Verbotsgesetz zu erlassen. Allerdings muss sich das Strafrecht an diesen Zielen auch nicht messen lassen. Ist ein Verhalten strafwürdiges Unrecht, so ist Strafe die richtige Antwort, sie muss sich nicht durch präventive Wirkungen legitimieren.²⁰

Der Beitrag möchte sich mit zwei Aspekten befassen, in denen das Spannungsverhältnis zwischen Meinungsfreiheit und Schutz vor antisemitischen Äußerungen in besonderer Weise virulent geworden ist: Das Tragen von „Ungeimpft“-Sternen als Ausdruck von politischem Protest ohne Bezug zu jüdischen Menschen (II.) und das „Leugnen“ des Existenzrechts Israels als Folge des Nahostkonflikts (III.).

II. Antisemitismus oder Protestmittel: Das Tragen von Ungeimpft-Sternen

Die Covid-19-Pandemie hat zu erheblichen gesellschaftlichen Spannungen geführt. Neben den zahlreichen Freiheitsbeschränkungen waren insbesondere die 2G-Plus-Regeln und die Diskussionen über eine Impfpflicht Anlass für intensive Auseinandersetzungen. Menschen, die sich gegen eine Impfung entschieden, wurden in der öffentlichen Diskussion teilweise heftig – und teilweise unsachlich²¹ – als unsolidarisch und als Treiber der Pandemie kritisiert. Ihnen wurde über einen langen Zeitraum der Zutritt

¹⁰ Hoven, ZStW 135 (2023), 707 (730).

¹¹ Hoven, ZStW 129 (2017), 334 (335); Kaspar, ZStW 129 (2017), 401 (402); Landau, NStZ 2015, 665 (669).

¹² BVerfG, Urt. v. 17.8.1956 – 1 BvB 2/51, BVerfGE 5, 85 (205); BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (208); BVerfG, Urt. v. 3.10.1969 – 1 BvR 46/65, BVerfGE 27, 71 (81); Kirchhof, DÖV 2024, 1 ff.

¹³ Masing, JZ 2012, 585 (586).

¹⁴ BVerfGE 90, 241 [247] = NJW 1994, 1779; Masing, JZ 2012, 585 (592); vgl. auch Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 248: „Für einen freiheitlichen Staat wäre es unangemessen, Meinungsfreiheit mit strafrechtlichen Mitteln zu regulieren und straflose Äußerungen grundsätzlich nur unter der Prämisse zuzulassen, dass die Inhalte mit der jeweils bestehenden Rechtsordnung übereinstimmen.“

¹⁵ Masing, JZ 2012, 585 (591).

¹⁶ Masing, JZ 2012, 585 (587).

¹⁷ So auch Reinbacher, NK 2020, 186 (196).

¹⁸ Rostalski, Die vulnerable Gesellschaft, 2024, S. 61 ff.

¹⁹ Hoven, ZStW 135 (2023), 707 (719).

²⁰ Hoven, ZStW 135 (2023), 707 (730); Hoven, APuZ 42-43/2021, 9 (9 f.); Rostalski, Der Tatbegriff im Strafrecht, 2019, S. 19 ff.; Walter, JZ 2019, 649 (656); Kubiciel, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 169 ff.; Duttge, in: Schumann, Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, 2010, S. 1 (10 ff.); Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, S. 80 ff.

²¹ So war etwa die Rede von einer „Tyrannei der Ungeimpften“, davon, dass die Minderheit der Impferweigerer die Mehrheit „terrorisiert“ oder davon, dass die Ungeimpften „indirekte Mörder“ seien, s. etwa Wimsalaseña, Verbale Attacken gegen Impfgegner: Spalterische Rhetorik, taz, 17.11.2021, online abrufbar unter: <https://taz.de/Verbale-Attacken-gegen-Impfgegner!/5812410/> (zuletzt abgerufen am 3.1.2025); Debionne, Polizist: „Sie sind ein indirekter Mörder, weil Sie hier andere Leute anstecken“, Berliner Zeitung, 8.12.2021, online abrufbar unter: <https://www.berliner-zeitung.de/news/polizist-sie-sind-ein-indirekter-moerder-weil-sie-hier-andere-leute-anstecken-li.199382> (zuletzt abgerufen am 3.1.2025).

zu Restaurants, Kinos und Sportveranstaltungen verweigert, ihr soziales Leben zunehmend auf den häuslichen Bereich beschränkt.

Der weitgehende Ausschluss aus dem gesellschaftlichen Leben hat bei vielen Personen ohne Impfung nicht zu einem Umdenken, sondern zu Wut auf Politik und Mehrheitsgesellschaft geführt.²² Diese äußerte sich in Telegram-Chats, auf Demonstrationen und „Spaziergängen“. Dabei wurde ein Phänomen sichtbar, das für das Strafrecht interessante Fragen aufwirft: Demonstranten trugen aus Protest gegen die Corona-Maßnahmen gelbe „Judensterne“ mit der Aufschrift „Ungeimpft“. In Berlin wurde ein Mann vom *AG Tiergarten* wegen Volksverhetzung zu einer Geldstrafe von 80 Tagessätzen verurteilt; er hatte einen gelben Davidstern mit der Aufschrift „Ungeimpft“ auf Facebook verbreitet. In dem Post war der gelbe Stern mit der Überschrift „Die Jagd auf Menschen kann nun wieder beginnen“ abgebildet.²³ In Würzburg ermittelt die Staatsanwaltschaft gegen mehrere Personen, die bei einer Demonstration gegen die Corona-Maßnahmen zwar keinen „Judenstern“, aber runde gelbe Aufkleber mit der Aufschrift „Ungeimpft“ getragen hatten.²⁴

Ob das Tragen eines „Ungeimpft“-Sterns von § 130 Abs. 3 StGB erfasst wird, hängt im Wesentlichen von zwei Aspekten ab: (1) Wird durch die Tat ein hinreichender Bezug zu einer „unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangenen Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art“ hergestellt? und (2) Ist in dem Vergleich der eigenen Situation mit der Lage der Juden im Nationalsozialismus eine „Verharmlosung“ zu sehen?²⁵

1. Die Bezugshandlung: Eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 VStGB bezeichneten Art

Nach dem Gesetzestext des § 130 Abs. 3 StGB muss sich die Tathandlung auf eine „unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art“ beziehen. In § 6 VStGB ist die Strafbarkeit des Völkermordes geregelt. Danach wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft, wer in der Absicht, eine nationale, rassische, religiöse oder

ethnische Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören,

1. ein Mitglied der Gruppe tötet,
2. einem Mitglied der Gruppe schwere körperliche oder seelische Schäden, insbesondere der in § 226 des Strafgesetzbuches bezeichneten Art, zufügt,
3. die Gruppe unter Lebensbedingungen stellt, die geeignet sind, ihre körperliche Zerstörung ganz oder teilweise herbeizuführen,
4. Maßregeln verhängt, die Geburten innerhalb der Gruppe verhindern sollen,
5. ein Kind der Gruppe gewaltsam in eine andere Gruppe überführt.

Bei Vergleichen von Ungeimpften mit der Situation der europäischen Juden während der NS-Herrschaft kommt eine Bezugnahme auf Taten nach Art des § 6 Abs. 1 Nr. 3 VStGB in Betracht. Darunter würde etwa die Schaffung unmenschlicher Lebensbedingungen durch die Einweisung der Juden in Konzentrationslager fallen.²⁶ Die Schwelle der Nr. 3 ist hierbei aber hoch anzusetzen, es geht bei allen Varianten des § 6 VStGB um solche Angriffe auf eine Gruppe, die auf eine Existenzvernichtung gerichtet sind. Es genügen grundsätzlich weder Einschränkungen der Freizügigkeit, noch die Plünderung von Eigentum und die Zerstörung kultureller Objekte; selbst die Vertreibung einer (Teil-)Gruppe ist nicht ohne Weiteres ausreichend, um die hohe Schwelle der Nr. 3 zu erreichen.²⁷

Die Verpflichtung der Juden zum Tragen eines „Judensterns“²⁸ stellt für sich genommen noch keinen Völkermord im Sinne von § 6 VStGB dar.²⁹ Dass die Pflicht zum Tragen des Sterns eine Vorstufe für die spätere Vernichtung der jüdischen Bevölkerung darstellte, genügt nach dem Wortlaut der Norm nicht.

In der Rechtsprechung wurde dieser Aspekt hingegen teilweise anders gewertet. So hatte das *AG Saarbrücken* einen Fall zu entscheiden, in dem das Bild eines „Judensterns“ gepostet worden war, wobei die Inschrift „Jude“ durch die in gleicher Schriftart dargestellten Wörter „nicht geimpft“, „AFD Wähler“, „SUV Fahrer“ und „Islamophob“ ersetzt worden war.³⁰ Das *AG Saarbrücken* bejahte

²² S. etwa forsa Politik- und Sozialforschung GmbH, Befragung von nicht geimpften Personen zu den Gründen für die fehlende Inanspruchnahme der Corona-Schutzimpfung, Ergebnisbericht, 2021, S. 21.

²³ *AG Berlin-Tiergarten*, Urt. v. 29.9.2021, (234 Cs) 231 Js 925/21 (203/21); vgl. https://www.t-online.de/region/berlin/news/id_90897426/-ungeimpft-davidstern-berliner-impfgegner-wegen-volksverhetzung-verurteilt.html (zuletzt abgerufen am 9.1.2025); s. auch B.Z. Berlin, Schluss mit der Holocaust-Verharmlosung! Polizei geht gegen Corona-Demonstranten vor, 24.1.2022, online abrufbar unter: <https://www.bz-berlin.de/archiv-artikel/schluss-mit-der-holocaust-verharmlosung-polizei-geht-gegen-corona-demonstranten-vor> (zuletzt abgerufen am 3.1.2025).

²⁴ Vgl. *Steinke*, Verharmlosung des Holocaust: Bis hierhin und nicht weiter, SZ, 16.1.2022, online abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/corona-proteste-impfskeptiker-holocaust-verharmlosung-justiz-1.5508569?reduced=true> (zuletzt abgerufen am 3.1.2025).

²⁵ Keine grundlegend neuen Fragen wirft hier das Merkmal der Eignung zur öffentlichen Friedensstörung auf; es wird daher nicht näher beleuchtet.

²⁶ *Kreß*, in: MüKo-StGB, Bd. 9, 4. Aufl. (2022), VStGB § 6 Rn. 56; *Krauß*, in LK-StGB, Bd. 8, 13. Aufl. (2021), § 130 Rn. 134; *Stegbauer* NSTZ 2000, 281 (285).

²⁷ *Kreß*, in: MüKo-StGB, VStGB § 6 Rn. 56.

²⁸ Am 1. September 1941 wurde die „Polizeiverordnung über die Kennzeichnung der Juden“ veröffentlicht, die eine „Kennzeichnungspflicht“ für alle Juden vorsah, die das sechste Lebensjahr vollendet hatten, (RGBl. 1941 I, S. 547); s. zur Vorgeschichte etwa *Mayer*, Staaten als Täter, 2010, S. 263.

²⁹ Auch *Fischer* ordnet den „Judenstern“ explizit als nicht ausreichend ein: „Auch die Verwendung des sog. „Judensterns“ als allgemeines Kennzeichen einer (kritisierten) angeblichen oder tatsächlichen Verfolgung ist weder Volksverhetzung noch Beleidigung von Juden“, siehe *Fischer*, StGB, 71. Aufl. (2024), § 130 Rn. 27.

³⁰ *AG Saarbrücken*, BeckRS 2020, 43494; bestätigt durch *OLG Saarbrücken*, BeckRS 2021, 4322. Der Post erfolgte im Oktober 2019 und damit vor Beginn der Covid19-Pandemie; der Post bezog sich also nicht auf eine etwaige Impfpflicht im Zusammenhang mit der Pandemie.

eine Strafbarkeit nach § 130 Abs. 3 StGB mit den folgenden Erwägungen:

„Im September 1941 trat die „Polizeiverordnung über die Kennzeichnung der Juden“ in Kraft. Die hierauf basierende Kennzeichnung mit dem sogenannten Judenstern, die zunächst zur sozialen Isolation und Stigmatisierung des jüdischen Volkes führte und den Prozess der Ghettoisierung weiter förderte, mündete schließlich in Berufsverboten und der schrittweisen Entrechtung und Enteignung von Juden. Die Einführung der Pflicht zum Tragen des Judensterns war damit eine der letzten Maßnahmen der Nationalsozialisten zur Vorbereitung und vor Beginn der Deportationen.“³¹

Das Gericht stützt sich ausdrücklich darauf, dass die Verpflichtung zum Tragen des „Judensterns“ eine Maßnahme zur Vorbereitung der Deportation war. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist aber die Bezugnahme auf eine Völkermordhandlung strafbar und nicht die Bezugnahme auf eine Vorbereitungshandlung für einen Völkermord. Die Auslegung des Gerichts ist daher mit dem Wortlaut von § 130 Abs. 3 StGB nicht mehr vereinbar.³²

Einen anderen Begründungsansatz wählte etwa das *AG Augsburg*. Der Angeklagte hatte ein Plakat gezeigt, auf dem sich ein gelber „Judenstern“ und der Zeitraum „1933 - 1945“ befand, auf der anderen Seite das Logo der AfD sowie der Text „2013 - ?“. Das Gericht bejahte die Voraussetzungen von § 130 Abs. 3 StGB mit der Begründung, dass „der auf dem Plakat abgebildete Judenstern ein Symbol für die Judenverfolgung schlechthin darstellt“ und der „Vergleich des Angeklagten [...] daher nur als Vergleich mit der systematischen Verfolgung der Juden verstanden werden“ könne.³³

Der „Judenstern“ wird damit nicht auf seine unmittelbare Kennzeichnungsfunktion beschränkt, sondern weitergehend als Symbol für die Vernichtung der europäischen Juden verstanden.³⁴ Dieses Verständnis findet sich teilweise³⁵ auch in der Geschichtswissenschaft, etwa wenn

Georgiev schreibt, dass der „‘Gelbe Stern‘ [...] zum Symbol für die Verfolgung und Vernichtung des europäischen Judentums durch die Nationalsozialisten geworden“ sei.³⁶ Aus geschichts- oder politikwissenschaftlicher Perspektive ist die Deutung des „Judensterns“ als allgemeines Symbol für Vernichtung und Völkermord naheliegend. In der Geschichtswissenschaft werden Sachverhalte stets auch kausal und konsekutiv in sinnhafte Zusammenhänge gestellt.³⁷ Für die rechtswissenschaftliche Normanalyse ist diese Vorgehensweise allerdings nicht übertragbar: unter die im Tatbestand beschriebenen Handlungen muss – gerade wenn hier unmittelbar auf einen Rechtstext verwiesen wird – präzise subsumiert werden; eine symbolische Ausdehnung der in Bezug genommenen Akte ist eine Überdehnung des Wortlautes.

Hinzu tritt, dass die Einordnung der vom Täter relativierten Handlung als Akt des Völkermordes nach 6 § VStGB den Straftatbestand in § 130 Abs. 3 StGB maßgeblich prägt. Dies wird insbesondere deutlich im Vergleich mit § 130 Abs. 4 StGB, der nicht an konkrete Handlungen des Völkermordes anknüpft, sondern jede Bezugnahme auf die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft genügen lässt (und im Gegenzug die Tathandlungen enger umgrenzt und ein Verharmlosen nicht erfasst). Diese vom Gesetzgeber bewusst vorgenommene Unterscheidung zwischen den beiden Tatbeständen würde eingeebnet, wenn eine symbolische Bezugnahme auf die Grausamkeiten des Holocausts auch für § 130 Abs. 3 StGB ausreichen würde.

Anders dürfte sich die rechtliche Bewertung in Fällen darstellen, in denen ein direkter Bezug zur Vernichtung von Menschen vorliegt. Im Mai 2020 hatte etwa ein Mann auf einer Anti-Corona-Demonstration in Freiburg ein Schild mit der Aufschrift „Impfen macht frei“ im Stil des Eingangstors zum Konzentrationslager Auschwitz mit der Aufschrift „Arbeit macht frei“ hochgehalten.³⁸ Hier läge aufgrund des unmittelbaren Bezugs auf das Konzentrationslager Auschwitz eine Bezugnahme auf den massenhaften Mord an Juden in Konzentrationslagern und damit

³¹ *AG Saarbrücken*, BeckRS 2020, 43494.

³² Das *AG* verwies in seinem Urteil auf die Kommentierung von *Fischer*. Die dortigen Ausführungen beziehen sich allerdings lediglich auf den Aspekt „unter der Herrschaft des Nationalsozialismus“. Die Kommentierung sagt an dieser Stelle nichts darüber aus, welche Handlungen unter § 6 VStGB fallen, s. *Fischer*, StGB, § 130 Rn. 27.

³³ *AG Augsburg*, BeckRS 2019, 57849.

³⁴ Ähnlich auch die Argumentation von *Kubiciel*, zitiert in: Kaufmann, Ist das Tragen von „Ungeimpft“-Sternen strafbar?, LTO, 2.3.2022, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/ungeimpft-judenstern-strafbar-volksverhetzung-verharmlosung-holocaust-olg-entscheidungen> (zuletzt abgerufen am 3.1.2025); s. auch *Rath*, Ist „Babycaust“ eine Volksverhetzung?, LTO, 15.2.2022, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/babycaust-volksverhetzung-ag-weinheim-haenel-annen-abtreibung-holocaust-beleidigung> (zuletzt abgerufen am 3.1.2025).

³⁵ In der geschichtswissenschaftlichen Literatur findet sich aber teilweise auch die Einordnung des „Judensterns“ als „Vorstufe zur eigentlichen Deportation der jüdischen Bevölkerung“ (*Mayer*, Staaten als Täter, S. 263) oder „entscheidende ‘Vorausmaßnahme’ für die schnelle Erfassung und den störungsfreien Abtransport der Opfer“ (*Kwiet*, in: Benz, Die Juden in Deutschland, 1933–1945: Leben unter nationalsozialistischer Herrschaft, 1993, S. 615).

³⁶ *Georgiev*, ZfG 2018, 623 ff.

³⁷ *Jordan*, in: Görres-Gesellschaft zur Pflege der Wissenschaft, Staatslexikon, 8. Aufl. (2018), Geschichtswissenschaft.

³⁸ Im Freiburger Fall wurde ein Strafbefehl wegen Volksverhetzung erlassen (50 Tagessätze), vgl. *Fritsch*, „Impfen macht frei“-Schild in Freiburg: Urteil wegen Volksverhetzung rechtskräftig, Badische Zeitung, 8.8.2021, online abrufbar unter: <https://www.badische-zeitung.de/impfen-macht-frei-schild-in-freiburg-urteil-wegen-volksverhetzung-rechtskraeftig> (zuletzt abgerufen am 3.1.2025); vgl. auch zu einem Urteil des *AG München* in einem ähnlichen Fall Spiegel, Mann muss 2500 Euro Strafe wegen „Impfung macht frei“-Eintrag bei Facebook zahlen, 2.3.2022, online abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/muenchen-mann-muss-2500-euro-strafe-wegen-impfung-macht-frei-eintrag-bei-facebook-zahlen-a-21e8dd42-d2b1-4c8a-bd17-369f3283a138> (zuletzt abgerufen am 3.1.2025).

eine Bezugnahme auf eine Handlung der in § 6 VStGB bezeichneten Art nahe.

2. Verharmlosen i.S.d. § 130 Abs. 3 StGB?

Weiterhin stellt sich die Frage, ob das Tragen eines „Ungeimpft“-Sterns als ein „Verharmlosen“ der Verbrechen an der jüdischen Bevölkerung zu verstehen ist. Dies setzt voraus, dass der Täter „das betreffende Geschehen in tatsächlicher Hinsicht herunterspielt, beschönigt, in seinem wahren Gewicht verschleiert oder in seinem Unwertgehalt bagatellisiert bzw. relativiert“.³⁹ Nach der Rechtsprechung des BGH sollen dabei „alle denkbaren Spielarten agitativer Hetze wie auch verbrämter diskriminierender Missachtung“ erfasst sein.⁴⁰ Bei relativierenden Aussagen soll „der inhaltliche Gesamtaussagewert der Äußerung aus Sicht eines verständigen Zuhörers [...] unter Berücksichtigung der Begleitumstände“ ermittelt werden.⁴¹

Hierbei stellt sich eine grundsätzliche Frage, die erstaunlicherweise weder im saarländischen noch im bayrischen „Judenstern“-Verfahren thematisiert wurde: Es ist zweifelhaft, ob auch solche Vergleiche ein „Verharmlosen“ darstellen, mit denen auf eigene Unrechtserlebnisse hingewiesen werden soll. Denn die Zielrichtung des Angriffs ist hier eine andere: Die Impfgegner möchten das den Juden unter der NS-Herrschaft zugefügte Unrecht gerade nicht bagatellisieren, sondern das eigene Leid aufwerten. Dies setzt voraus, dass die Verbrechen gegen die Juden *anerkannt* werden: Nur wer davon ausgeht, dass den Juden schwerstes Leid zugefügt wurde, kann unter Berufung auf ihre Situation die eigene Behandlung als staatliches Unrecht kritisieren.

Entsprechende Erwägungen finden sich etwa auch in verschiedenen – allerdings nicht unbestrittenen⁴² – Urteilen zu den „U-Bahn-Lied“-Fällen. Dabei handelt es sich um das Lied einer Rechtsrock-Band, das auf die Judenvernichtung in Auschwitz anspielt. Das Lied wurde von Fußballfans in abgewandelter Form zur Verhöhnung rivalisierender Fußballclubs genutzt, denen dasselbe Schicksal gewünscht wird. Sowohl das OLG Rostock als auch das OLG Dresden entschieden, dass das Singen des „U-Bahn-Liedes“ kein Verharmlosen im Sinne des § 130 Abs. 3 StGB darstelle:

„Infolgedessen lässt sich der Text des Liedes dahin interpretieren, dass den ‘Gegnern’ eine – als solche erkannte und als historische Wahrheit akzeptierte – besonders

*grausame und menschenverachtende Vernichtung gewünscht wird [...]. Einer solchen – angesichts des Gesamtgeschehens sogar nahe liegenden – Deutung stünde ein qualitatives oder quantitatives Bagatellisieren jedoch entschieden entgegen.“*⁴³

Wer, so Ostendorf, die „‘feindliche‘ Fußballmannschaft und ihre Anhänger in ein Konzentrationslager, d.h. Vernichtungslager, schicken will, verharmlost nicht diese Verbrechen, sondern ‚wünscht sie diesen an den Hals‘.“⁴⁴ Ähnlich argumentierte die Justiz im sog. „Babycaust“-Fall. Ein Abtreibungsgegner hatte im Netz folgende Ausführungen veröffentlicht: „Den Babycaust mit dem Holocaust gleichzusetzen würde bedeuten die heutigen Abtreibungsmorde zu relativieren.“; „KZ-Kommandanten oder Mörder von Ungeborenen, sind zwei Erscheinungsformen von kriminellen Menschen! Diese ‘Sumpfb Blüten’ haben denselben genetischen Code“; „Das Tor von Auschwitz wird von vielen unserer heutigen Mediziner wieder weit aufgestoßen.“ Die StA Mannheim lehnte eine Verfolgung nach § 130 Abs. 3 StGB ab.⁴⁵ Sie argumentierte laut Medienberichten damit, dass durch den Vergleich mit der Abtreibung ungeborenen Lebens keine Bagatellisierung des Holocausts in quantitativer oder qualitativer Hinsicht stattfinde. Im Gegenteil: Der Holocaust werde schließlich als „Inbegriff des Grauens“ und als „grausames Verbrechen“ beschrieben; die Äußerungen seien daher keine Verharmlosung des Holocausts, sondern eine maßlose Übertreibung des Unrechts von Schwangerschaftsabbrüchen.⁴⁶

Mit Blick auf das Tragen von „Ungeimpft“-Sternen ergibt sich dasselbe Bild. Auch hier werden die Grausamkeiten des Nationalsozialismus nicht in Abrede gestellt, sondern herangezogen, um das vermeintliche Ausmaß des eigenen Leids zu verdeutlichen. Dem wird entgegengehalten, dass in der Gleichsetzung eines offenkundig geringeren Unrechts X mit einem höheren Unrecht Y stets auch eine Abwertung von Y zu sehen sei. Rackow meint: „Wer Bezugsobjekte gleichsetzt, stellt – sozusagen mathematisch gesehen – eine Gleichung auf; Gleichungen ist nun aber eigentümlich, dass man sie nach beiden Seiten hin auflösen kann, weshalb Überlegungen zu der Frage, ob durch die Äußerung $1 = 100$ die Zahl 1 überbewertet oder die Zahl 100 unterbewertet wird, abwegig sind“.⁴⁷ Aber: Die Frage mag sich in der Mathematik nicht stellen, für die Auslegung einer Äußerung auch im Lichte der durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG verbürgten Meinungsfreiheit ist sie aller-

³⁹ BGH, NJW 2000, 2217 (2218); Schäfer/Anstötz, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 130 Rn. 82; Alienhain, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 130 Rn. 22; Heinrich, ZJS 2017, 625 (631).

⁴⁰ BGH, NJW 2000, 2217 (2218).

⁴¹ BGH, NJW 2000, 2217 (2218).

⁴² In der Rechtsprechung wurde teilweise in den „U-Bahn-Lied“-Fällen das Vorliegen eines „Verharmlosens“ entgegen der Rechtsprechung des OLG Rostock und des OLG Dresden bejaht, s. LG Cottbus, BeckRS 2009, 8008; ebenso, aber ohne Begründung OLG Braunschweig, BeckRS 2007, 8242; LG Potsdam, Urt. v. 21.2.2017 – 27 Ns 73/16; s. auch differenzierend OLG Hamm, BeckRS 2015, 119749.

⁴³ OLG Rostock, BeckRS 2008, 8158; ebenso OLG Dresden, BeckRS 2020, 28410; s. auch AG Zossen, BeckRS 2016, 16218. Linke argumentiert, der Tatbestand sei bereits deswegen nicht erfüllt, weil mit dem Lied nicht (ausdrücklich) die Juden, sondern die rivalisierenden Fußballfans in Bezug genommen werden, Linke, JR 2019, 17 (21). Dieses Argument geht aber fehl, da mit der Nennung von „Auschwitz“ unmissverständlich auf die Juden und somit auf eine von Völkermordhandlungen betroffene Gruppe Bezug genommen wird.

⁴⁴ Ostendorf, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 130 Rn. 28; s. auch Linke, JR 2019, 17 (22).

⁴⁵ Rath, Ist „Babycaust“ eine Volksverhetzung?, LTO, 15.2.2022.

⁴⁶ Rath, Ist „Babycaust“ eine Volksverhetzung?, LTO, 15.2.2022.

⁴⁷ Rackow, ZIS 2010, 366 (374); s. auch Rackow, in: BeckOK-StGB, 63. Ed. (Stand: 1.8.2024), § 130 Rn. 35.3.

dings relevant. Denn bei einem Kommunikationsakt handelt es sich nicht um eine mathematische Gleichung, sondern um einen auslegungsbedürftigen und in seinem Gesamtzusammenhang auch auslegungsfähigen Lebenssachverhalt. Dabei gilt zum Schutz der Meinungsfreiheit, dass eine strafrechtliche Sanktion nur in Betracht kommt, wenn „die dem Äußernden günstigeren Deutungsmöglichkeiten mit hinreichender Begründung ausgeschlossen worden sind“.⁴⁸ Für die Bewertung einer Aussage als Verharmlosung kommt es entscheidend auf ihren Kontext an.⁴⁹ Wird ein Vergleich bemüht, um das Unrecht des Völkermordes zu relativieren („Was den Juden passiert ist, war auch nicht schlimmer als X“), so liegt hierin eine Abwertung und Verharmlosung des im Nationalsozialismus begangenen Unrechts. Wird der Vergleich hingegen herangezogen, um eine eigene Unrechtserfahrung anzuprangern („Uns wird schwerstes Unrecht angetan, so wie den Juden im Nationalsozialismus“), so ist hierin bereits objektiv keine verharmlosende Aussage zu sehen, sondern eine überzogene Dramatisierung. Gerade im öffentlichen Meinungskampf sind aber überspitzte und polemische Äußerungen von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützt.⁵⁰ Die Übertreibung ist – nicht nur in der Satire, sondern auch in der politischen Auseinandersetzung – ein grundsätzlich legitimes Mittel, um auf die eigene Position aufmerksam zu machen.⁵¹ Das Tragen des „Judensterns“ ist eine geschmacklose und kaum erträgliche Anmaßung – eine strafbare Verharmlosung nach § 130 Abs. 3 StGB ist es allerdings nicht.

3. Zwischenfazit

§ 130 StGB wird hier zu eng ausgelegt. Wer das Tragen von Ungeimpft-Sternen als tatbestandsmäßig erachtet, der wird nicht umhin kommen, eine Vielzahl öffentlicher Äußerungen ganz anderer politischer Richtung ebenfalls als strafbar bewerten zu müssen. So wurde etwa der Wahlsieg der AfD in Thüringen in engen Zusammenhang mit der Machtergreifung durch Hitler gebracht;⁵² Vergleiche rechtspopulistischer Politiker mit Akteuren des NS-Regimes oder rechtsextremer Parteien mit der NSDAP sind immer wieder zu hören. Es läge dann nicht fern, auch solche Aussagen als verharmlosende Vergleiche einzustufen. Doch so geschmacklos und wenig klug diese Einordnungen sein mögen, in einer liberalen Demokratie müssen derartige Überspitzungen, mit denen Aufmerksamkeit auf ein Thema oder ein Problem gelenkt werden sollen, ertragen werden.

III. Die Leugnung des Existenzrechts Israels – Initiativen zur Reform von § 130 StGB –

Im Zuge pro-palästinensischer Demonstrationen wurde, teilweise begleitet durch das Verbrennen von Flaggen und gewalttätiger Auseinandersetzungen, das Existenzrecht des Staates Israels in Abrede gestellt.

Ein Gesetzentwurf der CDU/CSU-Fraktion sah vor, § 130 Abs. 1 und Abs. 2 StGB jeweils um eine dritte Tatvariante zu erweitern. Strafbar soll auch derjenige sein, der „das Existenzrecht des Staates Israel leugnet oder zur Beseitigung des Staates Israel aufruft“. Die Höchststrafe in § 130 Abs. 2 StGB soll von drei Jahren auf fünf Jahre angehoben werden. Zudem sollen Regelbeispiele ergänzt werden, die einen besonders schweren Fall vorsehen, wenn der Täter „antisemitisch handelt“.

1. Strafbarkeit nach geltendem Recht

Eine Neuregelung wäre dann nicht erforderlich, wenn Parolen wie „Tod Israel“ oder „From River to the Sea, Palestine will be free“ bereits nach geltendem Recht strafrechtlich geahndet werden könnten.

Eine Strafbarkeit nach § 130 Abs. 1 StGB wird hier meist nicht angenommen, da sich die Äußerung auf den Staat und nicht auf eine Gruppe beziehe.⁵³ Dem kann entgegengehalten werden, dass ein Staat nicht ohne ein Staatsvolk denkbar ist; Hass gegen den Staat Israel richtet sich damit stets auch gegen die Bürger Israels. Allerdings wird aus dem Erfordernis einer Störung des öffentlichen Friedens in § 130 Abs. 1 StGB abgeleitet, dass sich die Äußerung gegen eine in Deutschland lebende Gruppe richten muss.⁵⁴ Hass gegen israelische Juden wäre danach nicht erfasst.⁵⁵

Eine Strafbarkeit nach § 140 StGB wäre denkbar, wenn die Parolen in einem unmittelbaren, kommentierenden Zusammenhang zu Straftaten stehen, die gegen israelische Bürger verübt wurden. Soweit sich die Forderung nach einem Ende des Staates Israels also erkennbar auf die Taten der Hamas bezieht, kann sie als Billigung dieser Taten verstanden werden. Losgelöst von diesem Kontext greift § 140 StGB jedoch nicht ein.⁵⁶ Auch eine Bestrafung nach § 111 StGB ist allenfalls in Ausnahmekonstellationen möglich. Der Tatbestand setzt die Aufforderung zur Begehung einer Straftat voraus, die im Geltungsbereich des

⁴⁸ *BVerfG*, NJW 2006, 3769; *BVerfG*, NJW 1994, 2934 m.w.N.; *Altenhain*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 130 Rn. 2.

⁴⁹ *Ostendorf/Kuhli*, in: NK-StGB, § 130 Rn. 28.

⁵⁰ *BVerfG*, NJW 1991, 95 (96).

⁵¹ S. etwa *BVerfG*, NJW 1983, 1415; *BGH*, NJW 1987, 1398.

⁵² *Seidel*, „Machtergreifung“ in Thüringen? Parallelen zwischen AfD und NS-Zeit, WDR, 27.9.2024, online abrufbar unter: <https://www1.wdr.de/nachrichten/landtag-thueringen-vergleich-afd-nazis-100.html> (zuletzt abgerufen am 3.1.2025). Siehe auch zu einer vergleichbaren Darstellung im ZDF: *Knaube*, Maßlose Vergleiche, FAZ, 3.9.2025, online abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/afd-wahlergebnis-in-thueringen-uebertreibung-und-empoeerung-in-den-medien-19961070.html> (zuletzt abgerufen am 3.9.2025).

⁵³ *Fischer*, Ist Jubel über Terror strafbar?, LTO, 16.10.2023, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/meinung/m/frage-fische-jubel-terror-hamas/> (zuletzt abgerufen am 2.3.2024); *Hippeli*, NJOZ 2023, 1536 (1537).

⁵⁴ BT-Drs. 12/6853, S. 24; *Hilgendorf/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), Rn. 377; *Hippeli*, NJOZ 2023, 1536 (1537); *Ostendorf/Kuhli*, in: NK-StGB, § 130 Rn. 18.

⁵⁵ Ausführlich *Hoven/Witting*, KriPoZ 2024, 5 ff.

⁵⁶ S. dazu etwa *Hippeli*, NJOZ 2023, 1536 ff.

deutschen Strafgesetzbuches begangen werden soll.⁵⁷ Dies ergibt sich daraus, dass der Tatbestand nach herrschender Meinung das Rechtsgut des „inneren Gemeinschaftsfriedens“ schützen soll.⁵⁸ In Betracht kommt hingegen eine Strafbarkeit nach § 80a StGB, der das Aufstacheln zum Verbrechen der Aggression nach § 13 VStGB mit Strafe bedroht.⁵⁹ Dafür müsste die Äußerung als Aufforderung gerade zu einem Angriffskrieg verstanden werden, was – je nach Einzelfall – durchaus denkbar erscheint. Das Bundesministerium des Inneren und für Heimat hat zudem im November 2023 eine Verbotsverfügung gegen die Hamas erlassen.⁶⁰ Ausweislich der Verfügung gelte „die Parole ‚Vom Fluss bis zum Meer‘ (auf Deutsch oder anderen Sprachen)“ als Kennzeichen der Hamas.⁶¹ Sollten die Gerichte dieser Zuordnung folgen⁶², kommt eine Strafbarkeit der Äußerung dieser Parole nach § 86a Abs. 1 Nr. 1 StGB in Betracht.

Dem Gesetzentwurf ist allerdings zuzugeben, dass die geltende Rechtslage – anders als die Stellungnahmen des Bundesjustizministeriums suggerieren⁶³ – alles andere als eindeutig ist. Ob Aufforderungen zur Beseitigung des Staates Israel strafrechtlich verfolgt werden, hängt von der jeweiligen Rechtsauffassung und dem Verfolgungswillen der jeweiligen Staatsanwaltschaft ab. Es ist daher kriminalpolitisch erst einmal nachvollziehbar, Rechtssicherheit schaffen zu wollen. Hinzu tritt, dass mit Blick auf § 130 StGB tatsächlich erhebliche Schutzlücken bestehen. Das betrifft zum einen die normative Gestaltung – insbesondere den Ausschluss ausländischer Gruppen aus § 130 Abs. 1 StGB – und zum anderen die praktische Anwendung der Vorschrift, bei der noch zu häufig die Verwendung antisemitischer Codes und Chiffren übersehen wird.⁶⁴

2. Bedenken gegen die Neuregelung

a) Verbot von Meinungen oder falschen Tatsachenbehauptungen

Die Formulierung der „Leugnung“ des Existenzrechts Israels ist an § 130 Abs. 3 StGB angelehnt, der etwa die Leugnung „einer unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangenen Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art“ unter Strafe stellt. „Leugnen“ im Sinne des § 130 Abs. 3 StGB meint das Bestreiten, Inabredstellen oder Verneinen von (historischen) Tatsachen.⁶⁵ Tatsachen sind, anders als Meinungen, dem Beweis zugänglich.⁶⁶ So liegen die Dinge in § 130 Abs. 3 StGB, da der Völkermord an der jüdischen Bevölkerung eine historische Tatsache ist. Demgegenüber stehen jedoch bei Äußerungen, die sich gegen die Existenz des Staates Israel richten, nicht Tatsachenbehauptungen, sondern Meinungsäußerungen im Vordergrund. Mit der Parole „From the river to the sea, Palestine will be free“ wird etwa zum Ausdruck gebracht, dass ein Staat Palästina vom Jordan bis zum Mittelmeer reichen solle und die insoweit das Recht von Jüdinnen und Juden auf einen eigenen Staat – in diesen Grenzen – in Abrede stellt.⁶⁷ In diesem Zusammenhang wird jedoch keine Tatsache „geleugnet“, sondern eine Meinung geäußert – nämlich die Meinung, dass der Staat Israel in seiner derzeitigen Form nicht existieren *sollte*. Während die Frage, ob ein Staat gegenwärtig völkerrechtlich anerkannt *wird*, eine beweisbare Tatsache ist, gilt dies nicht für die Frage, ob ein Staat völkerrechtlich anerkannt *werden soll*. Hierbei handelt es sich um eine politische Frage, die zwangsläufig einer Bewertung zugänglich ist.⁶⁸ Auch wenn Israel selbstverständlich ein völkerrechtlich anerkannter Staat

⁵⁷ *Fahl*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. (2024), § 111 Rn. 10; *Fischer*, StGB, § 111 Rn. 6; *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 111 Rn. 30; *Rosenau*, in: LK-StGB, Bd. 7, 13. Aufl. (2020), § 111 Rn. 51. Dies ist jedoch nicht unumstritten, a.A. etwa *Bosch*, in: MüKo-StGB, § 111 Rn. 12a.

⁵⁸ *Bosch*, in: MüKo-StGB, § 111 Rn. 12a.

⁵⁹ So auch *Frister*, zitiert in: *Suliak*, Aufruf zur Auslöschung Israels straflos?, LTO, 22.1.2024, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/israel-aufruf-vernichtung-existenzrecht-leugnen-antisemitismus-straftar/> (zuletzt abgerufen am 22.1.2024).

⁶⁰ Bundesministerium des Inneren und für Heimat, Vereinsverbote, Betätigungsverbot der Terrororganisation HAMAS, online aufrufbar unter <https://www.bmi.bund.de/DE/themen/sicherheit/extremismus/vereinsverbote/vereinsverbote-node.html#:~:text=Am%202.,Terrororganisation%20HAMAS%20in%20Deutschland%20verboten> (zuletzt abgerufen am 29.2.2024).

⁶¹ Bundesministerium des Inneren und für Heimat, Vereinsverbote, Betätigungsverbot von „Samidoun – Palestinian Solidarity Network“ und Teilorganisation „Samidoun Deutschland“, online aufrufbar unter <https://www.bmi.bund.de/DE/themen/sicherheit/extremismus/vereinsverbote/vereinsverbote-node.html#:~:text=Am%202.,Terrororganisation%20HAMAS%20in%20Deutschland%20verboten> (zuletzt abgerufen am 29.2.2024).

⁶² Offengelassen in *VGH Mannheim*, Beschl. v. 17.12.2023 – 12 S 1947/23, BeckRS 2023, 38296 Rz. 29 ff.; *VGH Baden-Württemberg*, Beschl. v. 21.10.2023 – 3 S 1669/23 Rn. 10; *VGH München*, Beschl. v. 19.10.2023 – 10 CS 23.1862, BeckRS 2023, 30057 Rn. 26. Das *VG Berlin* bejaht den Anfangsverdacht der §§ 86a Abs. 1 Nr. 1, 86 Abs. 2 StGB, siehe *VG Berlin*, Beschl. v. 20.12.2023 – VG 1 L 507/23, BeckRS 2023, 37849 Rn. 12. Gegen eine Strafbarkeit hingegen *VG Münster*, Beschl. v. 17.11.2023 – 1 L 1011/23, BeckRS 2023, 32616 Rn. 20 f. Siehe auch *Kolter*, „From the River to the Sea“ plötzlich straflos?, LTO, 15.11.2023, online abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/hamas-parole-river-sea-palaestina-palestine-free-israel-antisemitisch-antisemitismus-billigung/> (zuletzt abgerufen am 29.2.2024).

⁶³ *Suliak* (Fn. 59).

⁶⁴ *Hoven/Witting*, KriPoZ 2024, 5 (7-10).

⁶⁵ *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 130 Rn. 19.

⁶⁶ *Kaiser*, in: Dreier, GG, 4. Aufl. (2023), Art. 5 Abs. 1 Rn. 61 m.w.N.

⁶⁷ Vgl. hierzu *Kolter/Suliak*, Auch Union im Bundestag will neuen Straftatbestand, LTO, 24.10.2023, online abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/antisemitismus-antisemitisch-israel-palstina-hamas-poseck-union-cdu-volksverhetzung/> (zuletzt abgerufen am 11.12.2023).

⁶⁸ So auch *Steinbeis*, Sonderrecht, Verfassungsblog, 27.10.2023, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/sonderrecht/> (zuletzt abgerufen am 11.12.2023).

ist, ist die Frage, ob er es auch sein oder bleiben sollte, ob er also einen *Anspruch* auf Existenz hat, einer Wertung zugänglich.⁶⁹ Eine Meinung, die aufgrund ihrer Wertungsbezogenheit ohnehin nicht dem Beweis zugänglich ist, kann aber nicht „geleugnet“ werden.

Die Formulierung des Tatbestandes kaschiert damit die wahre Natur der Vorschrift: Es geht bei den neuen Tatvarianten nicht um die Pönalisierung des Leugnens einer Tatsache, sondern um das Verbot der Äußerung einer Meinung.

b) Legitime Einschränkung der Meinungsfreiheit durch ein nicht allgemeines Gesetz?

§§ 130 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 3 StGB-E greifen in das Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ein. Die Meinungsfreiheit ist nicht beschränkt auf Äußerungen, die im Einklang mit der Verfassung stehen; das Grundgesetz erzwingt keine Werteloyalität.⁷⁰ Grundle- gend hat das *BVerfG* in seiner „Wunsiedel“-Entscheidung dazu ausgeführt, dass selbst „die Verbreitung nationalso- zialistischen Gedankenguts als radikale Infragestellung der geltenden Ordnung nicht von vornherein aus dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG heraus[fällt]“.⁷¹

Das Grundrecht der Meinungsfreiheit kann nach Maßgabe des qualifizierten Gesetzesvorbehalts des Art. 5 Abs. 2 GG nur durch allgemeine Gesetze eingeschränkt werden. Darunter sind Gesetze zu verstehen, die „nicht eine Mei- nung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äuße- rung der Meinung als solche richten, die vielmehr dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine be- stimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen“.⁷² Damit statuiert Art. 5 Abs. 2 GG grundsätzlich ein striktes Diskriminierungsverbot gegenüber bestimmten – selbst gegenüber verfassungsfeindlichen – Meinungen.

Vor diesem Hintergrund sind die geplanten neuen Tatva- rianten in § 130 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 3 StGB-E verfas- sungsrechtlich nicht haltbar. Entscheidend für die Einord- nung als allgemeines Gesetz ist die Frage, ob eine Norm an Meinungsinhalte anknüpft oder losgelöst von einer konkreten inhaltlichen Positionierung formuliert ist. Ein allgemeines Gesetz darf sich nicht gegen eine Meinung als solche richten, sondern muss dem Schutz eines schlech- tin ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schüt-

zenden Rechtsguts dienen.⁷³ Es fehlt an der Allgemeinheit eines Gesetzes, wenn eine inhaltsbezogene Meinungsbe- schränkung nicht hinreichend offen gefasst ist und sich von vornherein nur gegen bestimmte Überzeugungen, Haltungen oder Ideologien richtet.

Die vorgeschlagenen Tathandlungen sind erkennbar nicht inhaltsförmig formuliert, sondern beziehen sich ausschließ- lich auf Meinungsäußerungen, mit denen eine bestimmte, ablehnende Haltung zum Existenzrecht des Staates Israel zum Ausdruck gebracht wird.⁷⁴ Sie beschränken sich ge- rade nicht auf abstrakt-inhaltsbezogene, für verschiedene Haltungen offene Kriterien; vielmehr sind die Tatbestände als Antwort auf einen ganz konkreten Konflikt des aktu- ellen öffentlichen Meinungskampfes gedacht – und damit nachgerade Paradebeispiele für ein nicht-allgemeines Ge- setz. Bei § 130 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 Nr. 3 StGB-E han- delt es sich also um ein Sonderrecht, das einen Eingriff in die Meinungsfreiheit grundsätzlich nicht zu rechtfertigen vermag.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz hat das *BVerfG* für § 130 Abs. 4 StGB anerkannt, mit dem die Billigung, Ver- herrlichung oder Rechtfertigung gerade der nationalsozi- alistischen Gewalt- und Willkürherrschaft unter Strafe ge- stellt wird.⁷⁵ Das Gericht begründet die Zulässigkeit des Sonderrechts damit, dass das „menschenverachtende Re- gime dieser Zeit [...] für die verfassungsrechtliche Ord- nung der Bundesrepublik Deutschland eine gegenbildlich identitätsprägende Bedeutung [habe], die einzigartig ist“.⁷⁶ Der offene Widerspruch zu Art. 5 Abs. 2 GG wird dadurch aufgelöst, dass das „bewusste Absetzen von der Unrechtsherrschaft des Nationalsozialismus historisch zentrales Anliegen aller an der Entstehung wie Inkraftset- zung des Grundgesetzes beteiligten Kräfte“ war; insoweit sei die Befürwortung der nationalsozialistischen Herr- schaft „ein Angriff auf die Identität des Gemeinwesens nach innen mit friedensbedrohendem Potenzial“ und „mit anderen Meinungsäußerungen nicht vergleichbar“.⁷⁷ Die Ausführungen des *BVerfG* zeigen zweifelsfrei, dass es sich bei § 130 Abs. 4 StGB um eine „auf andere Konflikte nicht übertragbare einzigartige Konstellation“ handelt und eine Ausnahme von Art. 5 Abs. 2 GG allein für Vorschrif- ten gelten kann, „die auf die Verhinderung einer propa- gandistischen Affirmation der nationalsozialistischen Ge- walt- und Willkürherrschaft zwischen den Jahren 1933 und 1945 zielen“.⁷⁸ Auch wenn das Existenzrecht Israels

⁶⁹ Ähnlich auch *Conen*, Stellungnahme zu BT-Drs. 20/9310, Januar 2024, 7 f., online abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/986248/1107a7ae58ca35c832f81ec002157fcd/Stellungnahme-Conen_DAV.pdf (zuletzt abgerufen am 3.1.2025).

⁷⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 24.3.2001 – 1 BvQ 13/01, NJW 2001, 2069 (2070); *BVerfG*, Beschl. v. 15.9.2008 – 1 BvR 1565/05, NJW 2009, 908 (909).

⁷¹ *BVerfG*, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 – Wunsiedel, BVerfGE 124, 300 (321).

⁷² Ständige Rspr., vgl. *BVerfG*, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (209 f.); *BVerfG*, Beschl. v. 26.5.1970 – 1 BvR 657/68, BVerfGE 28, 282 (292); *BVerfG*, Beschl. v. 19.11.1985 – 1 BvR 934/82, BVerfGE 71, 16 (175 f.); *BVerfG*, Beschl. v. 10.10.1995 – 1 BvR 1476/91, 1 BvR 1980/91, 1 BvR 102/92, 1 BvR 221/92, BVerfGE 93, 266 (291).

⁷³ *BVerfG*, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 – Wunsiedel, BVerfGE 124, 300 (321 f.).

⁷⁴ Anders, aber ohne Beleg oder weitere Argumentation *Franck*, Stellungnahme zu BT-Drs. 20/9310, 11.1.2024, S. 4 f., online abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/986250/2a6481f01ef9469fe82e359b93c0826/Stellungnahme-Franck_ZAB-Bayern.pdf (zuletzt abgerufen am 3.1.2025).

⁷⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 – Wunsiedel, BVerfGE 124, 300 (327).

⁷⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 – Wunsiedel, BVerfGE 124, 300 (328).

⁷⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 – Wunsiedel, BVerfGE 124, 300 (328 f.).

⁷⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 – Wunsiedel, BVerfGE 124, 300 (329.). So auch *Kaiser*, in: Dreier, GG, Art. 5 Abs. 1 Rn. 132.

historisch mit dem Unrecht des Nationalsozialismus verknüpft ist,⁷⁹ können keine strafrechtlichen Sondervorschriften für Meinungsäußerungen, die dieses Recht in Frage stellen, erlassen werden.

3. Alternative Lösungsmöglichkeiten

Sinnvoller als die Einführung einer speziellen Norm zum Schutz vor Äußerungen, die das Existenzrechts Israels angreifen, wäre eine grundlegende Neustrukturierung des Tatbestandes der Volksverhetzung. Da eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Reform von § 130 StGB bereits an anderer Stelle erfolgt ist,⁸⁰ sollen hier nur einige wenige Worte verloren werden. Die derzeit geltende Beschränkung von § 130 Abs. 1 StGB auf inländische Gruppen über das Tatbestandsmerkmal der Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens ist weder nach dem Wortlaut der Norm noch im Hinblick auf ihre Ratio überzeugend. Dient die Strafbarkeit der Volksverhetzung richtigerweise dem vorgelagerten Schutz von Individualrechten, ⁸¹ so ist es nicht erforderlich, dass sich die verhetzende Äußerung gerade gegen einen in Deutschland lebenden Teil der Gruppe richtet. Hass gegen Juden in Israel oder gegen Geflüchtete außerhalb der deutschen Grenzen kann auf die im Inland lebenden Mitglieder der Gruppe zurückwirken und ihre Rechtsgüter gefährden. Dies liegt in dem besonderen Botschaftscharakter gruppenbezogener Äußerungen begründet: Sie entfalten über die konkret benannte Teilgruppe hinaus Wirkkraft bezüglich aller anderen Personen, die den entsprechenden Identifikationsfaktor teilen.⁸² Gerade im Rahmen des eskalierenden Nahostkonflikts ist offen zutage getreten, dass sich Wut gegen eine Gruppe im Ausland – die Juden in Israel – auch in Hass gegenüber einer Gruppe in Deutschland – den hier lebenden Juden – manifestieren kann. Jedenfalls dann, wenn Teile einer Gruppe in Deutschland leben, sind verhetzende Äußerungen auch dann strafwürdig, wenn ihre unmittelbaren Adressaten Gruppenmitglieder außerhalb Deutschlands sind.⁸³

Bei einer Reform von § 130 StGB steht der Schutz von Juden und Jüdinnen als Personen und als Gruppe im Vordergrund. Soll hingegen der Staat Israel selbst strafrechtlichen Schutz genießen, so müsste eine allgemeine Regelung getroffen werden, die sich sinnvoll nicht in den Kontext von § 130 StGB, sondern in den 3. Abschnitt des StGB (§§ 102 ff. StGB) – Straftaten gegen ausländische Staaten – einordnet. Denkbar wäre die Einführung eines neuen § 103 StGB, die das Auffordern zur gewaltsamen Beseitigung eines Staates unter Strafe stellt, zu dem Deutschland diplomatische Beziehungen unterhält.⁸⁴

Eine solche Regelung wäre systematisch schlüssig; wenn etwa das verunglimpfende Zerstören einer Flagge in § 104 StGB strafbar ist, erscheint es kriminalpolitisch gut vertretbar, vergleichbare verbale Äußerungen ebenfalls zu sanktionieren. Schutzzweck wäre hier sowohl der Schutz des ausländischen Staates mit seinen Organen und Einrichtungen als auch das Interesse der Bundesregierung an ungestörten Beziehungen zu diesem Staat.⁸⁵ Für § 104 StGB ist anerkannt, dass mit der strafrechtlichen Sanktion auch der Eindruck vermieden werden soll, die Bundesrepublik toleriere Aufforderungen zur gewaltsamen Beseitigung eines anderen Staates auf deutschem Boden oder mache sich diese Aufforderung gar selbst zu eigen.⁸⁶ Diese Überlegung lässt sich auf verbale Äußerungen von erheblichem Gewicht übertragen.

Auch ein solcher Tatbestand würde zwar in den Schutzbereich der verfassungsrechtlich garantierten Meinungsfreiheit eingreifen. Durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken bestünden hier aber – anders als bei dem Vorschlag zur Pönalisierung der Leugnung des Existenzrechts in § 130 StGB – nicht. Ein neuer § 103 StGB würde die Aufforderung zur gewaltsamen Beseitigung eines jeden Staates, zu dem Deutschland diplomatische Beziehungen unterhält. Die allgemeine Formulierung gewährleistet, dass die Norm im politischen Kräftefeld gegenüber verschiedenen Gruppierungen offen ist und sich die verbo-

⁷⁹ So auch *Lang*, Stellungnahme zu BT-Drs. 20/9310, 15.1.2024, S. 3, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/986254/d1d39e1196ee57df515c6d3283962169/Stellungnahme-Lang.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.1.2025). Nicht überzeugend ist hingegen das Argument, dass bei Betrachtung der Parallelität zwischen der jüngsten deutschen und israelischen Geschichte „friedensgefährdende, verbale Angriffe auf die Existenz des Staats Israel zugleich einen Angriff auf die ‘Identität des Gemeinwesens’ im Sinne des *BVerfG* sind und damit die Schaffung nichtallgemeiner Tatbestände rechtfertigen“, *Kubiciel*, Stellungnahme zu BT-Drs. 20/9310, S. 6, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/986252/68a33b23778287dbe5e8ab2a2552ee1b/Stellungnahme-Kubiciel.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.1.2025). *Kubiciel* selbst sieht in seiner Stellungnahme insoweit auch ein „nicht unerhebliches Prozessrisiko“.

⁸⁰ *Hoven/Witting*, KriPoZ 2024, 5 (11 ff.).

⁸¹ *Hoven/Witting*, KriPoZ 2024, 5 (7).

⁸² Vgl. zu diesem Botschaftscharakter auch schon *Heuser/Witting*, in: *Hoven*, Das Phänomen „Digitaler Hass“, 2023, S. 37 (45) und *Schmidt/Witting*, KriPoZ 2023, 190 (192) im Kontext der Beleidigungsdelikte. Vgl. allgemeiner zu Botschaftsverbrechen anstatt vieler und m.w.N. *Schmidt*, in: *Mangold/Payandeh*, Strafrechtlicher Schutz vor Diskriminierung und Hasskriminalität, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, S. 881 (887).

⁸³ Eine restriktive Auslegung der Norm könnte mit Blick auf das Schutzgut allenfalls dann vertretbar sein, wenn in Deutschland keine Mitglieder der Gruppe leben, der Hass also keine Gefahren für Rechtsgüter im Inland bedeuten kann. Eine solche Konstellation dürfte angesichts der globalen Verflechtungen faktisch keine Rolle spielen.

⁸⁴ Einen vergleichbaren Vorschlag hat das Tikvah Institut unterbreitet: Bestraft werden soll das Aufrufen zur Vernichtung eines Staates, der Mitglied der Vereinten Nationen ist, oder die Billigung der Vernichtung. Zur Begründung der Strafwürdigkeit stützt sich der Vorschlag allerdings darauf, dass mit der Artikulation antisemitischer Vernichtungsphantasien regelmäßig der öffentliche Frieden in Deutschland gestört werde. Überzeugender erscheint es, wie dargelegt, allerdings, in den §§ 102 ff. StGB nicht den öffentlichen Frieden, sondern den Schutz des ausländischen Staates und Schutz des Interesses der BRD an ungestörten Beziehungen zu diesem Staat in den Blick zu nehmen. Tikvah Institut, in: *Beck/Tikvah Institut*, Mögliche juristische und rechtspolitische Antworten auf BDS, 2023, S. 8, 34 f.

⁸⁵ Siehe etwa: *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 30. Aufl. (2023), Vorb. §§ 102 ff. Rn. 1; *Kreß*, in: *MüKo-StGB*, Vorb. § 102 Rn. 5; *Kuhli*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 102 Rn. 1.

⁸⁶ *Kargl*, in: *NK-StGB*, § 104 Rn. 1a.

tene Meinungsäußerung aus unterschiedlichen politischen, religiösen oder weltanschaulichen Grundpositionen ergeben kann.⁸⁷ Damit handelt es sich um ein allgemeines Gesetz, das einen Eingriff in die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG rechtfertigen könnte.⁸⁸ Gegenstand des strafrechtlichen Verbotes wäre zudem nicht der Aufruf zu einem politischen Umsturz, sondern ausschließlich das Streben nach einer gewaltsamen Beseitigung des Staates als solchem.

Gleichwohl wurde der Vorschlag in der Diskussion des Kriminalpolitischen Kreises weit überwiegend kritisch gesehen. Die Einwände bezogen sich vor allem darauf, dass es – gerade bei Unrechtsregimen – Ausdruck legitimer Meinungsfreiheit sein kann, einen Regimewechsel auch unabhängig von vorgesehenen Wahlen anzustreben.

IV. Fazit

Der Impuls, antisemitische Straftaten konsequent zu verfolgen, ist richtig. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, dass sich strafrechtliche Verbote in einem sensiblen Spannungsverhältnis zur Meinungsfreiheit bewegen. Das Grundgesetz schützt aus guten Gründen auch Auffassungen, die für uns als Gesellschaft schwer zu ertragen, die irrational, ungerecht oder anmaßend sind. Die Verfassung setzt darauf, dass ihnen „mit bürgerschaftlichem Engagement begegnet und letztlich in Freiheit die Gefolgschaft verweigert wird.“⁸⁹

Antisemitische Hetze überschreitet allerdings die Grenze zur zulässigen Meinungsäußerungsfreiheit. Eine Streichung von § 130 StGB kann daher, trotz seiner offenkundigen Unschärfen, keine Alternative sein. Stattdessen sind folgende Punkte wichtig.

(1) Eine grundlegende Überarbeitung des in seiner geltenden Fassung wenig glücklichen Volksverhetzungstatbestandes wäre wünschenswert. Dabei sollte insbesondere die Beschränkung auf inländische Gruppen aufgehoben werden, da hetzerische Äußerungen gegen Juden in Israel auf in Deutschland lebende Juden zurückwirken.

(2) Die Strafverfolgungsbehörden müssen dafür sensibilisiert werden, antisemitische Hetze von Israelkritik zu unterscheiden. Dies gilt in beide Richtungen: Weder darf legitime Israelkritik als Antisemitismus fehlverstanden werden noch darf tatsächlich antisemitische Hetze erfolgreich als politische Kritik getarnt werden können.

(3) § 130 StGB sollte von den Strafverfolgungsbehörden und den Gerichten restriktiv ausgelegt werden. Dabei ist, das zeigen die Fälle der „Ungeimpft-Sterne“, besonders darauf zu achten, dass die Anwendung von § 130 StGB unabhängig von einer eigenen politischen Position abhängig gemacht wird.

⁸⁷ Ähnlich auch GdP, Stellungnahme zu BT-Drs. 20/9310, 11.1.2024, S. 6, online abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/985962/fb79c9cc5e65ced492e105e14517f39f/Stellungnahme-Hueber_GdP.pdf (zuletzt abgerufen am 3.1.2025), die für eine Strafbarkeit der Delegitimierung von Staaten im Hinblick auf alle von den Vereinten Nationen anerkannten Staaten plädieren.

⁸⁸ Ähnlich auch *Kubicjel*, Stellungnahme zu BT-Drs. 20/9310, S. 7.
⁸⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 – Wunsiedel, BVerfGE 124, 300 (334).

Die Rolle des Strafrechts bei antisemitischen Äußerungen: Notwendig, aber bescheiden!

von Prof. Dr. Dr. h.c. Cornelius Prittwitz*

Abstract

Antisemitismus ist widerlich und menschenverachtend. Deutschland mit seiner Geschichte wendet sich zu Recht entschieden moralisch, politisch und auch rechtlich gegen alten und neuen Antisemitismus. Das Strafrecht spielt dabei durchaus eine wichtige Rolle. Denn Hetze und Beleidigung beschädigen und gefährden den (Rechts-) Frieden in der Gesellschaft. Speziell in der Gesellschaft sozialer Medien handelt es sich keinesfalls um Bagatellen. Andererseits stellt die Meinungsfreiheit eine konstitutive Bedingung freiheitlicher Demokratie dar. Deswegen muss die Rolle des Strafrechts eine bescheidene sein, wenn es um Beschränkungen der Meinungsfreiheit geht, und das gilt auch im Kontext von Antisemitismus. Antisemitische Hetze ist unerträglich! Wo sie strafrechtlich relevant ist, kann und soll sie de lege lata verfolgt und bestraft werden. Neukriminalisierungen sind dagegen (auch) in diesem Bereich weder notwendig noch sinnvoll.

Anti-Semitism is disgusting and inhuman. Germany, with its history, rightly takes a decisive moral, political and legal stance against old and new anti-Semitism. Criminal law certainly plays an important role in this. After all, hate speech and insults damage and endanger (legal) peace in society. Especially in the society of social media, this is by no means a trivial matter. On the other hand, freedom of expression is a constitutive condition of liberal democracy. For this reason, the role of criminal law though important must be a modest one when it comes to restrictions on freedom of expression, and this also applies in the context of anti-Semitism. Anti-Semitic incitement is intolerable! Where it is criminally relevant, it can and should be prosecuted and punished de lege lata. However, new criminalizations in this context are neither necessary nor meaningful.

* Prof. (em.) Dr. Dr. h.c. Cornelius Prittwitz ist Mitglied des Instituts für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Der Text gibt seinen unwesentlich überarbeiteten, insbesondere in der Vortragsform belassenen, und mit wenigen Nachweisen versehenen, Vortrag auf der Jahrestagung des Kriminalpolitischen Kreises am 18. Oktober 2024 wieder.

I.

Frage: Können antisemitische¹ Äußerungen Gegenstand des Strafrechts sein? Man muss nicht nachdenken, um „Ja, natürlich!“ zu antworten. Frage: Sind antisemitische Äußerungen Gegenstand des Strafrechts? „Das kommt darauf an!“ dürfte die klassische Antwort von uns Jurist:innen sein. Die allein ernsthaft zu diskutierende und auch mit Nachdenken nicht leicht zu beantwortende Frage lautet: Sollen antisemitische Äußerungen vermehrt oder verstärkt Gegenstand des Strafrechts sein?

Diese Frage stellt sich für uns im Kriminalpolitischen Kreis nicht nur, aber auch wegen der zur Zeit² im Gesetzgebungsverfahren beratenen Vorschläge der CDU/CSU-Fraktion im Bundestag³ und des Landes NRW.⁴ Und die Frage stellt sich auch nicht nur, aber auch wegen der Anschläge der Hamas im Oktober 2023, ebenfalls wegen der Reaktion Israels auf diese Anschläge und schließlich auch und vor allem wegen der Ausbreitung der seismischen Wellen dieses terroristisch-militärischen Erdbebens bis nach Deutschland.

Mögliche Antworten darauf sind im Kontext von vier (eigentlich fünf) Themenkreisen zu sehen: Es geht um (1) Ad hoc-(Straf-)Gesetzgebung; (2) Strafrecht als ultima ratio; (3) Symbolisches Strafrecht und (4/5) Meinungsfreiheit und Antisemitismus in Deutschland.

II.

Elisa Hoven und Michael Kubiciel haben im Juli-Heft von Goldammer's Archiv „vorgearbeitet“. Ich kann in vielerlei Hinsicht daran anschließen, weil es kaum ernsthafte Meinungsunterschiede gibt.

¹ Auf die Diskussion über einen treffenden – nicht zu engen, nicht zu weiten – Begriff des Antisemitismus kann an dieser Stelle nicht ausführlich eingegangen werden – Wenig überzeugend und für das Strafrecht schlicht ungeeignet erscheint die Definition der IHRA „Antisemitismus ist eine bestimmte Wahrnehmung von Jüdinnen und Juden, die sich als Hass gegenüber Jüdinnen und Juden ausdrücken kann. Der Antisemitismus richtet sich in Wort oder Tat gegen jüdische oder nichtjüdische Einzelpersonen und/oder deren Eigentum sowie gegen jüdische Gemeindeinstitutionen oder religiöse Einrichtungen.“ (<https://holocaustremembrance.com/resources/arbeitsdefinition-antisemitismus>). Leider hat sich auch der Bundestag darauf bezogen (BT-Drs. 19/10191 und zuletzt BT-Drs. 20/14703). Vorzugswürdig erscheint eine kürzere und eindeutiger Definition wie z.B. „Antisemitisch motiviert sind Worte und Taten, die sich gegen Jüdinnen und Juden oder gegen jüdische Gemeindeinstitutionen oder religiöse Einrichtungen gerade wegen ihrer Eigenschaft als jüdische Person oder Institution wenden.“

² Der Vortrag wurde vor dem Bruch der Ampelkoalition gehalten.

³ BT-Drs. 20/9310.

⁴ BR-Drs. 449/23; dem Bundestag als Gesetzentwurf zugeleitet als BT-Drs. 20/9646.

Elisa Hovens Fazit⁵ ist nahezu uneingeschränkt zuzustimmen, namentlich in ihrem Hinweis auf die Risiken von ad-hoc-Gesetzgebung, in ihrer Kritik an den Vorschlägen zu den konkreten Reformvorschlägen zu § 130 StGB und auch in ihrem Vorschlag einer grundlegenden Überarbeitung dieser Vorschrift, aber auch in ihrer Ansicht, dass „antisemitische Hetze die Grenze zur zulässigen Meinungsäußerung“ bereits *de lege lata* überschreitet.⁶

Und auch an *Michael Kubiciels* Fazit⁷ ist wenig auszusetzen: Ja, das Strafrecht kann den öffentlichen Frieden nicht *garantieren*, ebenso selbstverständlich können antisemitische Äußerungen nicht wegkriminalisiert werden. Und auch *im Ergebnis* stimme ich zu: Es ist keineswegs „per se unvernünftig oder illegitim“, alte oder neue „Strafbarkeitslücken“ zu schließen. Ich würde, weil der Begriff „Strafbarkeitslücken“ das Missverständnis erlaubt, das gesellschaftliche Leben sollte lückenlos unter der Kuratel des Strafrechts stehen,⁸ es wohl anders nennen. Nachdrückliche Zustimmung verdient schließlich sein Appell, der Gesetzgeber möge im Kampf gegen den Antisemitismus keine neuen Straftatbestände schaffen, die mehr versprechen als sie halten können. Last not least: Wie *Kubiciel* bin ich dezidiert der Ansicht, dass die – im Zusammenhang mit dem Existenzrecht Israels immer wieder erwähnte – „Staatsräson“ Deutschlands definitiv der (Außen-) Politik überlassen bleiben sollte.

III.

Zu den soeben benannten fünf Themenbereichen kann ich in zwanzig Minuten nur Thesen vorschlagen und sie allenfalls plausibilisieren, aber nicht begründen. Dabei werde ich zwei Topoi nur mit wenigen Sätzen berühren: nämlich die Problematik der „ad hoc-Gesetzgebung“ und die Diskussion um den altehrwürdigen Satz, das Strafrecht sei „ultima ratio“ und müsse es auch bleiben. Dazu ist, erstens, schon seit langem Vieles und Zutreffendes gesagt und geschrieben worden, und zweitens erwarte ich bei diesen Themen keine großen Meinungsverschiedenheiten, zumal ich meine Thesen *dazu* sehr vorsichtig formuliere. Etwas ausführlicher werde ich mich mit Aspekten des „symbolischen Strafrechts“ befassen, um mich abschließend dem nicht zu beseitigenden Spannungsfeld zwischen Meinungsfreiheit und Antisemitismus zuzuwenden.

1. Ad hoc-Gesetzgebung

Darf ein einzelnes Ereignis, darf eine dadurch provozierte Empörung der Öffentlichkeit den Gesetzgeber auf den Plan rufen? Wer hier zu schnell „Nein, keinesfalls!“ ruft, macht es sich zu leicht und riskiert, dass der demokratische Rechtsstaat in dramatischen Situationen als „*lame duck*“ erscheint. Wer andererseits immer wieder „Ja, na-

türlich!“ votiert, erweist dem demokratischen Rechtsstaat ebenfalls einen Bärendienst. Letztlich spricht nicht nur Vieles, sondern *Alles* dafür, extrem *vorsichtig und sparsam* mit ad-hoc-Gesetzgebung umzugehen, wenn man in Kauf nehmen will, die Autorität des Gesetzes (weiter) zu beschädigen. Das gilt auch für Neukriminalisierungsvorschläge bezüglich antisemitischer Äußerungen.

2. Ultima ratio-Grundsatz

Ähnlich kurz kann ich mich (leider) beim Thema „Strafrecht als ultima ratio“ halten. Denn den Sonntagsreden in Entscheidungen (z.B. des *BVerfG*) und in (vielen) Lehrbüchern steht ebenso wie den monographischen Anstrengungen, das Prinzip praxis- und problemorientiert zu konkretisieren,⁹ eine Tradition des Gesetzgebers gegenüber, die von dem Grundsatz wenig übriglässt. Das bedeutet nicht, dass man diesen Grundsatz nicht mehr zitieren oder gar beschwören kann, vorzugswürdig erscheint im europäischen Verfassungsstaat, dass Gesetzgebung sich in der Grammatik des Verhältnismäßigkeitsprinzips rekonstruieren lassen muss.¹⁰ Vorläufig ist festzuhalten, dass dieser Grundsatz, wenn man realistisch die aktuelle Wirksamkeit dieses Prinzips zugrunde legt, keine endgültige Antwort gibt. Die hier und heute zu erörternden Aspekte sind – wie immer, wenn es um Verhältnismäßigkeit geht – konkret. Und wenn es nicht nur um Meinungen geht, sind Argumente zu suchen. Dazu sogleich.

3. Symbolisches Strafrecht

An dem gut bekannten Diskurs über symbolisches Strafrecht ist vielleicht die wichtigste Erkenntnis: Symbolisches Strafrecht ist *per se* weder illegitim, noch legitim. An Formulierungen *Martin Führs* anschließend,¹¹ aber auch auf eigene lang zurückliegende Beschäftigung mit dem symbolischen Strafrecht zurückgreifend,¹² ist zunächst zu unterscheiden zwischen zwei idealtypisch zu bezeichnenden Varianten symbolischer Politik (und auch Gesetzgebung):

Als tendenziell illegitim dürfte die Variante „Symbole statt Substanz“ zu bezeichnen sein, als potenziell legitim dagegen die Variante „Gesetzgebung mit Symbolen“. Nur *potenziell*, nicht *tendenziell* legitim scheint mir aber auch „Politik/Gesetzgebung mit Symbolen“ zu sein, weil solche nicht substantielle Gesetzgebung die Idee des durchsetzbaren und steuernden Rechts zu beschädigen droht.

Dabei bezeichne ich Gesetzgebung mit Symbolen als illegitim, wenn die beabsichtigten oder in Kauf genommenen (Kollateral-)Schäden der symbolischen Reaktion die positiven Aspekte eines Symbols überwiegen. Das kann der Fall sein,

⁵ Hoven, GA 2024, 383 (402).

⁶ Hoven, GA, 2024, 383, (403).

⁷ Kubiciel, GA 2024, 403 (416).

⁸ Kritisch zum Begriff „Strafbarkeitslücken“ und zum verfassungswidrigen Ideal lückenlosen Strafrechts: *Vormbaum*, JZ 1999, 613 ff.

⁹ Vgl. vor allem die Dissertation von *Trendelenburg*, *Ultima ratio? Subsidiaritätswissenschaftliche Antworten am Beispiel der Strafbarkeit von Insiderhandel und Firmenbestattungen*, 2011.

¹⁰ Vgl. das Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik der *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2009, 697 ff., einer Arbeitsgruppe von Kriminalwissenschaftler:innen aus (seinerzeit) 10 europäischen Staaten, online abrufbar unter: https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_382.pdf (zuletzt abgerufen am 7.1.2025).

¹¹ *Führ*, KritV 86 (2003), 5 ff.

¹² *Prittwitz*, *Strafrecht und Risiko*, 1993, S. 253-260.

- wenn die bloß symbolische Reaktion bewirkt, dass mögliche erfolversprechende (substantielle) Reaktionen unterbleiben,
- aber auch, wenn durch die bloß symbolische Reaktion substantielle Schäden an anderen Rechtsgütern oder Rechten entstehen.

4. Antisemitismus und Meinungsfreiheit

Die drei Quellen für ernsthafte Argumente sind schnell benannt:

Es handelt sich zum einen um grundsätzliche *verfassungsrechtliche* Argumente für und gegen die Kriminalisierung von Äußerungen. Es handelt sich, zweitens, um empirisch-prognostische und in diesem Sinn *kriminologische* Argumente, die darum kreisen, was man sich von einer Kriminalisierung erhoffen kann, bzw. was man davon befürchten muss. Schließlich muss, da wir *nicht allgemein* über die Kriminalisierung von Meinungsäußerungen streiten, der – politische, historische und moralische – Diskurs über Antisemitismus in Deutschland im Votum Beachtung finden.

a) Meinungsfreiheit vs. strafbare Meinungen

Die uns heute beschäftigende *konkrete* Frage kann man natürlich nicht beantworten, ohne sie im Kontext von zwei allgemeineren Fragen zu sehen: Der nach Grund und Grenzen der verfassungsrechtlich verbürgten *Meinungsfreiheit* und der nach Grund und Grenzen der legitimen Kriminalisierung von Äußerungen.

Die Extrempositionen sind schnell benannt, Andeutungen müssen genügen:

Die *meinungsfreiheitsfreundliche* Extremposition kann unter Hinweis auf Art. 5 Abs. 1 GG – *prima facie* überzeugend – behaupten, Meinungsäußerungen seien *frei*, dürften also nicht verboten und erst recht nicht bei Strafe verboten werden. Dieses Postulat übersieht freilich zweierlei:

- Erstens – und auf der normativen Ebene – dass das Grundgesetz durch den Gesetzesvorbehalt in Art. 5 Abs. 2 GG die Meinungsfreiheit einschränkt und dabei zudem dem in Art. 5 Abs. 2 3. Alt. GG genannten Ehrenschatz als Grenze der Meinungsfreiheit eine besondere Bedeutung beimisst. Es gibt also – anders als in den USA – keine nahezu schrankenlose Meinungsfreiheit.
- Und zweitens würde eine solche Position übersehen, dass nicht jede Äußerung eine *Meinungsäußerung* darstellt, also keineswegs feststeht, dass jede Äußerung *a priori* in den Geltungsbereich der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG fällt. Die Schwierigkeiten, welche die Unterscheidung zwischen Meinungs- und Tatsachenäußerungen bereitet, sind uns allen bekannt.

Ebenso wenig weiterführend erschiene freilich die entgegengesetzte Extremposition: Wenn man es unter Verweis auf die §§ 185 ff. und § 130 StGB kaum für nötig hält,

sich mit Art. 5 Abs. 1 GG zu befassen, blendet man nonchalant die umfangreiche Judikatur auch und gerade des *BVerfG* zum Spannungsverhältnis zwischen freiheitseinschränkendem Strafrecht und verfassungsrechtlich garantierter Meinungsfreiheit aus.

Wichtig, im öffentlichen Diskurs über rechtliche Fragen aber oft nicht genügend beachtet, ist auch hier die Differenzierung, die idealtypisch ohne weiteres möglich ist, sich in der Praxis aber oft als schwierig erweist. Geht es, zum einen, um Äußerungen zwischen einzelnen Menschen oder in einem überschaubaren Kreis von Menschen oder geht es um öffentliche Äußerungen, namentlich um Äußerungen in (sozialen) Medien. Und andererseits: Betrifft der Gegenstand der Äußerung eher den Bereich des Persönlichen oder eher den des Politischen.

Traditionell hat die Meinungsfreiheit dort besonders hohes Gewicht, wo es um öffentliche Äußerungen geht, die im weitesten Sinn politisch sind. Das hat gute Gründe, wenn man ernst nimmt, dass die freie Meinungsäußerung eine wichtige, vielleicht zentrale entscheidende Säule der Demokratie ist.

Seit einiger Zeit gibt es aber ebenso gute Gründe, diese sehr weitgehende Freiheit der Meinungsäußerung wieder einzuhegen: Dass aus Worten Taten werden können, woran anlässlich vieler Terrorakte erinnert wird, ist kein neues Phänomen. Dass aber in der Mediengesellschaft und erst Recht in der „Social Media-Gesellschaft“ d.h. aus medial millionenfach verbreiteten Worten eine unvergleichlich größere Wahrscheinlichkeit erwächst, dass daraus Taten werden, erscheint mehr als plausibel und das *ist* ein neues Phänomen.

Das spricht aus meiner Sicht dafür, die Freiheit der Meinungsäußerung allgemein und wenn es um antisemitische Äußerungen geht, dort weniger stark zu gewichten, wo sie als „Hetze“ wahrgenommen werden kann. Und das nicht nur zur Wahrung des öffentlichen Friedens, sondern auch zum Schutz der höchstpersönlichen Rechtsgüter von betroffenen Menschen.

b) Wie wirkt die Kriminalisierung von Meinungsäußerungen

Wie stets ist, wenn man legitimes Strafrecht auch mit seinem präventiven Potential verbindet, die Frage nach Grund und Grenzen einer Kriminalisierung nicht zu trennen von der Frage, was man über die Wirkung der Kriminalisierung weiß, was man sich damit erhoffen darf und was man von ihr befürchten muss.

Die Sehnsucht nach Wissen ist groß, das Wissen eher überschaubar. Das gilt umso mehr, wenn es um Äußerungen geht. Überall dort, wo Äußerungen nicht anonym aus dem Netz kommen, scheint die Hoffnung auf einen sowohl generalpräventiven als auch spezialpräventiven Effekt nicht gänzlich unrealistisch. Einer Gesellschaft, deren Mantra in falsch verstandener Freiheitssehnsucht „Das wird man wohl noch sagen dürfen!“ lautet, darf und soll das Strafrecht klarstellen, dass man eben nicht Alles sagen

darf.

Wenn die Verrohung der Sprache ein kaum zu bestreiten- des Phänomen ist, und wenn daraus absehbar eine Verroh- ung von Verhalten entsteht, dann darf und muss der Ge- setzgeber sich durch ein – auch strafrechtliches – Verbot solcher Sprache klar positionieren.

Forderungen nach Neukriminalisierungen ist aber entge- genzuhalten, dass es an dieser Positionierung keineswegs fehlt. Das Problem ist die Umsetzung. Äußerungsdelikte sind nicht immer, aber zunehmend Massendelikte, zudem oft Massendelikte, die – Stichwort: der identifizierungs- feindliche Raum des Internets, vom Darknet ganz zu schweigen – schwer aufklärbar sind.

c) Soll für antisemitische Äußerungen Spezifisches gelten?

Soll das, was allgemein für und gegen die Kriminalisie- rung von Äußerungen gilt, auch für antisemitische Äuße- rungen gelten. Und sollen antisemitische Äußerungen dar- über hinaus verstärkt kriminalisiert werden?

Ich fürchte, dass es eine wissenschaftlich begründete, evi- denzbasierte Antwort darauf nicht gibt. Es geht um Ein- schätzungen und Wertungen. Mich persönlich bringt die Bitte um eine klare Haltung zu dieser Frage („Sollen anti- semitische Äußerungen vermehrt und verstärkt Gegen- stand des Strafrechts sein?“) in eine Verlegenheit, eine Schwierigkeit, fast möchte ich sagen, in ein Dilemma.

Denn einerseits empfinde ich jeglichen Antisemitismus (und erst Recht deutschen Antisemitismus) als uner- wünscht, als widerlich, als menschenfeindlich und men- schenverachtend. Ich persönlich kann Antisemitismus zu- dem – wenn ich ihn nicht von vorneherein im historischen Kontext denke – nicht einmal nachvollziehen. Anderer- seits bin ich zutiefst davon überzeugt, dass die Freiheit des Redens der Demokratie nicht nur heilig, sondern auch nützlich, ja für sie konstitutiv ist. Einschränkungen der Redefreiheit, alle Varianten der „Sprachpolizei“ haben viele eindrucksvolle Vorbilder, und in der Regel ist Sprachpolizei nutzlos (ineffektiv) und sogar schädlich.

Dem Dilemma ist nicht zu entkommen, wenn die Frage in einen historischen oder politischen (tagespolitischen) Kontext gestellt wird. Sollte die Ermordung der 6 Millio- nen Juden durch Deutsche im Nationalsozialismus antise- mitische Äußerungen unaussprechbar machen? Ich ant- worte sofort mit „Ja, das soll genau so sein!“

Aber was ergibt sich daraus für die Frage, wie der Staat, wie der strafende Staat darauf reagieren soll, dass das Un-

aussprechliche ausgesprochen wird? Sollen sie deshalb quasi „automatisch“ Gegenstand des Strafrechts sein? Diese Frage kann man durchaus unterschiedlich beant- worten, ohne selbst in den Verdacht antisemitischen Den- kens zu kommen. Wir wissen aber alle, dass sich der Ge- setzgeber in § 130 Abs. 3 StGB grundsätzlich für eine sol- che spezifische Kriminalisierung entschieden hat.

Und wenn wir heute (tages-)politisch aktuell fragen: Sol- len antisemitische Äußerungen sich deswegen verbieten, weil es eine neue (aus verschiedenen Quellen sich spei- sende) Welle des Antisemitismus gibt, die Juden das Le- ben in Deutschland bedrohlich, schwierig oder gar un- möglich macht? Wiederum zögere ich keinen Moment mit meinem „Ja“; sie verbieten sich!

Und wieder muss man die Frage anschließen, ob, wenn das, was „sich verbietet“, gleichwohl geäußert wird, ob das bei Androhung von Strafe verboten sein soll, ob es also deswegen Gegenstand des Strafrechts sein oder ver- stärkt werden soll.

Je schwieriger die kriminalpolitischen Fragen werden, desto mehr gewinnt eine Vorfrage an Gewicht. Die Vor- frage nämlich, inwieweit antisemitische Äußerungen schon *de lege lata* Gegenstand des Strafrechts sind. Und diese Frage muss man im Kontext möglicher normativer oder kriminalpolitischer Kritik diskutieren. Und wenn man zum Ergebnis kommt, dass bestimmte antisemitische Äußerungen *de lege lata* legitimerweise Gegenstand des Strafrechts sind, stellt sich auf soliderem Fundament die Frage, ob es weiterer Kriminalisierung bedarf und ob sie verfassungsrechtlich unbedenklich wäre. Und auch diese Frage kann man seriös nicht beantworten, bevor geklärt ist, ob Defizite in der strafrechtlichen Verfolgung von an- tisemitischen Äußerungen auf Gesetzeslücken oder auf defizitärer Strafverfolgung beruhen.

IV. Fazit

Ich meine, wenn ich es richtig sehe mit *Elisa Hoven* und mit *Michael Kubiciel*, dass unerträgliche antisemitische Äußerungen bereits *de lege lata* legitimerweise, aber auch ausreichend kriminalisiert sind. Zu fordern ist aber eine überzeugendere *Umsetzung* der *lex lata*.

Eine darüberhinausgehende Kriminalisierung gerade we- gen des antisemitischen Inhalts der Äußerung wäre eher Symbol statt Gesetzgebung; daher halte ich sie weder für nötig noch für zielführend. Antisemitismus lässt sich, wie *Michel Kubiciel* vollkommen zu Recht sagt, nicht wegkri- minalisieren.

Furcht vor der Freiheit? Grundrechtshemmende Chilling-Effekte im Versammlungsrecht am Beispiel des Landfriedensbruchs

von Prof. Dr. Jochen Bung*

Abstract

Der vorliegende Beitrag hat drei Teile: Er beginnt mit einer allgemeinen Betrachtung der ermöglichenden und hemmenden Bedingungen von Freiheit und zwar im Hinblick auf die für liberale und demokratische Gesellschaften konstitutiven Freiheiten der Meinungsäußerung und der Versammlung (I.) Sodann rekonstruiert er das in der US-amerikanischen verfassungsrechtlichen Rechtsprechung zum ersten Zusatzartikel der Verfassung der Vereinigten Staaten entwickelte und zunehmend auch anderenorts verwendete Argument der chilling effects aus sozialpsychologischer Perspektive (II.). Schließlich macht er den diesem Argument zugrunde liegenden Zusammenhang von Unbestimmtheit, Unsicherheit und Hemmung am Tatbestand des Landfriedensbruchs deutlich, wobei der Tatbestand zunächst in seiner geltenden Fassung und dann im Lichte neuerer Reformvorschläge betrachtet wird (III.).

This article has three sections: It begins with a general consideration of the enabling and inhibiting conditions of liberty, with regard to the freedoms of expression and assembly that are constitutive of liberal and democratic societies (I.) It then reconstructs the chilling effects argument, developed in US constitutional jurisprudence on the First Amendment to the United States Constitution and increasingly used elsewhere, from a social psychological perspective (II.). Finally, it illustrates the connection between indeterminacy, uncertainty and inhibition underlying this argument by examining section 125 of the German Criminal Code (Landfriedenbruch – breach of the peace), first in its current version and then with regard to more recent reform proposals (III.).

I. Die Verfassung der Freiheit

Dass die Befreiung die wahre Form der Freiheit ist, wie Christoph Menke eindrucksvoll entwickelt hat¹, ist leicht einzusehen, weil sie gerade kein Zustand ist, sondern eine Bewegung, individuell oder kollektiv – als Schritt zur Selbstbefreiung oder als kollektiver Schritt, als Befreiungsbewegung. Diese Befreiungsbewegungen sind ein elementarer politischer Faktor, ohne denen es keine Freiheit geben kann. Ohne die Revolutionen des 18. Jahrhunderts hätten sich freiheitliche Verfassungen nicht heraus-

bilden können. Je mehr sie aber zum verfassten Zustand werden, desto mehr droht der beschriebene Effekt einzutreten: dass die Voraussetzungen der Freiheit sich gegen die Freiheit selbst wenden und die für jede Freiheit konstitutive Dynamik der Befreiung verloren geht. In autoritären Systemen ist der Mechanismus ganz offenkundig. Autoritäre Systeme sind Angstverfassungen. Sie legitimieren sich über die Verwandlung der Angst, die wir voneinander haben, zu einer Angst vor der Autorität, die das Schutzversprechen gibt: Schutz und Gehorsam.

Wir müssen aber nicht zu autoritären oder totalitären Systemen gehen, um den Mechanismus von Angst und Freiheit zu begreifen. Daran hat Judith N. Shklar in ihrer Verteidigung des Liberalismus in *The Liberalism of Fear* erinnert.² Auch liberale und demokratische Verfassungen sind immer in Gefahr, den Freiheitsgebrauch, den sie eigentlich ermöglichen wollen, zu unterbinden, indem sie bei der Erhaltung des eigenen Zustands zu sehr auf jenen Mechanismus des „psychologischen Zwangs“ setzen, den Feuerbach beschrieben hat: dass man aus Angst vor repressiven staatlichen Reaktionen etwas zu tun unterlässt. Das ist notwendig im Recht angelegt. „A minimal level of fear is implied in any system of law“³. Aber man kann damit auch übertreiben, dann führt der psychologische Zwang zu einer übermäßigen Hemmung des Freiheitsgebrauchs, was nicht nur nicht im individuellen, sondern auch nicht im allgemeinen Interesse ist. Nicht, dass das eine oder andere unterlassen wird, ist das Problem, sondern dass die übermäßige Hemmung der Freiheit zu jener „Flucht ins Konformistische“ führt, wie sie Erich Fromm in seiner Schrift über die *Furcht vor der Freiheit* als einen typischen Fluchtmechanismus beschrieben hat.⁴

Liberale und demokratische Gesellschaften müssen wissen, dass sie nicht nur Freiheit ermöglichen sollen, sondern dass der Freiheitsgebrauch derer, die sie ursprünglich konstituieren auch der Lebensnerv des eigenen Organismus ist, dass der permanente Gebrauch der Freiheit zugleich seine Ermöglichung ermöglicht. Dieser konstitutive Freiheitsgebrauch ist – historisch signifikant – im ersten Zusatzartikel zur Verfassung der Vereinigten Staaten thematisiert, der Gesetze verbietet, die die Redefreiheit, die Religionsfreiheit, die Pressefreiheit, die Versamm-

* Jochen Bung ist Inhaber des Lehrstuhls für Rechtsphilosophie und Strafrecht an der Universität Hamburg. Der Text ist die geringfügig überarbeitete Version eines Vortrags, der auf der Tagung des Kriminalpolitischen Kreises in München am 18.-19. Oktober 2024 („Strafrecht und Meinungsfreiheit“) gehalten wurde. Der Vortragstil wurde überwiegend beibehalten. Der Verfasser dankt Elisa Hoven und Thomas Weigend für die Anregung, das Argument der chilling effects im Kontext des Rahmenthemas genauer zu betrachten.

¹ Menke, *Theorie der Befreiung*, 2022.

² Shklar, in: Rosenbaum, *Liberalism and the Moral Life*, 1989, S. 21 (27 f.).

³ Shklar (Fn. 2), S. 29.

⁴ Fromm, *Die Furcht vor der Freiheit* [i.Orig. *Escape from Freedom*, 1941], 27. Aufl. (2022), S. 137 ff.

lungsfreiheit und das Petitionsrecht einschränken. Vor allem die Redefreiheit und die Versammlungsfreiheit sind für die politische Freiheit konstitutiv, durch sie wird die Verfassung der Freiheit überhaupt ermöglicht, sie sind ihr Ursprung.⁵ Deswegen ist es gerade im verfassten Zustand richtig, sie möglichst frei zu lassen, gerade auch um den Preis, dass die Formen und Inhalte der Artikulation ein Ärgernis sind. *Hegel* schreibt:

„Die öffentliche Meinung enthält [...] in sich die ewigen substantiellen Prinzipien der Gerechtigkeit, den wahrhaften Inhalt und das Resultat der ganzen Verfassung, Gesetzgebung und des allgemeinen Zustandes überhaupt [...] sowie die wahrhaften Bedürfnisse und richtigen Tendenzen der Wirklichkeit. – Zugleich [...] tritt die ganze Zufälligkeit des Meinens, seine Unwissenheit und Verkehrung, falsche Kenntnis und Beurteilung ein. [...] Die öffentliche Meinung verdient daher ebenso *geachtet* als *verachtet* zu werden“⁶.

Hegel beschreibt die „Ausschweifungen“ dieser Freiheit, „die Befriedigung jenes prickenden Triebes, seine Meinung zu sagen und gesagt zu haben“⁷. Er verachtet es, aber er weiß, dass eine rechtliche Regulierung kaum möglich ist, vor allem nicht im Strafrecht, weil die Regelungsgegenstände, die Äußerungen, derart sind, dass die „Unbestimmbarkeit des Stoffes und der Form [...] die Gesetze darüber diejenige Bestimmtheit nicht erreichen [lässt], welche vom Gesetz gefordert wird, und [...] das Urteil, indem Vergehen, Unrecht, Verletzung hier die besondere *subjektivste* Gestalt haben, gleichfalls zu einer ganz *subjektiven* Entscheidung [macht]“⁸. Unbestimmtheit der Normen und Unberechenbarkeit der Rechtsprechung – das deutsche Beleidigungsstrafrecht liefert genug Anschauungsmaterial. In erster Linie geht es aber gar nicht um die technischen Schwierigkeiten einer rechtlichen Regulierung, sondern darum zu erkennen, dass die unregelte Artikulation zu den Ermöglichungsbedingungen unserer Verfassung gehört und dass Dummheit und Frechheit deswegen als notwendige Begleiterscheinungen dieser Artikulationsfreiheit in Kauf genommen werden müssen.

Wenn es aber nicht lediglich um verbale Artikulation geht, sondern darum, dass die Äußernden sich zusammen tun, im öffentlichen Raum versammeln, auf Straßen, Plätzen oder an anderen Orten, wenn der politische Faktor des Körpers, mehrerer vereinter Körper ins Spiel kommt, wie ist es dann? Dass eine Versammlung „Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung“ ist, wie das *BVerfGE* sagt⁹, unterschlägt ein wenig, dass diese Entfaltung auch in erheblicher, weil kollektiver körperlicher Kraftentfaltung liegen kann. Ist es dann immer noch richtig zu sagen, dass alles möglichst unreguliert bleiben soll? Das ist keine einfache Frage. Die Versammlungsfreiheit soll, so hat es das *BVerfGE* einmal ausge-

drückt, „ein Stück ursprünglicher ungebändigter unmittelbarer Demokratie“¹⁰ gewährleisten. Wer sich aber einmal selbst in einer größeren Menschenmenge aufgehalten hat – nicht einmal notwendigerweise einer politisch motivierten Menge – weiß vielleicht, welche unberechenbaren Dynamiken hier entstehen können. Gute Gründe sprechen dafür, dieser Menge eine Form zu geben, die sie zugleich berechenbarer und zurechnungsfähiger macht, eine Organisationsform, die nicht die Formbindung anderer Organisationen hat, aber doch bestimmte Gemeinsamkeiten aufweist, Autorisierung der Versammlung und Autorisierung von Personen, die in besonderer Weise verantwortlich sind (Versammlungsleitung). Gleichwohl kann der freiheitliche Zustand einer Verfassung vor allem daran bemessen werden, dass auch „Spontanversammlungen“ – ohne Anmeldung und Leitung – zulässig sind, so dass Planung und Organisation (jedenfalls nach unserem Verfassungsverständnis) „keine begriffsnotwendigen Elemente einer Versammlung [sind]“¹¹.

Diese „irregular systems“, wie sie *Thomas Hobbes* nannte, bloßes Zusammenströmen von Menschen, machen der Obrigkeit Angst, deswegen mag es, wie der Verfasser des *Leviathan* an einer Stelle schreibt, rechtlich in Ordnung sein, wenn sich tausend Menschen einer Petition anschließen, aber wenn sich diese Tausend zusammenfinden, um die Petition zu überreichen, dann wird aus der Versammlung ein Aufruhr.¹² Sie wird ungesetzlich (unlawful), wenn die Anzahl der Versammelten so groß ist, dass sie von den anwesenden Polizeikräften nicht mehr bezwungen werden kann. Wir sehen, das Recht ist hier völlig abwesend, es geht um reine Sicherheitstechnik.

Vermag die Menge als „formlose Masse“¹³ den Staat einzuschüchtern, kann dieser seine Angst dadurch abwehren, dass er seinerseits einschüchternd auf die einwirkt, die sich versammelt haben. Die Mittel der Einschüchterung sind vielfältig. Bereits die Beobachtung und Dokumentation der Versammlung kann abschreckende Wirkung entfalten. Vor allem dann, wenn sie mit dem Mechanismus des psychologischen Zwangs gekoppelt ist, der Angst vor Strafe. Im Gegensatz zu *Feuerbachs* Theorie aber, der meinte, der psychologische Zwang funktioniere umso besser, je bestimmter die Straftatbestände seien, spricht vieles dafür, vom Gegenteil ausgehen: Je unbestimmter das strafrechtliche Risiko, desto effektiver der Mechanismus des psychologischen Zwangs. Unbestimmtheit erzeugt Unsicherheit, Unsicherheit erzeugt Angst und Angst erzeugt Hemmung.

II. Chilling effects?

Lässt sich diese Annahme empirisch bestätigen? Selbstverständlich ist anzunehmen, dass Individuen unterschiedlich reagieren, aber es gibt Untersuchungen, die dafür sprechen, dass es den beschriebenen Zusammenhang

⁵ BVerfGE 62, 230 (247); BVerfGE 76, 196 (208 f.); BVerfGE 128, 226 (250, 266).

⁶ *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts [1820], Bd. 7, 14. Aufl. (Reprint 2015), S. 483 ff. (§§ 317, 318).

⁷ *Hegel* (Rn. 6), S. 486 (§ 319).

⁸ *Hegel* (Rn. 6), S. 487 (§ 319).

⁹ BVerfGE 69, 315 (342 f.).

¹⁰ BVerfGE 69, 315, (346 f.); BVerfGE 104, 92 (104 f.).

¹¹ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 18. Aufl. (2024), Art. 8 Rn. 4.

¹² *Hobbes*, *Leviathan* [1651], 2013, S. 496 ff. (2. Teil, Kap. XXII).

¹³ *Hegel* (Rn. 6), S. 473 (§ 303).

tatsächlich gibt. Die Studie von *Gregory White* und *Philip Zimbardo* über „Chilling effects of surveillance“ aus dem Jahr 1975 ist hier von besonderem Interesse.¹⁴ Die Studie greift den Begriff der *chilling effects* auf, der in den 1970er-Jahren bereits als anerkannter Argumentationstypus vor allem in der US-amerikanischen verfassungsrechtlichen Rechtsprechung verwendet wird und versucht experimentell herauszufinden, ob das Argument stimmt, das ihm zugrunde liegt. Erstmals in einer Entscheidung des *Supreme Court* von 1952 verwendet¹⁵, findet der Begriff der *chilling effects* Eingang in die US-amerikanische verfassungsrechtliche Rechtsprechung der 1960er-Jahre bis heute. Die Literatur ist sehr umfangreich, auch außerhalb der US-amerikanischen Rechtsprechung wird der Begriff aufgegriffen und auch in der deutschen Diskussion taucht er zunehmend auf.¹⁶

Was besagt der Begriff? Es gibt sozialwissenschaftliche Einwände, die geltend machen, die Tragweite des Konzepts komme in der herkömmlichen juristischen Diskussion nicht zum Ausdruck.¹⁷ Das mag sein, doch hat diese den Begriff hervorgebracht und bestimmt seinen Gehalt bis heute maßgeblich. Nach diesem Verständnis bezieht sich die „chilling effect doctrine“ vor allem auf „first amendment cases“¹⁸, das heißt, es geht um die Rede- und Versammlungsfreiheit, den „chilling effect on free speech and assembly“¹⁹, um den einschüchternden und hemmenden Effekt (das englische Wort „chilling“ ist nicht so einfach zu übersetzen, vor allem nicht die metaphorischen Verwendungen²⁰), der durch die Angst vor staatlicher Beobachtung und Repression bewirkt wird und sich darin auswirkt, dass elementare Freiheitsrechte nicht wahrgenommen werden.²¹ Das ist auch das Verständnis, von dem die Studie von *White* und *Zimbardo* ausgeht:

„Government surveillance of political rallies, demonstrations, and assemblies may have a particularly chilling effect on the citizen’s First amendment right to free assembly and free speech. [...] Does knowledge of potential surveillance inhibit a citizen from attending lawful rallies? [...] If people are inhibited by surveillance, the First Amendment has been at least psychologically breached.“²²

Zwei mögliche Antworten gibt es auf die Frage, ob die Auswirkungen des Bewusstseins möglicher staatlicher Beobachtung und Sanktionierung derart sind, dass in dem beschriebenen Sinne von einem *chilling effect* gesprochen werden kann. Auf psychologische Begriffe gebracht, lauten die Antworten *Deindividuation* und *Reaktanz* (so auch der Untertitel der Studie von *White* und *Zimbardo*). Die *Deindividuations-Hypothese* besagt, dass sich Individuen in einem aversiven Umfeld (*aversive environment*) „deindividuierten“, also sich zurücknehmen, darauf achten, nicht aufzufallen, die Anonymität suchen und sich konformistisch und defensiv verhalten.²³ Während diese Hypothese die *Chilling-effects-Doktrin* stützt, widerspricht ihr die *Reaktanz-Hypothese*. Ihr zufolge löst das Bewusstsein von der Invasivität des Staates offensive und trotzige Reaktionen aus, die Demonstrierenden fühlen sich dadurch gerade herausgefordert, ihre Freiheit noch nachdrücklicher in Anspruch zu nehmen, jetzt erst recht, bis hin zu Angriffen auf Akteure der Überwachung und staatlichen Repression.²⁴

White und *Zimbardo* beobachten, wenig verwunderlich, dass es in den betroffenen Individuen zu einer „clash of motivations“ kommt: „The person is motivated to both maintain the deindividuation and to exercise the valued behaviours“²⁵. Die Autoren der Studie formulieren ihre Schlussfolgerungen vorsichtig. Im Ergebnis, meinen sie, stütze ihr Experiment²⁶ die *Deindividuations-Hypothese*, wengleich „interessante Komplikationen“²⁷ zu verzeichnen seien, die es erfordern, so die Autoren am Ende, dass der Zusammenhang weiter erforscht wird. Zwar ist Hemmung das überwiegende Verhaltensprogramm unter aversiven Bedingungen und diese impliziere nicht immer *Reaktanz*²⁸, doch sei die *Deindividuation* mit einer Vertiefung negativer Einstellungen gegen die staatliche Autorität („increased disrespect for the government“²⁹) verbunden. *White* und *Zimbardo* halten als (vorläufiges) Ergebnis fest: „Our research design did not allow for the easy possibility of avoiding “assembly”, but we would expect that the anxiety generated by threat of surveillance would cause many people to totally avoid situations that are assumed to be under surveillance.“³⁰

¹⁴ *White/Zimbardo*, *The Chilling Effects of Surveillance: Deindividuation and Reactance*, Mai 1975, online abrufbar unter: <https://apps.dtic.mil/sti/citations/ADA013230> (zuletzt abgerufen am 19.12.2024).

¹⁵ *Wieman v. Updegraff*, 344 U.S. 183, 185 (1952). In seinem zustimmenden Sondervotum bekräftigte der Richter *Felix Frankfurter* die Mehrheitsmeinung (Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes, das Bediensteten des Bundesstaats Oklahoma einen bestimmten Treueeid abverlangen sollte) damit, dass er im Hinblick auf die besondere Bedeutung von Lehrpersonen für die Demokratie argumentierte, die Einführung eines solchen Eides „has an [...] tendency to chill that free play of the spirit which all teachers ought especially to cultivate and practice“; zum ursprünglichen Kontext und der weiteren Entwicklung näher *Staben*, *Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung*, 2016, S. 44 ff.

¹⁶ Nicht immer terminologisch identisch, aber in der Sache gleichbedeutend, vom „Abschreckungseffekt“ spricht etwa *Staben*, der sich auf den Ausdruck „chilling effects“ als „Abkühlungsmetapher“ bezieht, *Staben* (Fn. 15), S. 44, 45.

¹⁷ *Penney*, *Minnesota Law Review* 106 (2022), 1451 (1454 ff.).

¹⁸ *Columbia Law Review Association*, *Columbia Law Review* 69 (1969) 5, 808 (809).

¹⁹ *Rissman*, *Minnesota Journal of Law & Inequality* 27 (2009) 2, 413 ff.

²⁰ In Jugendkulturen etwa ist das „Chillen“ etwas Positives, hier natürlich gerade nicht.

²¹ *Rissman*, *Minnesota Journal of Law & Inequality* 27 (2009) 2, 413 ff.; *Penney*, *Minnesota Law Review* 106 (2022), 1451 (1454).

²² *White/Zimbardo* (Fn. 14), S. 2 f.

²³ *White/Zimbardo* (Fn. 14), S. 3 ff.

²⁴ *White/Zimbardo* (Fn. 14), S. 5 f.

²⁵ *White/Zimbardo* (Fn. 14), S. 21.

²⁶ Zur Konzeption des Experiments *White/Zimbardo* (Fn. 14), S. 6 ff. Studierende wurden über ihre Ansichten zur Sanktionierung von Cannabis-Konsum befragt, zum Teil unter Hinweis auf den Umstand der Videoaufzeichnung der Gespräche und ihrer Weitergabe an die Behörden, zum Teil ohne einen solchen Hinweis.

²⁷ *White/Zimbardo* (Fn. 14), S. 19.

²⁸ *White/Zimbardo* (Fn. 14), S. 21.

²⁹ *White/Zimbardo* (Fn. 14), S. 22.

³⁰ *White/Zimbardo* (Fn. 14), S. 22.

Prinzipiell gibt es unzählige Situationen dieser Art. Dass das Bewusstsein möglicher Beobachtung das Verhalten verändert, ist die Grundidee von *Michel Foucaults* bekannter Schrift *Überwachen und Strafen*, die *Jeremy Bentham's* Panoptikon weiterdenkt. Der entscheidende Punkt ist: Es muss überhaupt niemand tatsächlich beobachten, allein die Möglichkeit reicht aus, um die Individuen zu disziplinieren, sie dazu zu bringen, sich auf eine bestimmte Weise zu verhalten, bestimmte Dinge nicht zu tun.³¹ Es ist nicht nur die Gewissheit, sondern gerade und vor allem die Ungewissheit, die den *chilling effect* bewirkt. Und ein besonders effektives Mittel, um diese Ungewissheit zu erzeugen, ist ein unberechenbares Strafrecht, d.h. in dem hier uns insbesondere interessierenden Feld: ein unbestimmtes Demonstrationsstrafrecht. Damit bin ich beim letzten Punkt meiner Ausführungen angekommen: dem Tatbestand des Landfriedensbruchs.

III. Das Problem des Landfriedensbruchs

Diesen Punkt will ich in zwei Unterabschnitten behandeln, zum einen im Hinblick auf den Tatbestand des Landfriedensbruchs in seiner geltenden Fassung und dann im Hinblick auf aktuelle Vorschläge zur Reform des § 125 StGB. Dabei beanspruche ich keine Originalität. Zur Problematik des geltenden § 125 StGB hat *Alexander Heinze* vor nicht allzu langer Zeit eine sehr gute Analyse vorgelegt³² und zur Problematik der Reformvorschläge in Gestalt des von der Unionsfraktion im Bundestag als Reaktion auf propalästinensische Proteste und Kundgebungen im Gefolge des terroristischen Angriffs der Hamas auf Israel am 7. Oktober 2023 eingebrachten „Entwurf[s] eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs zur Bekämpfung von Antisemitismus, Terror, Hass und Hetze“³³ liegt ein überzeugendes Gutachten von *Elisa Hoven* vor.³⁴

1. Der Landfriedensbruch in seiner geltenden Fassung

Der Tatbestand des Landfriedensbruchs in seiner geltenden Fassung geht auf das 3. Strafrechtsreformgesetz vom 20.5.1970 zurück, die letzte Änderung erfolgte durch Gesetz vom 23.4.2017.³⁵ Ich würde nicht so weit gehen wie *Alexander Heinze*, der in Bezug auf § 125 StGB von einem „Tathandlungsbrei“³⁶ spricht, aber dass es um eine Vorschrift geht, die im Lichte des Bestimmtheitsgebots und der Normenklarheit Fragen aufwirft, kann man schnell einsehen. Nach § 125 Abs. 1 Var. 1 und 2 StGB macht sich strafbar, wer sich an Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Sachen oder Bedrohungen von Menschen

mit einer Gewalttätigkeit beteiligt, die aus einer Menschenmenge in einer die öffentliche Sicherheit gefährdenden Weise mit vereinten Kräften begangen werden. Problematisch ist vor allem, dass bereits das geschlossene Vorrücken einer Menge als konkludente Bedrohung erachtet wird³⁷, was regelmäßig auch auf friedliche Gruppen angewendet werden kann, die ja – gerade wenn sie keine Blockade bezwecken – nicht als statische Gebilde ins Werk gesetzt werden, sondern sich bewegen und zwar typischerweise geschlossen und in eine Richtung, häufig mit einem Ziel. Da die Voraussetzung der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit nach herrschender Auffassung auch die Beeinträchtigung des Sicherheitsgefühls unbestimmt vieler Menschen umfasst³⁸, tut sich die Möglichkeit auf, eine dieses Gefühl beeinträchtigende Menschenmenge als Bedrohung im Sinne des § 125 StGB anzusehen. Dadurch, so die Kritik von *Heinze*, „[a]vanciert der Landfriedensbruch zu einer Art Generalklausel für ein bedrohtes Sicherheitsgefühl“ und berge die „Gefahr politischer Instrumentalisierung“³⁹.

Den steigenden Fallzahlen der Kriminalstatistik sowie dem Umstand, dass die meisten Verfahren wegen Landfriedensbruchs mangels hinreichenden Tatverdachts wieder eingestellt werden, lässt sich entnehmen, dass das flexible Instrument des § 125 StGB gerne eingesetzt wird, um Strafverfahren zunächst einmal überhaupt einzuleiten, „der Landfriedensbruch“, so *Heinze*, „ist in diesen Fällen der unspektakuläre und einfache Eröffnungszug der Strafverfolgungsbehörden“⁴⁰, die hoffen, über die Ermittlungen weitere Tatvorwürfe konkretisieren zu können. Dass eine solche Instrumentalisierung einer Strafvorschrift hemmende Effekte auf den Freiheitsgebrauch hat, ist nicht fernliegend. Dass § 125 StGB zunehmend diese Funktion zukommt, lässt sich unter dem Gesichtspunkt staatlicher Sicherheitsinteressen gut nachvollziehen, denn unter den heutigen Bedingungen kommunikativer Vernetzung ist die Mobilisierung von Menschenmengen jederzeit und ohne großen Aufwand möglich. „In diese Asymmetrie stößt der Tatbestand des Landfriedensbruchs“, argumentiert *Heinze* plausibel.⁴¹ Da die Grenze zwischen erlaubtem wütendem Protest und tatbestandsmäßiger Bedrohung kaum zu ziehen ist, ist die Sorge, die Teilnahme an einer Demonstration könnte womöglich strafrechtliche Konsequenzen haben, nicht aus der Luft gegriffen und kann zu *chilling effects* führen, die einen unverhältnismäßigen und damit verfassungswidrigen Eingriff in die Versammlungsfreiheit und damit einen Verstoß gegen Art. 8 GG darstellen können.

³¹ *Foucault*, *Überwachen und Strafen* [1975], 1994, S. 256 ff.

³² Ausführlich *Heinze*, StV 2022, 535 ff. Zusammenfassend und zugespitzt *Heinze*, „Landfriedensbruch“ als politisches Etikett, LTO, 25.8.2022, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/Landfriedensbruch-politische-diskriminierung-reichstag> (zuletzt abgerufen am 19.12.2024).

³³ BT-Drs. 20/9310.

³⁴ *Hoven*, Schriftliche Stellungnahme, Sachverständigenanhörung zu BT-Drs. 20/9310 – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs zur Bekämpfung von Antisemitismus, Terror, Hass und Hetze, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/985960/360167b9cdbffe9a65271f8d6d87cd71/Stellungnahme-Hoven.pdf> (zuletzt abgerufen am 19.12.2024).

³⁵ *Fischer*, StGB, 71. Aufl. (2024), § 125 Rn. 1.

³⁶ *Heinze*, „Landfriedensbruch“ als politisches Etikett, LTO, 25.8.2022.

³⁷ *Fischer*, StGB, 71. Aufl. (2024), § 125 Rn. 6; dazu krit. *Heinze*, StV 2022, 535 (536 f.).

³⁸ *OLG Karlsruhe*, NJW 1979, 2415; *Fischer*, StGB, § 125 Rn. 9.

³⁹ *Heinze*, „Landfriedensbruch“ als politisches Etikett, LTO, 25.8.2022.

⁴⁰ *Heinze*, „Landfriedensbruch“ als politisches Etikett, LTO, 25.8.2022.

⁴¹ *Heinze*, „Landfriedensbruch“ als politisches Etikett, LTO, 25.8.2022.

2. Verschärfung des Landfriedensbruchs?

Ist schon die geltende Vorschrift des § 125 StGB wegen ihrer Interpretationsoffenheit problematisch, aber – bei hinreichender Sensibilisierung für die grundrechtliche Dimension – durch restriktive Auslegung beherrschbar⁴², wirft die Fassung der Vorschrift, wie sie in dem jüngst vorgelegten Entwurf vorgeschlagen wird, erhebliche Bedenken auf. Die Änderung des § 125 StGB durch das 3. Strafrechtsreformgesetz 1970 hat dazu geführt, dass ein bloßes „inaktives Dabeisein“ in der Menschenmenge nicht (mehr) ausreicht.⁴³ Aus rechtsstaatlicher Sicht ist das von großer Bedeutung. Ähnlich wie bei dem allgemeinen Zurechnungsproblem psychischer Beihilfe durch bloße Anwesenheit, geht es schlicht zu weit, eine solche Form der Beteiligung, die eigentlich eine Nichtbeteiligung ist, zu kriminalisieren. Zwar soll es nach zum Teil vertretener Auffassung schon nach geltendem Recht genügen, dass der Täter deutlich macht, dass er die feindliche Stimmung und die Aktivitäten der Menschenmenge billigt und sich damit solidarisiert.⁴⁴ Das ist nicht unproblematisch, es wird aber immerhin noch eine Billigung durch aktives Tun verlangt.⁴⁵ In der Fassung des Entwurfs würde selbst von diesem Minimalerfordernis einer Aktivität abgesehen und damit die Möglichkeit, „inaktives Dabeisein“ zu erfassen, unbeschränkt eröffnet.

Der Entwurf möchte zur „Schließung der Schutzlücken beim Landfriedensbruch“⁴⁶ in § 125 StGB eine neue Tatvariante einführen, die in einem völlig neuen zweiten Absatz normiert sein soll, der derzeitige Abs. 2 soll zu Abs. 4 werden. § 125 Abs. 2 StGB-E soll wie folgt lauten: „Wer sich einer Menschenmenge, die die öffentliche Sicherheit bedroht, anschließt oder sich nicht unverzüglich aus ihr entfernt, obwohl aus der Menge mit vereinten Kräften Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Sachen oder Bedrohungen von Menschen mit einer Gewalttätigkeit begangen werden und er dies erkennen kann, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“ Die Höchststrafe für Landfriedensbruch nach den in Abs. 1 normierten bisherigen Tatvarianten soll von drei auf fünf Jahre Freiheitsstrafe angehoben werden, zudem soll die Vorschrift klarstellen, dass die neuen Tatvarianten des § 125 Abs. 2 StGB-E nicht angewendet werden sollen „auf Personen, die in Ausübung dienstlicher oder beruflicher Pflichten handeln, es sei denn, dass sie das Verhalten der Menge unterstützen“, § 125 Abs. 3 StGB-E.

Neben einer aktiven Tatvariante – sich einer bedrohlichen Menge anschließen – normiert § 125 Abs. 2 StGB-E auch ein Unterlassen: sich nicht unverzüglich aus der bedrohlichen Menge entfernen. Vor allem die zweite Variante ist problematisch. Menschenmengen sind unübersichtlich,

unberechenbar und dynamisch. Ab einer gewissen Größe ist es ausgeschlossen, dass ich als friedlich Teilnehmender jederzeit erkenne (was ich aber wegen des Unverzüglichkeitskriteriums für das Sich-Entfernen tun muss), dass die Menschenmenge, in der ich mich irgendwo befinde und die nicht bedrohlich war, als ich mich ihr angeschlossen hatte, jetzt auf einmal bedrohlich wird. Nach der Entwurfsfassung muss ich das auch gar nicht, weil mir im Zweifel ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann: Ich habe es nicht erkannt, aber ich hätte es – bei situationsangemessener Aufmerksamkeit – erkennen können.⁴⁷ Der Entwurf kriminalisiert also ein fahrlässiges Unterlassen und zwar – da eine konkrete Gefährlichkeit des Verhaltens nicht erforderlich ist – als abstrakte Gefährdung eines ziemlich abstrakten Rechtsguts. Wie *Hoven* in ihrer Analyse des Entwurfs feststellt, „kombiniert [der vorgeschlagene Tatbestand] damit drei Elemente, die für sich genommen bereits expansiv sind“⁴⁸ – in dieser Kumulation ein ziemlich ungutes Paket.

Zutreffend stellt *Hoven* fest, dass „[d]er geplante Straftatbestand [...] zu erheblichen Strafbarkeitsrisiken [führt] – auch für Personen, die vollkommen friedlich an der Versammlung teilnehmen“⁴⁹, zudem entstünden Strafbarkeitsrisiken „auch für Personen, die keinen Bezug zur Versammlung aufweisen“⁵⁰ und sie nur mitverfolgen, sei es aus professionellen Gründen oder einfach aus Interesse, die berufsbezogene Klausel des § 125 Abs. 3 StGB-E ist in diesem Zusammenhang unzureichend. Dass der Entwurf mit den neuen Tatvarianten in unverhältnismäßiger Weise in die Versammlungsfreiheit eingreift, weil die Unkalkulierbarkeit ihrer Anwendung eine mittelbar freiheitshemmende Wirkung entfaltet, liegt in Anbetracht der potentiellen Kriminalisierung von Personen, die nichts anderes tun, als von ihren verfassungsrechtlichen Rechten Gebrauch zu machen, nahe. Der Missbrauch der Versammlungsfreiheit durch einzelne Teilnehmer kann nicht dazu führen, dass andere, die sich friedlich beteiligen, ihr Recht auf Versammlungsfreiheit verlieren⁵¹, das ist erst dann der Fall, wenn wegen des insgesamt unfriedlichen Charakters der Versammlung dieselbe aufgelöst wird.⁵² Da aber das Nichtentfernen nach Auflösung der Versammlung bereits als Ordnungswidrigkeit erfasst ist, ergibt sich auch insoweit ein Argument für die Verfassungswidrigkeit des Entwurfs.⁵³

IV. Ausblick

Die Versammlungsfreiheit ist ein hohes Gut und sie gerät überall auf der Welt unter Druck⁵⁴ – wenn sie überhaupt gewährt oder mehr als nur dem Schein nach gewährt wird. Es lohnt sich, einmal den Blick über Deutschland hinaus

⁴² Vor allem wäre hierfür wichtig, die Beeinträchtigung des Sicherheitsgefühls nicht ausreichen zu lassen sowie die Figur der konkludenten Bedrohung einzuschränken, darüber hinaus stärker zwischen den Beteiligungsformen zu differenzieren.

⁴³ *Fischer*, StGB, § 125 Rn. 13a m.w.N.

⁴⁴ *OLG Düsseldorf*, NSTZ-RR 2012, 273.

⁴⁵ *Fischer*, StGB, 71. Aufl. (2024), § 125 Rn. 13a.

⁴⁶ BT-Drs. 20/9310, S. 4.

⁴⁷ Faktisch gibt es auch das offenkundige Problem, dass ich mich gar nicht entfernen kann, auch wenn ich es will.

⁴⁸ *Hoven* (Rn. 34), S. 2.

⁴⁹ *Hoven* (Rn. 34), S. 3.

⁵⁰ *Hoven* (Rn. 34), S. 4.

⁵¹ BVerfGE 69, 315 (361); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 8 Rn. 10.

⁵² *Hoven* (Rn. 34), S. 6 m.w.N.

⁵³ *Hoven* (Rn. 34), S. 6.

⁵⁴ Exemplarisch etwa die Situation in Hong Kong, siehe von *Mallinckrodt*, Das leise Verschwinden der Freiheit, Tagesschau, 29.9.2024, online abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/asien/hongkong-1324.html> (zuletzt abgerufen am 19.12.2024).

zu werfen und sich anzusehen, wie es um die Versammlungsfreiheit in der Welt bestellt ist. Es ist nicht ermutigend. Und dabei ist es nicht nur die brutale Repression, die sie gefährdet. Fast gefährlicher ist ihre schleichende Aushöhlung, bei der sanftere Methoden zum Einsatz kom-

men, Umformulierungen des Gesetzes, veränderte Auslegungen, mittelbarer Zwang. Dessen Effekte, seine psychologischen Wirkungen im Blick zu behalten und das rechtsstaatliche Sensorium dafür zu sensibilisieren, sollte im Strafrecht immer die wichtigste Aufgabe sein.

Ziviler Ungehorsam als Strafunrechtsausschließungsgrund

von Prof. Dr. Till Zimmermann*

Abstract

Die strafrechtliche Beurteilung zivilen Ungehorsams in der Gestalt von Straßenblockaden ist ein ewiger Zankapfel. Die philosophische Empfehlung Jürgen Habermas', den zivilen Ungehorsam in der Schwebe zwischen Legitimität und Legalität zu belassen, ist mit den zwei widerstreitenden Mainstream-Konzepten – Legalisierung vs. Kriminalisierung – allerdings nicht zu bewerkstelligen. Der Beitrag plädiert für den verfassungskonformen Ausweg, die Verwerflichkeitsklausel des Nötigungsparagraphen (§ 240 Abs. 2 StGB) im Lichte der von Günther in den 1980er Jahren entwickelten Figur des Strafunrechtsausschließungsgrundes zu interpretieren.

The criminal law assessment of civil disobedience in the form of street blockades is a perennial point of contention. However, the philosophical recommendation of Jürgen Habermas to leave civil disobedience in the limbo between legitimacy and legality cannot be implemented with the two conflicting mainstream concepts – legalization vs. criminalization. The article argues for the constitutionally compliant way out, which is to interpret the reprehensibility clause of the coercion paragraph (§ 240 para. 2 StGB) in the light of the concept of the exclusion of criminal injustice developed by Günther in the 1980s.

I. Einleitung

Der große Streitpunkt bei der strafrechtlichen Beurteilung des zivilen Ungehorsams¹ liegt in der Frage, ob solcherart politisch motivierte Delinquenz rechtsethisch als schlecht, als gut oder zumindest als auch-gut bzw. nicht-ganz-soschlecht zu bewerten ist. Je nach Standpunkt ergeben sich

daraus Konsequenzen für die Fälle einer unter Berufung auf zivilen Ungehorsam erfolgten Straftatbestandsverwirklichung.

Wer zivilen Ungehorsam für eine gute Sache hält, wird, um ein Auseinanderfallen von Ethik und Recht zu verhindern, regelmäßig einem Erlaubnisgrund das Wort reden. Wer hingegen keinen Unterschied gegenüber gewöhnlicher Kriminalität erkennt, behandelt ihn genau wie diese (oder plädiert aus Law & Order-Erwägungen sogar für Strafschärfung² und das Auffahren des großen Staatsschutz-Bestecks³). Wer den Mittelweg beschreiten will, kann auf unterschiedlichen Ebenen nach ihm suchen (etwa bei Strafbegründungs- oder -zumessungsschuld oder im Prozessrecht). Vertreten wird seit Jahrzehnten das gesamte Spektrum des Skizzierten.⁴ Die Radikalisierung der Klimaschutzbewegung (insbesondere in Gestalt der sog. Klima-Kleber) war zuletzt Anlass, die bekannten Argumente noch einmal neu auszutauschen, sie zu präzisieren und nachzujustieren, sich also neuerlich ihrer jeweiligen Überzeugungskraft zu vergewissern.⁵ Allerdings ist der titelgebende Lösungsvorschlag bei dieser umfassenden Neuvermessung bislang zu kurz gekommen. Das sei hier nachzuholen versucht.

II. Strafrechtliche Bewältigungsversuche im Überblick

Diejenigen, die Akte zivilen Ungehorsams zu legalisieren trachten, können sich dafür zunächst auf genuin moralphilosophisch argumentierende Autoren berufen, die ausdrücklich eine ethische „Rechtfertigung“ postulieren.⁶ Ins

* Prof. Dr. Till Zimmermann ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

¹ Eine genaue Definition ist für die hiesigen Zwecke verzichtbar. Die gängigsten Definitionen stimmen im Kern überein, vgl. BVerfGE 73, 206 (250); Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1979, S. 401; Frankenberg, JZ 1984, 266 (268 f.); Geis, in: Hilgendorf/Joerden, Handbuch Rechtsphilosophie, 2. Aufl. (2021), S. 534 (536).

² Vgl. BT-Drs. 20/4310, Antrag der CDU/CSU-Fraktion „Straßenblockierer und Museumsrandalierer härter bestrafen“, 8.11.2022; krit. Wenglarczyk, Feindbild Klimaaktivismus, Verfassungsblog, 10.11.2022, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/feindbild-klimaaktivismus> (zuletzt abgerufen am 15.1.2025).

³ Zur Einstufung von Klimaprotestgruppen als kriminelle Vereinigung i.S.v. § 129 StGB s. LG Potsdam, openJur 2023, 8418, online abrufbar unter: <https://openjur.de/u/2473735.html> (zuletzt abgerufen am 15.1.2025); LG München, bei Sehl, Warum der Verdacht einer kriminellen Vereinigung besteht, LTO, 23.11.2023, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-muenchen-letzte-generation-klimakleber-durchsuchung-protest-kriminell-vereinigung> (zuletzt abgerufen am 15.1.2025); Schumacher, JuS 2023, 820 ff.; Kuhli/Papenfuß, KriPoZ 2023, 71 ff.; Schönberger/Naujoks, § 129 StGB und die Erheblichkeit der Erheblichkeit, Verfassungsblog, 8.11.2023, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/%c2%a7-129-stgb-und-die-erheblichkeit-der-erheblichkeit> (zuletzt abgerufen am 15.1.2025).

⁴ S. nur die Beiträge in dem erstmals 1983 erschienenen Sammelband von Glotz, Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 3. Aufl. (2015).

⁵ S. exemplarisch die Beiträge in dem Sammelband von Bönnemann, Kleben und Haften – Ziviler Ungehorsam in der Klimakrise, 2023, online abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/wp-content/uploads/2023/09/Verfassungsbook_Kleben-und-Haften.pdf (zuletzt abgerufen am 15.1.2025).

⁶ Exemplarisch Rawls (Fn. 1), S. 400, 402 und 409. Auch Habermas, in: Glotz, Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 29, spricht von „berechtigtem“ zivilen Ungehorsam (S. 36 und 39). Das ist aber offenbar untechnisch gemeint. Denn seine Conclusio, „[d]er zivile Ungehorsam muß zwischen Legitimität und Legalität in der Schwebe bleiben“ (S. 43), kann in rechtlichen Kategorien ausgedrückt eher als Plädoyer für eine bloße Entschuldigung oder einen Strafverzicht bzw. -nachlass interpretiert werden, vgl. Kubiciel, JZ 2024, 167 (170 Fn. 39).

Feld geführt werden dafür meist komplexe und voraussetzungsreiche Wahl-des-kleineren-Übels-Erwägungen, die im Kern argumentieren, der Ungehorsam richte sich gegen eine zwar demokratisch legitimierte, gleichwohl aber ethisch illegitime Regelung. Werden diese ethischen Erwägungen von ihren juristischen Sympathisanten in die Welt der (straf-)rechtlichen Erlaubnistatbestände übertragen, mündet dies zumeist in der Annahme eines rechtfertigenden Notstands nach § 34 StGB,⁷ vereinzelt auch in einer Rechtfertigung unmittelbar aus den Grundrechten (Meinungs-, Glaubens- oder Versammlungsfreiheit).⁸ Der durchschlagende Einwand gegen die Rechtfertigungsmodelle besteht allerdings darin, dass (zumindest jenseits der Radbruch-Formel) ethische Illegitimität im demokratischen Rechtsstaat als rechtliche Kategorie nicht zur Verfügung steht. „Richtig oder falsch?“ ist in diesem eine genuin politische Frage, die nur prozedural anhand der Mehrheitsregel beantwortet werden kann. Diese kann nicht durch die Gegenmeinung des Einzelnen in rechtsgültiger Weise überschrieben werden – anderenfalls wäre das Demokratieprinzip ausgehebelt.⁹ Not- und Widerstandsrechte stehen deshalb allenfalls gegen offenkundig ausbrechende Rechtsakte zur Verfügung, also in Fällen, in denen der Staat beharrlich gegen von ihm selbst anerkannte Pflichten verstößt und auch prozedurale Remedur nicht zur Verfügung steht.¹⁰ Es ist nicht ersichtlich, dass das politische Versagen in Sachen Klimaschutz¹¹ diese Qualität bereits erreicht hätte.¹²

Diejenigen, die in Tatbestandsverwirklichungen aus zivilem Ungehorsam von vornherein nur „gewöhnliche“ Kriminalität erblicken,¹³ haben es insoweit einfacher: Sie haben kein rechtsdogmatisches Problem zu lösen. Allerdings haben sie das *BVerfG* gegen sich. Dieses vertritt jedenfalls in Bezug auf Sitzblockaden (die es ausdrücklich als Akt zivilen Ungehorsams anerkennt)¹⁴ die Ansicht, es handele sich dabei um eine politische Kommunikationshandlung innerhalb des sachlichen Schutzbereichs der Versammlungsfreiheit.¹⁵ Infolgedessen komme der Protesthandlung ungeachtet ihrer etwaigen Rechtswidrigkeit

ein verfassungsmäßiger Eigenwert zu, der im Zusammenspiel mit dem Grundsatz des Verbots unverhältnismäßiger Sanktionen die Strafjustiz dazu zwingt, zivil Ungehorsame tendenziell mit Samthandschuhen anzupacken (insbesondere durch die Verhängung keiner oder allenfalls milder Sanktionen).¹⁶

Das *BVerfG* gehört damit zur Gruppe der Mittelmeinungsvertreter, die zivilem Ungehorsam etwas dezidiert Positives abgewinnen können und dies bei der Frage des strafrechtlichen Umgangs mit ihm berücksichtigt wissen wollen. Auch wenn das Gericht den Grund dafür, warum es sich bei zivilem Ungehorsam nicht um gewöhnliche Kriminalität handelt, zurückhaltend-technisch formuliert („wertsetzende Bedeutung“ der Grundrechte), ist dem sachlich zuzustimmen. Es gehört zu den „strengen Voraussetzungen für zivilen Ungehorsam“¹⁷, dass der symbolisch das Recht Brechende gesinnungsmäßig fest auf dem Boden der freiheitlich-demokratischen Grundordnung steht, deshalb harmlos-friedlich („zivil“) agiert und aus Überzeugung vom Bestehen eines Zustands allgemeiner Ungerechtigkeit, den er abzuändern intendiert, persönlich etwas zu riskieren bereit ist. Altruistisches Handeln aus Sorge um das Gemeinwohl, Verfassungstreue und politischem Verantwortungsbewusstsein sowie das Anrichten geringer Schäden in der (ggf. auch irrigen) Vorstellung, dadurch zur Wahrung eines wesentlich überwiegenden Interesses beizutragen, sind allesamt anerkanntermaßen Faktoren, die typischerweise für verringertes Unrecht und geminderte Schuld sprechen. Deshalb besteht bei zivilem Ungehorsam grundsätzlich ein allenfalls sehr geringes Strafbedürfnis und es verbietet sich seine Behandlung als ordinäre Kriminalität.¹⁸

Die Frage ist, wie dieser Befund am besten in den Prozess der strafrechtlichen Bewertung eingespeist werden kann. Die insbesondere vom *BGH* präferierte Lösung, die begrifflich unterkomplex sog.) „Fernziele“ der zivil Ungehorsamen nur im Rahmen des § 46 StGB, also auf Strafzumessungsebene, zu berücksichtigen,¹⁹ leidet am Makel

⁷ Grdl. *Schüler-Springorum*, in: Glotz, Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 76 (87 ff.); aus neuerer Zeit *AG Flensburg*, KlimR 2023, 25; *Bönte*, HRRS 2021, 164 ff.; *Wolf*, Klimaschutz als rechtfertigender Notstand, Verfassungsblog, 14.11.2022, online abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/klimaschutz-als-rechtfertigender-notstand/> (zuletzt abgerufen am 15.1.2025).

⁸ *AG Mönchengladbach-Rheydt*, KlimR 2022, 130 Rn. 6; *Brand/Winter*, JuS 2021, 113 ff.; aus früherer Zeit *Dreier*, in: Glotz, Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 54 (60 ff.).

⁹ *OLG Schleswig*, NStZ 2023, 740 Rn. 64; *Diekjobst*, Klimanotstand über Gewaltenteilung?, Verfassungsblog, 11.12.2022, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/klimanotstand-uber-gewaltenteilung/> (zuletzt abgerufen am 15.1.2025); *Engländer*, JZ 2023, 255 (259 f.); *Jahn*, JuS 2023, 82 (84); *Zimmermann*, Umweltschutz setzt Demokratie nicht außer Kraft, FAZ Einspruch, 16.10.2023, online abrufbar unter: <https://www.faz.net/einspruch/sind-umweltschutz-und-demokratie-vertragbar-19247828.html> (zuletzt abgerufen am 15.1.2025).

¹⁰ Näher *Horter/Zimmermann*, GA 2023, 481 (494 f.).

¹¹ Ausf. dazu *Groß*, JZ 2024, 893 ff.

¹² *Engländer*, JZ 2023, 255 (259 f.); *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (406); a.A. *Gätsch*, KlimR 2023, 141 (145) („anhaltendes Staatsversagen“).

¹³ I.d.S. *Kubiciel*, JZ 2024, 167 ff.; *Rostalski*, Klimaproteste sind sehr wohl kriminell, Philosophie Magazin, 14.11.2024, online abrufbar unter: <https://www.philomag.de/artikel/klimaproteste-sind-sehr-wohl-kriminell> (zuletzt abgerufen am 15.1.2025).

¹⁴ BVerfGE 73, 206 (252).

¹⁵ BVerfGE 104, 92 (103); *BVerfG*, NJW 2011, 3020 Rn. 30 ff. Im Schrifttum wird demgegenüber zurecht darauf hingewiesen, dass auch Art. 5 Abs. 1 GG einschlägig ist, s. *Frankenberg*, JZ 1984, 266 (270) – was etwa für „Solo-Demonstranten“ Bedeutung erlangen kann.

¹⁶ BVerfGE 73, 206 (252 ff.); 104, 92 (109 ff.); *BVerfG*, NJW 2011, 3020 Rn. 38 ff.

¹⁷ Vgl. BVerfGE 73, 206 (259).

¹⁸ So z.B. auch *Eidam*, JZ 2023, 224 (229); *Frankenberg*, JZ 1984, 266 (274); *Höffler*, Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat, Verfassungsblog, 25.5.2023, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/ziviler-ungehorsam-testfall-fur-den-demokratischen-rechtsstaat/> (zuletzt abgerufen am 15.1.2025); *Leitmeier*, HRRS 2023, 70 (73); *von Redeker*, Klimaproteste sind nicht kriminell, Philosophie Magazin, 8.11.2024, online abrufbar unter: <https://www.philomag.de/artikel/klimaproteste-sind-nicht-kriminell> (zuletzt abgerufen am 15.1.2025); *Roxin*, in: FS Schüler-Springorum, 1993, S. 441 (452).

¹⁹ BGHSt 35, 270 ff.; zustimmend etwa *Rönnau*, JuS 2023, 112 (114 f.); *Simm*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. (2021), § 240 Rn. 142.

des Unvollständigen; sie überspringt nämlich die Frage des „Ob“ einer Zumessung von Strafe. Der dem vorbeugende Vorschlag, geeignete Fälle als Bagatelldelinquenz über das strafprozessuale Einstellungsinstrumentarium der §§ 153, 153a StPO ganz ohne Strafe zu erledigen,²⁰ funktioniert allerdings nur dann, wenn die Staatsanwaltschaft sich darauf einlässt – offenbar tut sie es häufig nicht. Vorzugswürdig erscheint daher ein materiell-rechtlicher Vorschlag, der bereits am „Ob“ einer Bestrafung ansetzt. Ein solcher stammt von *Roxin*. Er plädiert für einen generalpräventiv begründeten Ausschluss der „Verantwortlichkeit“: Fehle es, wie regelmäßig in Fällen moderaten zivilen Ungehorsams, an der präventiven Bestrafungsnotwendigkeit, liege ein (in seinen Wirkungen mit einem Entschuldigungsgrund vergleichbarer) Verantwortlichkeitsausschlussgrund vor.²¹ Das Problem an diesem Vorschlag ist die diffuse Kategorie der „Verantwortlichkeit“. Zum einen leuchtet es bereits begrifflich nicht ein, dass der zurechnungsfähige Täter für das mit seinem Akt des zivilen Ungehorsams verbundene (wenn auch geringe) Unrecht nicht „verantwortlich“ sein soll. Zum anderen läuft die Kategorie auf eine unklare Vermischung von Strafzweckaspekten und Strafbarkeitsbedingungen hinaus.²² Im Ergebnis mit dem Ansatz *Roxins* übereinstimmend, im Gegensatz zu diesem aber auch terminologisch und dogmatisch überzeugend, ist indes der Vorschlag von *Günther*, Sitzblockaden ggf. über einen Strafunrechtsausschlussgrund straflos zu stellen.²³

III. Strafunrechtsausschluss bei Sitzblockaden

Im Zentrum auch der neueren Debatte steht vor allem die Protestform der Straßenblockade als Akt mittelbaren zivilen Ungehorsams.²⁴ Unmittelbar verletzte Norm ist regelmäßig das Nötigungsverbot des § 240 Abs. 1 StGB.²⁵ Es entspricht ganz h.M. und wird nachfolgend vorausgesetzt, dass in den einschlägigen Fällen Zwang durch Gewalt erfolgt.²⁶ Hier interessiert allein die Handhabung der Ver-

werflichkeitsklausel (§ 240 Abs. 2 StGB), die über das Schicksal der Nötigungstat als straflos oder strafbar entscheidet. Weitgehende Einigkeit herrscht ferner darüber, dass es hierbei auf eine sozialetische Gesamtwürdigung der Nötigungshandlung ankommt.²⁷ Aber alles weitere ist unklar – namentlich der Umfang des zu würdigenden Materials sowie Rechtsnatur und -folge des etwaigen Unrechtsausschlusses. Speziell in den Sitzblockade-Fällen kommt es freilich genau hierauf an.

Umstritten ist vordergründig, ob die Feststellung der (Nicht-)Verwerflichkeit der Nötigungshandlung auch unter Einbezug einer inhaltlichen Bewertung der sog. Fernziele der Demonstrierenden (also etwa der Dignität des Anliegens „Klimaschutz“) zu erfolgen hat. Das wird gelegentlich bejaht.²⁸ Die damit zwangsläufig einhergehende ideologische „Politisierung der Strafrechtsanwendung“²⁹ läuft in der Praxis indes auf eine schwerlich mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbare Lotterie hinaus, bei der die Gewinnchance von der politischen Präferenz des Richters abhängt.³⁰ Die klügere, vom *BVerfG* ersonnene Lösung zur Handhabung der Verwerflichkeitsklausel verzichtet hingegen auf eine inhaltliche Bewertung und stellt den mit der Demonstration verfolgten Kommunikationszweck (scil. das „Ziel der Erregung von Aufmerksamkeit“ für ein politisches Anliegen) heraus. Entsprechend kommt es bei der Verwerflichkeitsprüfung auf die ethische Dignität der politischen Fernziele nicht an, wohl aber auf versammlungs(grund)rechtliche Wertungen und die Zivilität des Protests. Konkret sind nach der verfassungsgerichtlichen Judikatur für die Einzelfallbeurteilung maßgeblich:³¹ Die soziale Gewichtigkeit des verfolgten Anliegens,³² das Bestehen eines Sachbezugs zwischen den in ihrer Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen und dem Protestgegenstand, ferner Dauer und Intensität der Aktion, deren vorherige Bekanntgabe, das Bestehen von Ausweichmöglichkeiten für die betroffenen Verkehrsteilnehmer und die Dringlichkeit des blockierten Transports.

²⁰ *Frankenberg*, JZ 1984, 266 (275); *Kröpil*, JR 2011, 283 (287).

²¹ *Roxin*, in: FS Schüler-Springorum, 1993, S. 441 (453 ff.).

²² *Radtke*, GA 2000, 19 (31).

²³ *Günther*, in: FS Baumann, 1992, S. 213 (216 ff.), der an seine Vorarbeiten in „Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss“ (1983) anknüpft.

²⁴ Als „mittelbare“ (oder auch: indirekte) Akte zivilen Ungehorsams werden solche bezeichnet, bei denen nicht die Norm übertreten wird, gegen die der Protest sich inhaltlich richtet, *Frankenberg*, JZ 1984, 266 (268 f.).

²⁵ Strittig ist, ob die blockierten Autofahrer zudem i.S.v. § 239 StGB ihrer Freiheit beraubt werden (verneint von *OLG Hamm*, VRS 92 [1997], 208; *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 [402], bejaht von *Kaerkes*, HRRS 2024, 16 [22]). Inwieweit auch spezielle Nötigungstatbestände (§§ 105, 106 StGB) verwirklicht sind, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, näher *Preuß*, HRRS 2024, 162 ff.; *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (402).

²⁶ Exemplarisch *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (402 f.); näher zur aktuellen Debatte um die Auslegung des Gewaltbegriffs bei Sitzblockaden *Cordes/Hohnerlein*, Gewalt als körperliche Zwangswirkung, Verfassungsblog, 23.4.2024, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/gewalt-als-korperliche-zwangswirkung/> (zuletzt abgerufen am 15.1.2025); *Lund*, Friedliche Gewalt!, Verfassungsblog, 19.8.2024, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/sitzblockaden-gewalt/> (zuletzt abgerufen am 15.1.2025); *Slogsnat*, Gewalt durch Sitzblockaden, Verfassungsblog, 6.4.2024, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/gewalt-durch-sitzblockaden/> (zuletzt abgerufen am 15.1.2025).

²⁷ *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht BT I, 47. Aufl. (2023), Rn. 379; *Preuß*, NZV 2023, 60 Rn. 28.

²⁸ *S. Kaufmann*, NJW 1988, 2581 (2583 f.) sowie die Nachw. bei *OLG Stuttgart*, NSStZ 1988, 129. Offen für die Berücksichtigung von Fernzielen auch *Eidam*, JZ 2023, 224 (230); *Lenckner*, JuS 1988, 349 (355).

²⁹ *Kubiciel*, JZ 2024, 167 (174); vgl. auch BGHSt 35, 270 (276 ff.).

³⁰ Vgl. nur *Kerschnitzki*, „Klimakleber“ als Nachweis der Verfassungswidrigkeit des § 240 StGB, JuWissBlog, 9.1.2023, online abrufbar unter: <https://www.juwiss.de/1-2023/> (zuletzt abgerufen am 15.1.2025); ferner BGHSt 35, 270 (281); *Sieger*, Jura 2025, 1 (5); *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (407).

³¹ Vgl. *BVerfG*, NJW 2011, 3020 Rn. 39.

³² Dieses Kriterium ergibt sich jedenfalls implizit aus den verfassungsgerichtlichen Vorgaben, denen zufolge es maßgeblich darauf ankommt, ob die Aktivisten „zu einer die Öffentlichkeit angehenden, kontrovers diskutierten Frage“ Stellung beziehen, s. *BVerfGE* 104, 92 (110); näher dazu *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 240 Rn. 29a m.w.N.

Das *BVerfG* ist erkennbar darum bemüht, klare und möglichst praxistaugliche Parameter für die Ausfüllung der Verwerflichkeitsprüfung bei Sitzblockaden vorzugeben. Das Problem an ihnen ist nur, dass die Ergebnisse kaum weniger unvorhersehbar sind als diejenigen der willkürlichen Fernziel-Lösung. Auf die Frage, was die Verfassungsrechtsprechung konkret für Klimakleber bedeutet, erhält man durchaus gegensätzliche Antworten.³³ Der Grund hierfür dürfte nun allerdings weniger mit den unterschiedlichen politischen Einstellungen der Betrachter zu tun haben, als vielmehr mit dem (Miss-)Verständnis der dogmatischen Natur der Verwerflichkeitsklausel. Das sei näher erklärt. Bei unbefangener Betrachtung der Klima-Kleber schlagen wichtige Parameter zu ihren Gunsten aus (insbesondere die soziale Bedeutung des Anliegens und der Sachbezug zwischen Protestgegenstand und den beeinträchtigten Personen). Auffällig ist nun, dass diejenigen, die trotzdem von der Verwerflichkeit der Protestaktion ausgehen, als Hauptargument zumeist auf die Gegenrechte der von der Blockadeaktion betroffenen Verkehrsteilnehmer verweisen bzw. auf den mit der Negierung der Verwerflichkeit einhergehenden Verlust von Abwehrrechten³⁴. Exemplarisch heißt es in einer pikierten Stellungnahme des *KG-Richters Sandherr*³⁵:

„Es hat etwas Rührendes, wenn ein deutsches Gericht³⁶ es im wahrsten Sinn des Wortes für in Ordnung (nämlich für mit der Rechtsordnung übereinstimmend) hält, dass ein Täter zur Ausübung seiner persönlichen Freiheit die Bewegungsfreiheit von Tausenden Menschen dadurch beeinträchtigt, dass er einen 18 km langen Stau erzeugt. [...] [S]o abwegig der *Person auf der Straße* die Vorstellung erscheinen mag, der einzelne Demonstrant dürfe zur stundenlangen Kundgabe seiner Meinung gerade die Mitte vielbefahrener Straßen verwenden, so gibt es bis in den rechtswissenschaftlichen Bereich hinein Stimmen, die genau diese Ansicht äußern.“

Das Fundament dieses Arguments ist die Annahme, aus der Verneinung der Verwerflichkeit gem. § 240 Abs. 2 StGB folge eo ipso die Rechtmäßigkeit der Protestaktion, also ihr „Übereinstimmen mit der Rechtsordnung“, ein „Dürfen“, die „Befugnis“ zum Blockieren,³⁷ die „Legitimierung der Blockade“³⁸ – kurzum: ein „Recht, im Rahmen von Verkehrsbehinderungen durch Sitzblockaden

und Instrumentalisierung Dritter öffentliche Aufmerksamkeit zu erzwingen.“³⁹ Formuliert als Notwehrprobe: Den durch nicht-verwerfliche Nötigungshandlungen blockierten Autofahrern komme schon deshalb kein Notwehrrecht gegenüber den Demonstrierenden zu, weil es mangels Verwerflichkeit an einem *rechtswidrigen* Angriff fehlt.⁴⁰ Vor der Folie dieses Verständnisses ist es nachvollziehbar, die Verwerflichkeitsklausel extrem engherzig zu interpretieren. Denn es ist nicht nur schwer begründbar, den betroffenen Verkehrsteilnehmern eine Duldungspflicht aufzuerlegen; zu bedenken ist auch, dass mit einem Rechtmäßigkeitsverdikt hinsichtlich der Protestaktion auch ordnungs- und versammlungsrechtlichen Maßnahmen die Grundlage entzogen wäre. Allerdings liegt dieser Argumentation ein falsches dogmatisches Verständnis von Wesen und Funktion der Verwerflichkeitsklausel zugrunde. Der Sache nach hält die erwähnte Ansicht das Nichtvorliegen der Verwerflichkeit für einen vollwertigen Rechtfertigungsgrund.⁴¹ Diese Interpretation ist weder mit dem tradierten Funktionsverständnis noch mit der Sitzblockaden-Rechtsprechung des *BVerfG* kompatibel.

Zunächst wird § 240 Abs. 2 StGB gemeinhin als erforderliches Korrektiv des Nötigungstatbestands betrachtet, der ansonsten infolge des weiten Gewalt-Verständnisses der Rechtsprechung und der 1943 erfolgten Aufnahme der Handlungsmodalität „Übelsandrohung“ viel zu weit in den Bagatellbereich ausufern würde. Des Näheren wird diese Korrekturfunktion nach klassischem Verständnis darin gesehen, dass nur bei positiver Feststellung der Verwerflichkeit die für eine Bestrafung als Vergehen erforderliche „empfindliche Überschreitung des [bloßen] Ordnungswidrigkeitenunrechts“⁴² gewährleistet ist. Es geht also m.a.W. bei § 240 Abs. 2 StGB darum, sicherzustellen, dass die für eine Bestrafung erforderliche Mindestunrechtshöhe – die sog. Strafrechtswidrigkeit⁴³ – erreicht ist.⁴⁴ Daraus folgt, dass § 240 Abs. 2 StGB – im Gegensatz zu einem Erlaubnistatbestand – „nicht Recht und Unrecht [abgrenzt], sondern die Straftat von der Ordnungswidrigkeit (z.B. im Straßenverkehr), von polizeiwidrigem Verhalten und von der unerlaubten Handlung (§ 823 Abs. 1 BGB)“.⁴⁵ Dogmatisch kommt § 240 Abs. 2 StGB also nicht die Funktion eines (legalisierenden) Rechtfertigungsgrundes zu, sondern lediglich diejenige eines (ent-

³³ Tendenziell gegen Verwerflichkeit: *AG Berlin-Tiergarten*, *NStZ* 2023, 239 Rn. 6 ff.; *AG Freiburg*, *KlimR* 2023, 59; *AG München*, *BeckRS* 2022, 41330 Rn. 26 ff.; *Homann*, *JA* 2023, 554 (558); *Rückert*, *KriPoZ* 2023, 456 (459); *Wihl*, *Die wilde Seite der Demokratie*, LTO, 14.2.2022, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/autobahnblockade-sitzblockade-berlin-legal-straftar-verfassungskonform-noetigung-versammlungsfreiheit> (zuletzt abgerufen am 15.1.2025); *Zimmermann/Griesar*, *JuS* 2023, 401 (407 f.); anders die inzw. wohl h.M.: *LG Berlin*, *BeckRS* 2022, 40639 Rn. 7; *AG Berlin-Tiergarten*, *NStZ* 2023, 242 Rn. 11 ff.; *AG Freiburg*, *KlimR* 2023, 62 Rn. 45; *Erb*, *NStZ* 2023, 577 (578 f.); *Lund*, *NStZ* 2023, 198 (199 f.); *Preuß*, *NZV* 2024, 61 Rn. 28; *Rengier*, *Strafrecht BT II*, 25. Aufl. (2024), § 23 Rn. 69a.

³⁴ Vgl. *BGHSt* 35, 270 (279); *Kröpil*, *JR* 2011, 283 (286).

³⁵ *Sandherr*, *NZV* 2024, 394 Rn. 1.

³⁶ Gemeint ist *AG Freiburg*, *KlimR* 2023, 59 ff.

³⁷ *Erb*, *NStZ* 2023, 577 (579).

³⁸ *Sandherr*, *NZV* 2024, 394 Rn. 7; gleichsinnig *AG Berlin-Tiergarten*, *NStZ* 2023, 242 Rn. 9.

³⁹ *LG Berlin*, *BeckRS* 2022, 40639 Rn. 7; ebenso *Schmidt*, *ZJS* 2023, 875 (893).

⁴⁰ I.d.S. *Ernst*, *KriPoZ* 2023, 448 (454); *Nielsen*, *Autofahrer gegen Sitzblockaden – Wie viel Notwehr darf es sein?*, *JuWissBlog*, 27.4.2023, online abrufbar unter: <https://www.juwiss.de/24-2023/> (zuletzt abgerufen am 15.1.2025); *Schladitz*, *Entziehung der Fahrerlaubnis nach Gewalt gegen Klimaaktivisten*, LTO, 21.7.2023, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/letztegeneration-klimakleber-blockaden-strassen-selbsthilfe-notwehr-fuehrerschein> (zuletzt abgerufen am 15.1.2025).

⁴¹ So ausdr. *Rönnau/Saathoff*, *JuS* 2023, 439 ff.; *Meurer/Bergmann*, *JR* 1988, 49 (53); der Sache nach auch *BGHSt* 35, 270 (278 f.).

⁴² So *Arzt*, *JZ* 1988, 775 (777).

⁴³ Zum Begriff *Schlehofer*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 5. Aufl. (2024), Vorb. § 32 Rn. 3; *Kindhäuser/Zimmermann*, *Strafrecht AT*, 11. Aufl. (2024), § 15 Rn. 15.

⁴⁴ Näher *Effer-Uhe*, *NJOZ* 2023, 576 (577).

⁴⁵ *Günther*, in: *FS Baumann*, 1992, S. 213 (216).

kriminalisierenden) Strafunrechtsausschließungsgrundes.⁴⁶ Als solchen bezeichnet man die Typisierung von Umständen, die bewirken, dass der Unrechtsgehalt einer Tatbestandsverwirklichung (hier: des § 240 Abs. 1 StGB) unter die für eine Kriminalstrafe erforderliche Schwelle sinkt.⁴⁷ An der Rechtswidrigkeit des fraglichen Verhaltens ändert sich dadurch allerdings nichts (sodass ihm deshalb grundsätzlich weiterhin durch Notwehr⁴⁸ oder polizeiliche Maßnahmen begegnet werden kann).⁴⁹

In Bezug auf zivilen Ungehorsam durch Straßenblockaden liegt nun zweierlei auf der Hand: Erstens, dass es sich bei den im Begriff des zivilen Ungehorsams zusammengefassten Umständen regelmäßig um solche handelt, die in ihrer Gesamtheit die Schwere des Nötigungsunrechts signifikant reduzieren, ohne dieses jedoch gänzlich aufzuheben (ergo diese Umstände als Strafunrechtsausschließungsgrund begriffen werden können). Zweitens, dass das BVerfG § 240 Abs. 2 StGB offenbar genau in diesem Sinne interpretiert – nämlich als Instrument zur Beantwortung der Frage, ob an ein (versammlungs-)rechtswidriges (!) Verhalten jenseits der Folgen des § 15 VersammlG zusätzlich auch noch eine „strafrechtliche Sanktion“ geknüpft werden darf (oder ob diese „übermäßig“ wäre).⁵⁰ Diese Frage kann aber nur dann sinnvoll gestellt werden, wenn § 240 Abs. 2 StGB gerade nicht als Erlaubnistatbestand verstanden wird.⁵¹

Gegen die hier favorisierte Deutung des § 240 Abs. 2 StGB als bloßen Strafunrechtsausschließungsgrund sprechen lediglich zwei Argumente. Erstens, dass der Normwortlaut eben nicht von „strafrechtswidrig“, sondern von „rechtswidrig“ spricht (und daher auf eine Erlaubniswirkung hinzuweisen scheint). Das Argument ist jedoch vor dem Hintergrund der Gesetzgebungsgeschichte der Nötigung nicht belastbar: In der ursprünglichen Entwurfsfassung (1930) als Tatbestandsausschließungsgrund konzipiert, wurde das Korrektiv durch die dogmatikblinde nationalsozialistische Gesetzgebung (1943) sprachlich und systematisch verhunzt.⁵² Daher gibt es insoweit kein Bedürfnis, den Wortlaut auf die Goldwaage zu legen; insbesondere verstößt es nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG, wenn das Wort „rechtswidrig“ in § 240 Abs. 2 StGB als „strafrechtswidrig“ ausgelegt wird. Der zweite Einwand gegen

die Interpretation der Verwerflichkeitsklausel als Strafunrechtsausschließungsgrund stammt von *Schüler-Springorum* und bezieht sich speziell auf Nötigungshandlungen aus zivilem Ungehorsam: Da dieser per definitionem die Bereitschaft voraussetze, ein (straf-)rechtliches Risiko einzugehen, könne ziviler Ungehorsam nicht als Grund anerkannt werden, der eine Bestrafung ausschließt.⁵³ Bereits die dogmatische Substanz dieses Einwands ist nicht leicht zu entschlüsseln. Dessen ungeachtet: Zu den „Tatbestandsmerkmalen“ zivilen Ungehorsams gehört sub specie rechtliches Risiko nicht mehr als „die Bereitschaft, für die rechtlichen Folgen der Regelverletzung einzustehen.“⁵⁴ Da aber auch nach „Abzug“ der Möglichkeit einer Bestrafung wegen Nötigung Sitzblockierer mit etwaigen Notwehrhandlungen und deliktischen Ansprüchen der Blockierten⁵⁵ sowie polizeilichen Schmerzgriffen⁵⁶ und Präventivgewahrsam⁵⁷ zu rechnen haben, verbleibt noch genug rechtliches Risiko, um von der charakteristischen „Bereitschaft, die gesetzlichen Folgen der Handlungsweise auf sich zu nehmen“,⁵⁸ sprechen zu können.

IV. Offene Fragen

1. Problemfälle

Rostalski, die Klimaproteste für „kriminell“ hält, mahnt jeden, der nötigende Klimaproteste unter Umständen als „nicht kriminell“ ansieht (also auch den *Autor*), die Konsequenzen dessen auch in Fällen vielleicht wenig sympathischer Protestanliegen tragen zu müssen⁵⁹ – etwa bei „Corona- und Bauern-Protesten“ oder in Bezug auf die Artikulation „rechtsautoritärer“ Vorstellungen von Asyl- und (Re-)Migrationspolitik (bspw. in Gestalt von „Sitzblockaden vor Flüchtlingsunterkünften durch neonazistische Gruppen“⁶⁰). Das ist ein berechtigter Hinweis. Wer Fernziele bei der Verwerflichkeitsprüfung – richtigerweise – prinzipiell außer Acht lässt, muss akzeptieren, dass „[d]as Demonstrationsrecht Minderheiten und egoistischen Demonstranten in gleicher Weise zu[stelt] wie Mehrheiten und altruistischen Demonstranten“ – und deshalb bspw. „Hundehalter und Atomkraftgegner das gleiche Recht [haben], sich zur kollektiven Äußerung ihres Anliegen zu versammeln.“⁶¹

⁴⁶ *Günther*, in: FS Baumann, S. 213 (218); ebenso *Reichert-Hammer*, Politische Fernziele und Unrecht, 1991, S. 293; *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht BT I, Rn. 379; *Zimmermann/Griesar*, JuS 2023, 401 (406); sachlich übereinstimmend *Effer-Uhe*, NJOZ 2023, 576 (581); *Rückert*, KriPoZ 2023, 456 (459).

⁴⁷ *Schlehofer*, in: MüKo-StGB, Vorb. § 32 Rn. 57.

⁴⁸ Zutr. bemerken daher *Hoven/Rostalski/Weigend*, Angriff oder Verteidigung, ZEIT, 16.12.2022, online abrufbar unter: <https://www.zeit.de/2022/52/klimaaktivismus-autofahrer-letzte-generation-notwehr> (zuletzt abgerufen am 15.1.2025), dass es auf die Frage, ob sich die Demonstrierenden gem. § 240 StGB strafbar machen, nicht ankommt, da „ein Notwehrrecht nicht nur gegen strafbare, sondern bereits gegen rechtswidrige Angriffe [besteht].“

⁴⁹ Näher *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl. (2020), Vorb. § 32 Rn. 3; *Zimmermann*, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 2, 2020, § 37 Rn. 43 ff. m.w.N.

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 104, 92 (107 ff.).

⁵¹ Dies wird auch daran deutlich, dass die Senatsmehrheit (auf S. 108 der Entscheidung) den in der abw. Meinung der Richterin *Haas* geäußerten Vorwurf, die Mehrheit schließe aus der Verwerflichkeit auf ein „Dürfen“ (S. 116), zurückweist.

⁵² Eingehend *Effer-Uhe*, NJOZ 2023, 576 (577 f.).

⁵³ *Schüler-Springorum*, in: *Glötz*, Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 76 (82).

⁵⁴ So *Frankenberg*, JZ 1984, 266 (268 f.).

⁵⁵ Näher *Lutzi*, JuS 2023, 385 ff.; *Patros/Pollithy*, NJOZ 2023, 1 ff.

⁵⁶ Vgl. *VG Kassel*, BeckRS 2022, 35234; *VG Berlin*, BeckRS 2023, 11173; krit. *Ahmad/von Bernstorff*, Schmerzgriffe und Menschenrechte, Verfassungsblog, 2.7.2024, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/schmerzgriffe-polizei-menschenrechte/> (zuletzt abgerufen am 15.1.2025).

⁵⁷ Dazu *BayObLG*, BeckRS 2024, 31658.

⁵⁸ *Rawls* (Fn. 1), S. 403.

⁵⁹ *Rostalski*, Klimaproteste sind sehr wohl kriminell, Philosophie Magazin, 14.11.2024.

⁶⁰ Dieses Zitat stammt von *Patett*, HRN 2013, 139 (147), die anderen von *Rostalski*, Klimaproteste sind sehr wohl kriminell, Philosophie Magazin, 14.11.2024.

⁶¹ *Günther*, in: FS Baumann, 1992, S. 213 (224).

Gleichwohl wäre die Annahme vorschnell, dass deshalb praktisch jeder in den Genuss des Strafunrechtsausschließungsgrundes nach § 240 Abs. 2 StGB kommt, der als blockierender Demonstrant irgendwie „die Verletzung von Grundrechten geltend [macht]“.⁶² Tatsächlich dürften die – nicht zufällig am Beispiel des gezielten zivilen Ungehorsams entwickelten – (Nicht-)Verwerflichkeitskriterien des *BVerfG* bei den erwähnten „Problem-Fällen“ eher nicht in Richtung Strafverzicht deuten. Bei der gegen die Kürzung umweltschädlicher Subventionen im Agrarsektor gerichteten Protestform, Bundesstraßen durch Fäkalienanhäufungen unpassierbar zu machen (sog. Bauern-Protest), ist aufgrund der Eigennützigkeit des auf sehr spezielle Partikularinteressen gerichteten Protestziels bereits die Komponente der sozialen Gewichtigkeit des Anliegens eher schwach ausgeprägt. Da zudem kein Bezug zwischen politischer Forderung und Protestform auszumachen ist, spricht insoweit Vieles für die Verwerflichkeit.⁶³ Anderes mag bei Blockaden durch „Rechtsautoritäre“ gelten, die eine Verschärfung des Umgangs mit Migrant*innen im Sinn haben. Dem Zeitgeist des Jahres 2025 nach zu urteilen, handelt es sich um ein Anliegen von hoher sozialer Relevanz; auch ist, etwa bei der Zufahrtsblockade einer Geflüchtetenunterkunft, durchaus ein inhaltlicher Zusammenhang zwischen Protestziel und -gegenstand denkbar. Bewegen sich allerdings die politischen Forderungen außerhalb des verfassungsrechtlich Zulässigen (etwa diejenige nach „Remigration“ deutscher Staatsangehöriger unter Verstoß gegen den im Kern änderungsfesten Art. 16 Abs. 1 GG), gerät das strikte Fernzielbewerungsverbot an seine Grenzen. Aufrufen zum Verfassungsbruch kann schwerlich das Verdikt der Verwerflichkeit erspart bleiben – ein solcher Ungehorsam ist schlicht nicht mehr „zivil“.⁶⁴ Ein letzter Prüfstein sind Proteste von Abtreibungsgegnern vor Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen, die sich ebenfalls im Dunstkreis von Demonstrationen und Nötigung bewegen.⁶⁵ Gesellschaftliche Bedeutung des Anliegens (§ 218 StGB-Debatte), Fremdnützigkeit auf grundgesetzlichem Boden (Lebensrecht Ungeborener) und inhaltlicher Zusammenhang zwischen Protestform und -inhalt stehen außer Zweifel. All dies spricht gegen die Verwerflichkeit einer mit dem Protest beabsichtigten Nötigung Schwangerer. Für Verwerflichkeit spricht allerdings, dass der Gesetzgeber mit dem bußgeldbewehrten Verbot sog. Gehsteigbelästigungen (§§ 8 Abs. 2, 13 Abs. 2 i.V.m. § 35 SchKG) zum Schutz einer besonders vulnerablen Personengruppe vor nötigenden „Spießbrutenläufen“⁶⁶ sogar eine bewusst über

das allgemeine Nötigungsverbot hinausgehende Einschränkung der Meinungs- und Versammlungsfreiheit geschaffen hat.⁶⁷ Angesichts der Intensität der Nötigungshandlung, die aus Sicht im Schwangerschaftskonflikt befindlicher Frauen dem „Extremfall“⁶⁸ der Blockade von Krankenwagen durch Klima-Kleber gleichkommen dürfte, sowie zur Meidung offener Wertungswidersprüche liegt es deshalb nahe, hier trotz gegenläufiger Faktoren die Verwerflichkeit der Nötigungshandlung zu bejahen.

2. Übertragbarkeit auf andere Delikte?

Die Gründe, zivilen Ungehorsam bei der Nötigung grundsätzlich als Strafunrechtsausschließungsgrund anzuerkennen, sind gleichermaßen einschlägig, wenn z.B. Klimaaktivisten andere Bagatelldelikte begehen (namentlich Hausfriedensbruch⁶⁹ und Sachbeschädigung⁷⁰). Anderen Tatbeständen fehlt aber ein dem § 240 Abs. 2 StGB vergleichbares positiviertes Korrektiv. Es drängt sich die Frage auf, ob der Strafunrechtsausschließungsgrund des zivilen Ungehorsams aber auch ohne Verwerflichkeitsklausel, d.h. als ungeschriebener Straffreistellungsgrund anzuerkennen ist. (Der dürftige Notbehelf, bei § 303 Abs. 1 StGB das Merkmal „rechtswidrig“ als „strafrechtswidrig“ zu lesen⁷¹ und hierüber Strafunrechtsausschließungserwägungen einzuspeisen, stieße jedenfalls bei § 303 Abs. 2 und § 123 StGB an eine Grenze). Eine Antwort darauf bedarf näherer Untersuchung, die hier nicht geleistet werden kann. Nicht zuletzt aufgrund seiner klareren Konturen wäre ein solcher Strafunrechtsausschluss jedenfalls gegenüber dem Postulat einer unmittelbar aus Grundrechten hergeleiteten Befugnis⁷² die bessere Lösung.

V. Fazit

Im durch Klimaaktivisten neuerlich entfachten Streit um die Nötigungsstrafbarkeit zivil ungehorsamer Sitzblockaden stehen sich bislang vor allem die miteinander unversöhnlichen Ansätze „Legalisierung“ und „Kriminalisierung“ gegenüber. Letzterer gewinnt in der Praxis aktuell die Oberhand. Die vom *BVerfG* vor Jahrzehnten als „Magna Carta der aktiven, starken und partizipatorischen Demokratie“⁷³ geprägten Leitlinien zum Umgang mit der Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB drohen nach neuester obergerichtlicher Rechtsprechung zu einer blutleeren Detailfeststellungs-Pflichtübung der Tatgerichte zu verkommen.⁷⁴ Indes unterliegen die Bestrafungsbefürworter der dogmatischen Fehlvorstellung,

⁶² I.d.S. aber *Rostalski*, Klimaproteste sind sehr wohl kriminell, *Philosophie Magazin*, 14.11.2024; *Patett*, HRN 2013, 139 (147).

⁶³ I.d.S. *Fischer*, Dürfen Bauern, was andere nicht dürfen?, *Spiegel Online*, 12.1.2024, online abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/kultur/bauernproteste-der-bauer-seine-frau-und-sein-traktor-a-fa1f1bdb-eada-496b-ad68-7d09e4db0568> (zuletzt abgerufen am 15.1.2025).

⁶⁴ Vgl. *Geis*, in: Hilgendorf/Joerden, *Handbuch Rechtsphilosophie*, S. 534 (536 li. Sp.).

⁶⁵ Vgl. *Graf/Vasović*, *NVwZ* 2022, 1679 ff.

⁶⁶ BT-Drs. 20/10861, S. 23.

⁶⁷ Näher *Frister*, Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf (BT-Drs. 20/10861) v. 9.5.2024, S. 2 ff., online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/1002056/c00af397cf2cd0cbf5ebbd0fde35c6/20-13-109j.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.1.2025).

⁶⁸ So *Amelung*, *NStZ* 1996, 230 (231).

⁶⁹ *AG Flensburg*, *KlimR* 2023, 25 ff. (Baumbesetzung).

⁷⁰ Vgl. *OLG Celle*, *NStZ* 2023, 113 ff.

⁷¹ Vgl. *Schlehofer*, in: *MüKo-StGB*, Vorb. § 32 Rn. 36.

⁷² Dafür *AG Mönchengladbach-Rheydt*, *KlimR* 2022, 130 Rn. 6 (unmittelbar aus Grundrechten gerechtfertigter Hausfriedensbruch in einem Tagebau); abl. *Horster/Zimmermann*, *GA* 2023, 440 (443 ff.).

⁷³ *Wihl*, *Die wilde Seite der Demokratie*, LTO, 14.2.2022.

⁷⁴ Vgl. *KG Berlin*, *NZV* 2024, 335 Rn. 11 ff.; *OLG Karlsruhe*, *BeckRS* 2024, 2340 Rn. 14 ff.

mangelnde Verwerflichkeit bedeute eine Erlaubnis. Als vorzugswürdige Alternative bietet sich die Revitalisierung der einst von *Günther* begründeten Lehre an, § 240 Abs. 2 StGB als Strafunrechtsausschließungsgrund zu

deuten. Der dogmatisch schlüssige Vorschlag ist dezidiert *BVerfG*-konform und ermöglicht die gebotene Entkriminalisierung *ohne* Legalisierung.

Strafrechtlicher Wahrheitsschutz bei der politischen Meinungs- und Willensbildung?

von Prof. Dr. Armin Engländer*

Abstract

Der Beitrag befasst sich mit der Frage, ob zum Schutz der Demokratie politische Fake News stärker als bislang mit dem Mittel des Strafrechts bekämpft werden sollen. Er zeigt auf, dass die Antwort auf diese Frage davon abhängt, welche Rolle Wahrheit in der politischen Meinungs- und Willensbildung spielt. Das wiederum steht im Zusammenhang mit der Frage, ob man Demokratie besser in einem deliberativen oder in einem elektoral-interessenbasierten Sinn versteht.

The article examines whether political fake news should be tackled more vigorously through criminal law to protect democracy. It shows that the answer depends on the role that truth plays in the formation of political opinion and will. This, in turn, is linked to the question of whether democracy is better understood in a deliberative or in an electoral, interest-based sense.

I. Einleitung

Einer verbreiteten Ansicht zufolge leben wir in postfaktischen Zeiten. Wahrheit scheint – jedenfalls im politischen Raum – derzeit nicht hoch im Kurs zu stehen. „Fake News“, „alternative Fakten“ und Verschwörungsnarrative sind auf dem Vormarsch – begünstigt durch den tiefgreifenden Strukturwandel der öffentlichen Kommunikation infolge der Etablierung des World Wide Web samt der zahlreichen und vielfältigen sozialen Medien.¹ Zugleich hat in den parlamentarisch-demokratisch verfassten Staaten der sog. westlichen Welt in den letzten dreißig Jahren das Vertrauen der Bevölkerung in die demokratischen Institutionen und Akteure in beunruhigendem Umfang abgenommen, einhergehend mit einer Erosion des Glaubens an die Vorzugswürdigkeit der Herrschaftsform der Demokratie selbst.²

Als eine Ursache für die Regression demokratischer Gesellschaften wird die zunehmende Verbreitung der vorgenannten Fake News, alternativen Fakten und Verschwö-

rungsnarrative angeführt.³ Sie lösten die gemeinsam geteilte Wirklichkeit als Fundament demokratischer Gesellschaften auf, verwandelten Wahrheiten in bloße Meinungen, bewirkten Verunsicherung, Misstrauen und Desorientierung in der Bevölkerung, erschütterten das Vertrauen in die Problemlösungskompetenz der Politik, schürten negative Emotionen bis hin zu Hass und Wut, vergifteten den politischen Diskurs und spalteten die Gesellschaft. Ihre Bekämpfung wird daher von vielen als vordringliche politische Aufgabe gesehen. In diesem Zusammenhang ertönt in letzter Zeit verstärkt der Ruf nach dem Strafrecht. Es bedürfe zum Schutz der Demokratie eines Straftatbestandes, der – jedenfalls unter gewissen Bedingungen – das Inverkehrbringen und Verbreiten von politischen Fake News und Verschwörungsnarrativen unter Strafe stelle.⁴ Verwiesen wird dabei nicht selten auf das Beispiel des § 264 öStGB.

Im Folgenden sollen einige Überlegungen dazu vorgestellt werden, ob und inwieweit es tatsächlich gute Gründe für eine umfassendere Pönalisierung von politischen Fake News gibt (alternative Fakten und Verschwörungsnarrative werden dabei für die Zwecke dieser Untersuchung als Unterarten von Fake News verstanden und deshalb im Folgenden nicht gesondert thematisiert). Hierzu wird zunächst ein Blick auf den Wert der Wahrheit für die Demokratie geworfen. Sodann schließen sich einige Überlegungen zu den Zwecken des Inverkehrbringens und Verbreitens politischer Fake News an. Schließlich geht der Beitrag kurz auf mögliche strafrechtliche Regelungen, ihre etwaigen Vorzüge, aber auch ihre Probleme ein.

II. Der Wert der Wahrheit für die Demokratie

Das Verhältnis von Wahrheit und Politik war und ist bekanntlich problembehaftet und konfliktreich. Lügen scheint „zum Handwerk ... des Politikers und sogar des Staatsmannes zu gehören“, wie *Hannah Arendt* in ihrem Essay „Wahrheit und Politik“ bemerkt.⁵ Dessen ungeachtet ist aber die Ansicht weit verbreitet, dass Wahrheit je-

* Prof. Dr. Armin Engländer ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Der Beitrag stellt die um Nachweise ergänzte schriftliche Fassung eines Kurzreferats dar, das der Verf. auf der Jahrestagung des Kriminalpolitischen Kreises am 19.10.2024 in München gehalten hat. Eine erweiterte Version, die verschiedene Aspekte vertiefend beleuchtet, die im Rahmen des Vortrags nur angerissen oder nicht thematisiert werden konnten, wird in der Festschrift für Makoto Ida unter dem Titel „Schutz vor politischen Fake News durch Strafrecht? Zugleich zum Wert der Wahrheit für die Demokratie“ erscheinen.

¹ Dazu *Habermas*, Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Demokratie, 2022, S. 9 ff.

² Vgl. *Mounk*, Der Zerfall der Demokratie, 2018, S. 118 ff.; *Schäfer/Zürn*, Die demokratische Regression, 2021. Die Aussagekraft entsprechender Umfragen relativiert allerdings *Przeworski*, Crises of Democracy, 2019, S. 100 ff.

³ *Hoven*, ZStW 129 (2017), 718 (737); *Preuß*, Fake News, 2021, S. 108 ff.; *Schreiber*, Strafbarkeit politischer Fake News, 2022, S. 54 ff.

⁴ *Lammich*, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, 2022, S. 194 f., 231 ff.; *Preuß* (Fn. 3), S. 171 ff.; *Schreiber* (Fn. 3), S. 246 ff., 298 ff.; *Schünemann*, GA 2019, 620. Krit. hingegen *Rückert*, in: *Albrecht et al.* (Hrsg.), Strafrecht und Politik: 6. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler, 2018, S. 167; *Rostalski*, RW 2017, 436 (444 ff.); *Weigend*, NSW 2024, 67 (70 ff., 79 ff.).

⁵ *Arendt*, Wahrheit und Lüge in der Politik, 2013, S. 44.

denfalls für die Demokratie einen zentralen, unverzichtbaren Wert bildet.⁶ Die Gründe hierfür und die genaue Rolle der Wahrheit hängen freilich davon ab, welches Verständnis man vom Wesen der Demokratie hat. Diesbezüglich konkurrieren unterschiedliche Auffassungen. Der hiesige Beitrag geht auf zwei in der aktuellen demokratietheoretischen Debatte besonders verbreitete Vorstellungen ein: das deliberative und das elektoral-interessenbasierte Verständnis von Demokratie.

Das deliberative Verständnis stellt die Gedanken des Sich-Beratschlagens, des gemeinsamen Nachdenkens, des Argumentierens, des Austauschens von Gründen und Gegenargumenten in den Mittelpunkt. Es schließt an die Überlegungen von *Jean-Jaques Rousseau* zur Volkssouveränität an⁷ und hält an der Vorstellung fest, dass es in der Demokratie nicht einfach um Stimmrechtsgleichheit, die Durchsetzung von Mehrheitsmeinungen oder Kompromisse zwischen widerstreitenden privaten Interessen der Bürger geht, sondern um die Herausbildung eines vernünftigen Gemeinwillens. Ermöglicht werden soll eine gemeinwohlorientierte politische Meinungs- und Willensbildung durch autonome Öffentlichkeiten, in denen herrschaftsfrei darüber deliberiert, also beraten wird, was im gemeinsamen Interesse aller liegt.⁸ Als Teilnehmer an politischen Diskursen erheben die Bürger für ihre Debattenbeiträge Wahrheitsansprüche (bzw. wahrheitsanaloge Richtigkeitsansprüche), die sie mit Argumenten, d.h. durch die Angabe von Gründen, zu belegen suchen – und gegebenenfalls im Lichte überzeugenderer Gegenargumente revidieren oder modifizieren. Die parlamentarische Beratung und Beschlussfassung bilde daher hier nur das institutionelle Zentrum der politischen Meinungs- und Willensbildung. Sie bleibe stets angewiesen auf die angemessene Berücksichtigung der Themen, Meinungen und Argumente, die in den informellen öffentlichen Debatten zirkulieren.⁹ Wahrheitssuche ist für das deliberative Verständnis von Demokratie somit eine kollektive Unternehmung, bei der die Staatsbürger sich prinzipiell ein Engagement wechselseitig schulden und durch ein gemeinsames Interesse verbunden sind.

Die deliberative Demokratiekonzeption stellt an die Partizipation der Bürger nicht eben geringe Anforderungen; sie operiert dabei teilweise mit ganz erheblichen Idealisierungen. Mit deutlich „sparsameren“ Annahmen kommt demgegenüber das elektoral-interessenbasierte Verständnis von Demokratie aus. Kennzeichnend für die Demokratie ist ihm zufolge zunächst, dass die Bevölkerung durch institutionelle Vorkehrungen die Möglichkeit erhält, diejenigen, die die politische Herrschaft ausüben, regelmäßig durch freie, gleiche und geheime Wahlen ohne Gewalt

und Blutvergießen wieder abzusetzen.¹⁰ Die politische Meinungs- und Willensbildung, insbesondere die parlamentarische Beratung und Beschlussfassung, versteht das elektoral-interessenbasierte Modell dabei primär als soziales Kompromiss- und Ausgleichsverfahren.¹¹ Die Demokratie erkenne plurale und einander widerstreitende Interessen und Werte – jedenfalls innerhalb des Verfassungsbogens – als prinzipiell gleichberechtigt an und entschärfe sie im Wege der Kompromissbildung. In der Ermöglichung von im Großen und Ganzen tragfähigen Kompromissen trotz unvermeidlicher Interessen- und Wertungsgegensätze liegt nach diesem Verständnis die zentrale Leistung der Demokratie. Die entscheidende Funktion der Öffentlichkeit besteht demzufolge auch nicht darin, dass die Bürger in Bezug auf politische Fragestellungen bestimmte Wahrheitsansprüche erheben und kritisch debattieren, sondern darin, dass sie ihre persönlichen Interessen, Wünsche und Vorstellungen artikulieren, die Politik im Lichte dieser Parameter bewerten und den politischen Funktionsträgern – insbesondere (aber nicht nur) durch ihre Entscheidung in der Wahlkabine – ein ungeschminktes Feedback zu ihren bisherigen und geplanten Entscheidungen und Maßnahmen vermitteln.

Das heißt allerdings nicht, dass Wahrheit für das elektoral-interessenbasierte Demokratieverständnis gar keine Rolle spielt. Denn zum einen können die politischen Funktionsträger nur dann Mehrheiten gewinnen und tragfähige Kompromisse schmieden, wenn sie sich über die Interessenlagen in der Bevölkerung ein einigermaßen zutreffendes Bild verschaffen und auch korrekt einschätzen, welche Wirkungen die von ihnen ergriffenen bzw. erwoگenen Maßnahmen entfaltet haben bzw. entfalten werden. Und zum anderen vermögen die Bürger ihr Wahlrecht ihren Interessen, Wünschen und Werten entsprechend nur dann wahrzunehmen, wenn sie die zur Wahl stehenden politischen Angebote in sachlicher und personeller Hinsicht richtig erfassen und beurteilen. Freilich gilt letzteres aus Sicht des elektoral-interessenbasierten Ansatzes als ihre *persönliche Obliegenheit*. Das Kollektiv der Staatsbürger hat keinen Anspruch darauf, dass der Einzelne sein Wahlrecht nur in informierter Weise interessengerecht ausübt. Auf welcher Wissensbasis er von seinem Recht Gebrauch macht (sofern er es überhaupt ausübt), liegt vielmehr allein bei ihm selbst. Er muss dafür nicht Rede und Antwort stehen, sich gegenüber den anderen nicht rechtfertigen. Das bedeutet: Während die Wahrheitssuche aus Sicht des deliberativen Demokratieverständnisses eine kollektive Unternehmung darstellt, bei der sich die Staatsbürger prinzipiell ein Engagement wechselseitig schulden und sie durch ein gemeinsames Interesse verbunden sind, bildet sie für das elektoral-interessenbasierte

⁶ Pars pro toto *Brunkhorst*, *WestEnd – Neue Zeitschrift für Sozialforschung*, 2019, 47; *Nida-Rümelin*, *Demokratie und Wahrheit*, 2006, S. 7.

⁷ *Rousseau*, *Vom Gesellschaftsvertrag*, 1996 (1762).

⁸ Grundlegend *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl. (1994), S. 349 ff.; *ders.*, *Die Einbeziehung des Anderen*, 1996, S. 277 ff.; *ders.* (Fn. 1), S. 89 ff.; ferner *Gerstenberg*, *Bürgerrechte und deliberative Demokratie*, 1997, S. 19 ff.; *Lafont*, *Unverkürzte Demokratie*, 2021, S. 280 ff.; *Nida-Rümelin* (Fn. 6), S. 37 ff.

⁹ In diesem Sinne betont auch das *BVerfG* die Wichtigkeit des beständigen Dialogs zwischen Parlament und gesellschaftlichen Kräften; vgl. *BVerfGE* 20, 56 (98); 69, 315 (346); 107, 339 (360); 123, 267 (358).

¹⁰ *Downs*, *Ökonomische Theorie der Demokratie*, 1968, S. 23; *Popper*, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, 7. Aufl. (1992), Bd. I, S. 149 f., Bd. II, S. 188 f.; *ders.*, *Alles Leben ist Problemlösen*, 1996, S. 208, 224 ff.; *Przeworski* (Fn. 2), S. 5; *Schumpeter*, *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*, 10. Aufl. (2020), S. 355 ff.

¹¹ *Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl. (1929), S. 22, 56 ff.

Verständnis ein *individuelles Vorhaben*, das jeder nach eigenem Belieben verfolgen *kann*, aber nicht verfolgen *muss*.

III. Der Begriff der Fake News und ihre kommunikativen Funktionen

Wie spielen nun politische Fake News hier hinein? Politische Fake News sollen im hiesigen Kontext relativ weit gefasst einfach als *unwahre* und *unwahrhaftige Tatsachenbehauptungen* über politisch relevante Fragen verstanden werden.¹² Um sich Klarheit darüber zu verschaffen, ob, inwiefern und inwieweit von Fake News Risiken für die Demokratie ausgehen (deren Bekämpfung sodann des Mittels des Strafrechts bedarf), sind ihre spezifischen *kommunikativen Funktionen* (sprechakttheoretisch: die intendierten perlokutionären Effekte) zu betrachten. Dreien kommt in diesem Zusammenhang besondere Bedeutung zu.

Zunächst sollen politische Fake News dazu dienen, Wahrheiten und Wissen zu bloßen Meinungen herabzustufen. Wahrheit ist – wie *Arendt* bemerkt hat – in gewisser Weise „despotisch“.¹³ Sind Tatsachen einmal als bestehend festgestellt und Aussagen über sie als wahr erkannt, schafft das politische Anschlusszwänge.¹⁴ Sie sind nicht mehr verhandelbar, nicht abhängig von Billigung oder Ablehnung, kein Gegenstand politischer Kompromissbildung oder politischer Dezision. Politischen Fake News kommt nun die Funktion zu, solches Tatsachenwissen zu erschüttern, es – bildlich gesprochen – zu verflüssigen. Dabei ist es nicht wichtig, welche alternativen Sachverhalte sie behaupten. Vielmehr haben Fake News als „kommunikativer Schachzug (...) die Form einer unbestimmten Negation.“¹⁵ Sie besagen schlicht, dass alles auch ganz anders sein könne. Eben damit verwandeln sie Tatsachenwissen in bloße Meinungen, die man zwar teilen kann, aber nicht teilen muss, und beseitigen so die politischen Anschlusszwänge. Genau das macht sie anschlussfähig für ihre Adressaten. Sie müssen das, was die Fake News positiv behaupten, keineswegs glauben. Häufig tun sie das auch nicht. Vielmehr bieten ihnen die Fake News einen willkommenen Vorwand, um bestimmte aus ihrer Sicht unerwünschte politische Handlungszwänge zurückweisen zu können.

Des Weiteren werden Fake News eingesetzt, um das Vertrauen in die demokratischen Institutionen oder in demokratisch gewählte Amts- und Mandatsträger zu untergraben. Die parlamentarisch-repräsentative Demokratie lebt wesentlich vom Vertrauen ihrer Bürger – dem Vertrauen, dass die von ihnen als Repräsentanten gewählten Parteien und Politiker sowohl kompetent als auch verlässlich genug sind, politische Entscheidungen jedenfalls im Großen

und Ganzen in Übereinstimmung mit den Präferenzen ihrer jeweiligen Wähler zu treffen.¹⁶ Zur Einschätzung, ob bestimmte Parteien und Politiker vertrauenswürdig sind und damit ihre Stimme verdienen, müssen die Bürger indes regelmäßig auf Informationen Dritter zurückgreifen. Das eröffnet die Möglichkeit, mit Hilfe von Fake News entweder das Vertrauen in die Kompetenz oder die Integrität von Politikern oder politischer Gruppierungen direkt zu unterminieren oder aber Zweifel an der Verlässlichkeit anderer Informationsquellen zu schüren. Wiederum ist dabei nicht entscheidend, was diese Fake News im Einzelnen positiv behaupten; ihre kommunikative Funktion besteht darin, die vertrauensbegründenden Umstände durch Verneinung in Zweifel zu ziehen und so dem Vertrauen die epistemischen Grundlagen zu entziehen.

Schließlich sollen Fake News zur Bildung und Festigung von Gruppenidentitäten in der politischen Auseinandersetzung beitragen.¹⁷ Ihre kommunikative Funktion besteht erneut nicht darin, ihre Adressaten vom Bestehen oder Nichtbestehen eines bestimmten Sachverhalts zu überzeugen. Vielmehr zielen diese Fake News darauf ab, durch ihre Anerkennung eine politische Gruppe nach innen zu integrieren und nach außen abzugrenzen. Es geht also nicht um Wahrheit, sondern um Identität. Dafür ist es sogar wichtig, dass die Tatsachenbehauptung *nicht* allgemein akzeptiert wird, da sonst ihre Integrations- und Abgrenzungsfunktion verloren ginge. So eignet sich etwa die offenkundig unwahre Behauptung von der „gestohlenen“ US-amerikanischen Präsidentenwahl 2020 gerade deshalb zur Identitätsstiftung von Anhängern *Donald Trumps*, weil sie von den Wählern *Bidens* oder neutral eingestellten Personen unmöglich anerkannt werden kann.

IV. Strafrechtlicher Schutz vor Fake News durch neue Straftatbestände?

Inwiefern kann und soll das Strafrecht hier nun Abhilfe schaffen? Derzeit ist das Inverkehrbringen und Verbreiten von Fake News nur unter besonderen Umständen strafbar – so etwa, wenn es volksverhetzenden Charakter besitzt oder in ihm eine Beleidigung, üble Nachrede oder Verleumdung liegt.¹⁸ Das ist freilich keineswegs immer oder auch nur regelmäßig der Fall. Hinzu kommt, dass der Unrechtsvorwurf bei den genannten Delikten nicht auf die Gefährdung der politischen Meinungs- und Willensbildung zielt, sondern auf die Beeinträchtigung ganz anderer Rechtsgüter wie die Ehre, den öffentlichen Frieden oder die Würde der Betroffenen. Daher plädiert, wie eingangs erwähnt, eine zunehmende Anzahl von Stimmen in der kriminalpolitischen Debatte für die Schaffung eines neuen Straftatbestandes. So wird entsprechend der Regelung des § 264 öStGB eine Ergänzung des Wahlstrafrechts in § 108a StGB erwogen¹⁹ oder in Anlehnung an ihn ein

¹² Zu engeren, insbesondere die Manifestation, die Verbreitungsweise, den Verbreitungsgrad und die Zielsetzung einbeziehende Definitionen s. *Lammich* (Fn. 4), S. 89; *Preuß* (Fn. 3), S. 29; *Schreiber* (Fn. 3), S. 54.

¹³ *Arendt* (Fn. 5), S. 61.

¹⁴ *Bogner*, Die Epistemisierung des Politischen, 2021, S. 107.

¹⁵ *Kumkar*, Alternative Fakten, 2022, S. 278.

¹⁶ Vgl. *Baumann/Brennan*, Grazer Philosophische Studien 79 (2009), 159.

¹⁷ Eingehend dazu *Schulz/Scheller*, Being a believer: social identity in post-truth political discourse, *Inquiry* 2024. <https://doi-org.emedien.ub.uni-muenchen.de/10.1080/0020174X.2024.231220>

¹⁸ Im Detail *Hoven*, ZStW 129 (2017), 718 (719 ff.); *Lammich* (Fn. 4), S. 145 ff.; *Preuß* (Fn. 3), S. 147 ff.; *Schreiber* (Fn. 3), S. 164 ff.; *knapp* RW 2017, 436 (441 ff.); *Rückert* (Fn. 4), S. 169 ff.

¹⁹ *Hoven*, ZStW 129 (2017), 718 (741).

neuer Straftatbestand befürwortet.²⁰

Die Frage, ob diesen Vorschlägen Folge geleistet werden sollte, führt zurück zur Frage nach dem richtigen Verständnis der Demokratie und dem Wert der Wahrheit für diese. Legt man die deliberative Vorstellung von Demokratie zugrunde,²¹ greift die Fokussierung auf den Wahlakt, der die meisten Regelungsentwürfe verbindet, zu kurz. Wenn für eine gemeinwohlorientierte Meinungs- und Willensbildung die informellen öffentlichen Kommunikationsforen, in denen die Bürger die öffentlichen Angelegenheiten miteinander beraten, nicht weniger wichtig sind als der institutionalisierte parlamentarische Politikbetrieb, gibt es keinen Grund, ihnen einen geringeren strafrechtlichen Schutz angedeihen zu lassen.²² Berücksichtigt man ferner, dass sich der deliberativen Konzeption zufolge die Debatten der autonomen Öffentlichkeiten *ihrer Idee nach* durch einen umfassenden Wahrheits- und Richtigkeitsbezug auszeichnen und die Staatsbürger einander Wahrhaftigkeit schulden, spricht das zumindest im Grundsatz für eine umfassende Pönalisierung des Inverkehrbringens und Verbreitens von politischen Fake News, durch das strategisch handelnde Akteure die öffentlichen Diskurse gezielt kapern und so die Quellen der deliberativen Demokratie versiegen lassen wollen.²³ Dabei kommt es letztlich auch nicht darauf an, wie groß die Gefahr ist, dass die Fake News von den Adressaten tatsächlich geglaubt werden. Es genügt, dass sich die genannten Akteure ihren staatsbürgerlichen Mitwirkungspflichten entziehen und die Debatten mit Beiträgen stören, die von vornherein nicht auf eine gemeinwohlorientierte Meinungs- und Willensbildung gerichtet sind. Das gilt ganz besonders für die Fake News, die darauf abzielen, den Leitmaßstab der Wahrheit durch den der Identität zu ersetzen und so den politischen Diskurs gleichsam umzupolen.

Wie verhält es sich nun, wenn man statt des deliberativen ein elektoral-interessenbasiertes Verständnis von Demokratie zugrunde legt? Auf den ersten Blick passen die auf den Wahlakt bezogenen Gesetzesvorschläge deutlich besser zu diesem Ansatz, der in der Stimmabgabe bei gleichen, freien und geheimen Wahlen die entscheidende demokratische Mitwirkungshandlung der großen Masse der Bürger sieht. Indes: Während die genannten Vorschläge aus der Perspektive der deliberativen Demokratietheorie zu kurz greifen, gehen sie aus Sicht der elektoral-interessenbasierten Demokratietheorie auf den zweiten Blick womöglich zu weit. Folgende Probleme sind bei näherer Betrachtung mit der vorgeschlagenen Pönalisierung von politischen Fake News verbunden:

Zum einen ist bislang noch nicht geklärt, welchen Einfluss politische Fake News tatsächlich auf Wahlentscheidungen haben.²⁴ Insbesondere ist offen, ob sie nur „geglaubt“ werden, wenn, weil und soweit sie im Einklang stehen mit bestimmten politischen Überzeugungen, denen sich die betreffende Person bereits *aus anderen Gründen* vorbehaltlos verschrieben hat. Nicht das Fürwahrhalten der Fake News führte dann zur Identifikation mit einem bestimmten politischen Programm und einer bestimmten politischen Gruppierung, sondern die Identifikation mit diesem Programm und dieser Gruppierung führte zum Fürwahrhalten der Fake News – sofern die Fake News hier von den Adressaten überhaupt geglaubt und nicht ohnehin nur als kommunikatives Mittel zum Ausdruck einer politischen Identität verstanden werden. Träfe das zu, wäre die Verbreitung von Fake News aber keine Ursache der beklagten demokratischen Regression, sondern lediglich eine Begleiterscheinung, deren Pönalisierung kaum zur Bekämpfung der Krise der Demokratie beitrüge.

Zum anderen spielt es, wie erwähnt, aus Sicht des elektoral-interessenbasierten Demokratieverständnisses für das Kollektiv der Staatsbürger keine Rolle, aus welchen Gründen und auf welcher Wissensbasis seine Mitglieder ihr Wahlrecht so ausüben, wie sie das tun. Ob diese ihre Wahl wohlüberlegt nach ausgiebiger Befassung mit den politischen Angeboten unter sorgfältiger Abwägung zahlreicher Gesichtspunkte treffen oder sich auf bloß kursorische, oberflächliche, womöglich unzutreffende oder falsch verstandene Informationen stützen, ob sie streng programmatisch oder eher nach Sympathie für die zur Wahl stehenden Akteure entscheiden, ob ihre Gründe altruistischer oder egoistischer Natur sind, ob sie ganz spontan oder gar nach dem Zufallsprinzip wählen – die eine Stimme gilt so viel wie die andere. Niemand muss Rede und Antwort stehen; keiner ist den anderen rechenschaftspflichtig. Die Wahl und die Wahlgründe bleiben geheim. Ob der Einzelne die *für ihn* richtige Wahlentscheidung trifft, ist allein seine Sache. Es mögen die anderen wünschen oder hoffen, dass er möglichst wohlinformiert seine Stimme abgibt, einen Anspruch darauf haben sie nicht. Ein strafrechtlich schutzwürdiges Interesse der Allgemeinheit, dass die Bürger bei ihrer Stimmabgabe nicht von Fake News beeinflusst werden, lässt sich auf der Grundlage des elektoral-interessenbasierten Ansatzes deshalb nicht begründen. Ebenso wenig existiert ein strafrechtlich schutzwürdiges Interesse des einzelnen Wählers.²⁵ Von einem mündigen Staatsbürger, der eigenverantwortlich nach Maßgabe der von ihm selbst festzulegenden Parameter seine Stimme abgibt, darf erwartet werden, Informationen, die von den verschiedensten Quellen an

²⁰ Lammich (Fn. 4), S. 233 f.; Schreiber (Fn. 3), S. 293.

²¹ Explizit Schreiber (Fn. 3), S. 42 ff., 57 ff., 99 ff., 289 ff.

²² *Im Ergebnis* mag das keinen großen Unterschied machen, da die für die öffentliche Meinungs- und Willensbildung relevanten Informationen prinzipiell auch geeignet sein dürften, Wahlentscheidungen von Bürgern zu beeinflussen. Vom Standpunkt eines deliberativen Demokratieverständnisses wird mit der Fokussierung auf den Wahlakt aber gleichwohl das Unrecht des Inverkehrbringens oder Verbreitens von Fake News nur unvollständig erfasst.

²³ Zur – im Ergebnis zu verneinenden – Frage, ob darin eine Verletzung der von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG gewährleisteten Meinungsfreiheit läge, siehe den Beitrag von Verf. in FS Ida (in Vorbereitung).

²⁴ Dazu Benkler/Faris/Roberts, Network Propaganda, 2018; Bennett/Livingston, The Disinformation Order, European Journal of Communication, 2018, S. 122.

²⁵ Ausf. hierzu der Beitrag von Verf. in FS Ida (in Vorbereitung).

ihn herangetragen werden, nicht einfach unbesehen zu übernehmen, sondern sie kritisch zu hinterfragen.²⁶

V. Fazit

Zusammengefasst: Für die Frage nach der Strafbedürftigkeit und Strafwürdigkeit des Inverkehrbringens und Verbreitens von Fake News ist zunächst zu klären, von wel-

chem Verständnis von Demokratie ausgegangen werden soll und welcher Wert der Wahrheit hier zukommt. Folgt man einem deliberativen Ansatz, erscheinen recht weitreichende strafrechtliche Regelungen zumindest denkbar. Wer ein elektoral-interessenbasiertes Demokratieverständnis favorisiert, dürfte eine Pönalisierung hingegen kritisch sehen.

²⁶ Zutreffend *Rostalski*, RW 2017, 436 (445).

Alles eine Frage der Wirkung?

Zur Strafbarkeit der Verbreitung von individuen- und gruppenbezogenen Fake News im Spiegel der Beleidigungs- und Volksverhetzungsdelikte *de lege lata*

von Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE) und
Dr. Maximilian Nussbaum*

Abstract

Die Behauptung und (wissentliche) Verbreitung falscher Tatsachen, insbesondere innerhalb sozialer Medien, ist gesellschaftlich höchst problematisch, ohne jedoch zwangsläufig strafbar zu sein, was Diskussionen über Expansionen des Strafrechts hervorruft. Daneben ist aber auch zu diskutieren, inwieweit schon das geltende Recht an die Entwicklung angepasst werden kann und sollte. Dies tut der vorliegende Beitrag mit Blick auf individuen- und gruppenbezogene Fake News, wobei der Fokus darauf gerichtet ist, inwiefern die faktischen Wirkungen von (medial verbreiteten) falschen Tatsachen auf Einzelne und Gruppen eine weite Auslegung der Ehrschutz- und Volksverhetzungsdelikte rechtfertigen.

The assertion and (knowing) dissemination of false facts, particularly within social media, is a highly problematic societal issue, though not necessarily punishable under criminal law, sparking discussions about expanding criminal legislation. However, it is equally important to consider to what extent current laws can and should be adapted to these developments. This article addresses these questions with a focus on individual- and group-related fake news, examining to what extent the factual effects of (media-disseminated) false facts on individuals and groups justify a broad interpretation of offenses related to the protection of personal honor and the prohibition of incitement to hatred.

I. Hinführung

Spätestens seit dem US-amerikanischen Präsidentschaftswahlkampf im Jahr 2016 scheint die Verbreitung von Fake News weit oben auf der kriminalpolitischen Liste

des „Bekämpfungswürdigen“ zu stehen. So heißt es schon in der Gesetzesbegründung zum (mittlerweile durch den Digital Services Act überholten) Netzwerkdurchsetzungsgesetz von 2017, dass auch in Deutschland „die Bekämpfung von strafbaren Falschnachrichten („Fake News“) in sozialen Netzwerken hohe Priorität gewonnen“ habe.¹ Doch das NetzDG a.F., das auf eine schnelle netzwerkseitige Löschung von ausgewählten strafbaren Inhalten hinwirken sollte, konnte gegen Fake News nur begrenzte Wirkung entfalten. Das lag schon daran, dass Fake News unter den aufgezählten Straftatbeständen des § 1 Abs. 3 NetzDG subsumierbar sein musste. Vorausgesetzt war also, dass das bestehende materielle Strafrecht die *Behauptung oder (wissentliche) Verbreitung falscher Tatsachen*² erfasste. Zugleich nahmen neuere Expansionen im Bereich des Besonderen Teils – einmal vom Vorschlag zur Einführung einer *Deepfake-Strafbarkeit* (§ 201b StGB-E)³ abgesehen – Phänomene der Desinformation nicht gezielt in den Blick. Aus strafrechtswissenschaftlicher Perspektive mehrten sich derweil Vorschläge einer zielgerichteten Ergänzung des Strafrechts⁴; für Überlegungen *de lege ferenda* sei auf die Ausführungen von *Armin Engländer* und *Frank Zimmermann* in diesem Heft verwiesen.

Anliegen des vorliegenden Beitrags ist – auch in Vorarbeit für kriminalpolitische Überlegungen – eine Betrachtung *de lege lata*. Eine solche Bestandsaufnahme verpflichtet dabei grundsätzlich zu einer breiten Perspektive auf verschiedenste Deliktsgruppen. Die Streuung über den Besonderen Teil des StGB und damit der Schutz unterschiedlicher Rechtsgüter darf dabei als Bekenntnis des Strafgesetzgebers zu einem (bloß) mittelbaren Schutz der Wahrheit gelten. Ein zentrales Lügeverbot und damit ein unmittel-

* Prof. Dr. Susanne Beck ist Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung und Rechtsphilosophie an der Leibniz Universität Hannover. Dr. Maximilian Nussbaum ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl.

¹ BT-Drs. 18/12727, S. 1.

² Es handelt sich um eine verhältnismäßig weite Definition von Handlungen, die auf Fake News bezogen sind. Im Vergleich nutzen etwa *Reinbacher/Welzel*, in: Bendheim/Pavlik, „Fake News“ in Literatur und Medien, 2022, S. 55 (57 f.) den Begriff der Nachricht und setzen die Verbreitung in sozialen Netzwerken sowie eine Desinformationsabsicht voraus. Zur weiteren Schärfung des Begriffs vgl. etwa *Scholl/Völker*, M&K 2019, 206 ff.

³ BT-Drs. 20/12605.

⁴ Punktuelle Ergänzungen finden sich etwa bei *Lammich*, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, 2022, S. 231 zu einem § 187a StGB-E (Verleumderische Inszenierung); bei *Hoven*, ZStW 2017, 718 (742 f.) zu einer Berücksichtigung der politischen Reputation bei den §§ 186 f. StGB; auch von *Hoven*, ZStW 2017, 718 (742) ist der Vorschlag, bei § 130 Abs. 1 StGB eine Variante der Friedensstörungseignung durch unwahre Tatsachenverbreitung aufzunehmen. Neue eigenständige Tatbestände werden mit unterschiedlicher Zielrichtung vorgeschlagen. Für den Schutz der Meinungsbildung vgl. die Vorschläge von *Lammich*, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, S. 233 f. zur Ergänzung des § 108a StGB; mit stärkerer Anlehnung an § 264 österreichisches StGB *Schreiber*, Strafbarkeit politischer Fake News, 2022, S. 293. Dem Schutz des öffentlichen Friedens dienen tendenziell die Vorschläge von *Preuß*, Fake News, 2021, S. 178; enger *Weigend*, NSW 2024, 67 (82) und *Rostalski*, RW 2017, 436 (449). Multiple Schutzrichtungen bei *Schünemann*, GA 2019, 620 (639); *Kolpin*, Die Strafbarkeit der Verbreitung von Fake News, 2023, S. 761.

telbarer Wahrheitsschutz kennt das StGB nämlich (aus guten Gründen⁵) nicht.

Bei der Suche nach Fragmenten eines solchen mittelbaren Wahrheitsschutzes ist an das Ehrschutzstrafrecht, insbesondere an die §§ 186 f. StGB, zu denken, die an das Behaupten und Verbreiten ehrenrühriger falscher Tatsachenbehauptungen anknüpfen. Auch die Leugnungstatbestände des dritten und des jüngst eingefügten fünften Absatzes von § 130 StGB drängen sich bei entsprechendem Tatsacheninhalt auf. Interessant ist aber auch – thematisch insofern deutlich weiter – die tatbestandliche Erfassung durch die ersten beiden Absätze des Volksverhetzungstatbestandes. Geht es nicht um den innerstaatlichen Rechtsfrieden, sondern um den zwischenstaatlichen Frieden, kann zudem der § 100a StGB (Gelangenlassen oder öffentliches Bekanntmachen unwahrer Behauptungen) bei entsprechendem Gefährdungserfolg einschlägig sein.⁶ Darüber hinaus – wiederum themenspezifisch – relevant werden die Falsche Verdächtigung, § 164 StGB und das Vortäuschen einer Straftat, § 145d StGB.⁷ Eine häufig im Kontext von Fake News beschriebene und bei kriminalpolitischen Vorschlägen in den Blick genommene Beeinträchtigungsdimension ist die der Gefährdung der öffentlichen und individuellen Willensbildung, die sich u.a. in Wahl- und Abstimmungsentscheidungen niederschlagen kann.⁸ Insofern ist auch an das Wahlstrafrecht zu denken, wobei Einigkeit darüber besteht, dass sowohl die Wahlfälschung, § 107a Abs. 1 StGB als auch die Wählertäuschung, § 108a StGB diese Dimension einer Beeinflussung kaum abbilden können.⁹ Damit sind nur spezifische Delikte des Kernstrafrechts aufgezählt. Möglicherweise einschlägige Tatbestände des Nebenstrafrechts (zu denken ist etwa an das Kapitalmarktstrafrecht¹⁰ oder das Heilmittelwerbengesetz¹¹) oder die Zurechnung von Körperverletzungs- oder sogar Tötungserfolgen aufgrund der Verbreitung von Fake News¹² sind zusätzlich zu bedenken.

Da bereits wertvolle Aufsätze¹³ und Monographien¹⁴ einen Überblick über das Themenfeld verschaffen können, sollen im Folgenden zwei Deliktsbereiche herausgegriffen werden: das Ehrschutzstrafrecht und die ersten beiden Absätze des Volksverhetzungstatbestandes. Vertieft werden sollen zwei unter einem gemeinsamen Topos apostrophierte Einzelfragen: Bedarf die überwiegende Auslegung des Ehrenrührigkeitserfordernisses der §§ 186 f. StGB anhand eines (stark) normativen Verständnisses einer Revision (II.)? Und sollten vorgeblich sachbezogene, nicht schon dem Äußerungston nach ‚aufstachelnde‘ Fake News dem ‚Aufstacheln zum Hass‘ i.S.v. § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB unterfallen (III.)? Beide dogmatischen Einzelfragen eint, dass Fake News in ihrer Wirkung faktisch erhebliche Folgen für Einzelpersonen oder Personengruppen haben können, gleichzeitig aber Deliktsspezifika tatbestandliche Verengungen verlangen könnten, die die Verbreitung von Desinformationen ausschließen. Obwohl beide Fragen durch den Topos der faktischen Wirkung assoziiert sind, legen wir im Folgenden dar, dass eine tatbestandliche Auflockerung im Ehrschutz zwar geboten ist, einer weiten Auslegung im Volksverhetzungstatbestand aber zurückhaltend zu begegnen ist.

II. Beleidigungsdelikte: Faktische oder normative Bestimmung der Ehrenrührigkeit?

Im Rahmen der Beleidigungsdelikte entstehen für Fake News spezifische Fragen im Rahmen der §§ 186 f. StGB, nicht nur, aber insbesondere dort, wo sie über soziale Medien verbreitet werden. So ist etwa diskussionswürdig, ob es von den §§ 186 f. StGB erfasst ist, wenn jemand sich online als eine bestimmte Person ausgibt und unter deren Identität irgendwelche – dieser Person schadende – Äußerungen tätigt, auch wenn der Drittbezug nach außen nicht erkennbar wird.¹⁵ Auch wird diskutiert, ob es angesichts dessen, dass man in sozialen Medien Äußerungen oft unbedacht weiterverbreitet, mit Blick auf den Schuldgrund-

⁵ Vgl. nur Soares, in: Staffler u.a., Strafrecht und Demokratie, 2022, S. 179 ff.

⁶ Hierzu und insbesondere zur Frage, ob eine öffentliche Bekanntgabe voraussetzt, dass die Behauptung vorher noch nicht öffentlich war Lammich, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, S. 206.

⁷ Vgl. hierzu den Lageso-Fall nach Fahl, JURA 2016, 735 sowie mit abweichender Sachverhaltsdarstellung Lammich, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, S. 179. Zum subjektiven Tatbestand des § 164 StGB, wenn es primäres Ziel des Verbreitenden ist, die politische Meinung der Rezipienten zu beeinflussen Schreiber, Strafbarkeit politischer Fake News, S. 216.

⁸ Hoven, ZStW 2017, 718 (737); Bittner, Manipulative Maschinen, 2022, S. 279 ff.; Kolpin, Die Strafbarkeit der Verbreitung von Fake News, S. 629 ff.; Lammich, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, S. 125 ff.; Mafi-Gudarzi, ZRP 2019, 65 (67 f.); diff. Schünemann, GA 2019, 620 (622, 629 f.).

⁹ Instruktiv Rostalski, RW 2017, 436 (443 f.); Schreiber, Strafbarkeit politischer Fake News, S. 187.

¹⁰ Zu einschlägigen Vorschriften Weigend, NSW 2024, 67 (76 f.); ausführlich Kolpin, Die Strafbarkeit der Verbreitung von Fake News, S. 445 ff.

¹¹ Zu § 14 HWG etwa Lammich, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, S. 221 f.

¹² Vgl. Lammich, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, S. 222 ff.

¹³ Nicht abschließend: Weigend, NSW 2024, 67 ff.; Hoven, ZStW 2017, 718 ff.; Hoven/Krause, JuS 2017, 1167 ff.; Kusche, in: FS-RobotRecht, 2021, S. 421 ff.; Rostalski, RW 2017, 436 ff.; Schünemann, GA 2019, 620 ff.; Reinbacher/Welzel, in: Bendheim/Pavlik, „Fake News“ in Literatur und Medien, S. 55 ff.

¹⁴ Preuß, Fake News, S. 147-170; Kolpin, Die Strafbarkeit der Verbreitung von Fake News, S. 313-450; Schreiber, Strafbarkeit politischer Fake News, S. 164-222; Lammich, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, S. 145-225; knapp auch Flint, Fake News im Wahlkampf, 2021, S. 362-366.

¹⁵ Zum Problem des Identitätsmissbrauchs im Internet Meyer, Identität und virtuelle Identität natürlicher Personen im Internet, 2011, S. 38 ff. Eine Strafbarkeitslücke in der Auseinandersetzung mit anderslautenden Ansätzen zur Schaffung einer kompromittierenden Sachlage bejahend Lammich, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, S. 168 ff. Zur vorzugswürdigen dogmatischen Verortung des erkennbaren Drittbezugs bei den Tathandlungen Fuhr, Die Äußerung im Strafgesetzbuch, 2001, S. 47 ff.; Oğlacioğlu, Strafbare Sprechakte. Dogmatik und Legitimation von Äußerungsdelikten, 2023, S. 296 ff.

satz weiterhin angemessen ist, dass die Unwahrheit der Behauptung in § 186 StGB eine objektive Bedingung der Strafbarkeit darstellt, es also insofern für die Strafbarkeit keines Vorsatzes bedarf.¹⁶

Eine weitere Grenze der §§ 186 f. StGB liegt in der Eignung der (unwahren) Tatsache, den Betroffenen verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen.¹⁷ Ob sich beide Merkmale überhaupt voneinander – und falls ja: trennscharf – abgrenzen lassen, bleibt fraglich. Jedenfalls geht es bei der Eignungsklausel um das Erfordernis einer Zuschreibung *ehrenrühriger* Tatsachen.¹⁸ Das soll im Folgenden vertieft untersucht werden.

1. Definitiver Ausgangspunkt

Zu beachten ist nämlich die im Hinblick auf die Ehrenrührigkeit von der überwiegenden Auffassung vorgenommene Einschränkung, dass diese – sollten sich die öffentliche Meinung und die rechtlichen Wertungen bezüglich der Ehrenrührigkeit widersprechen – nicht nach der faktischen Wirkung, sondern nach dem generellen Maßstab der Rechtsordnung zu bestimmen sei. Dies sei nötig, damit die strafrechtliche Rechtsprechung durch die Bejahung der Ehrenrührigkeit nicht im Ergebnis selbst entsprechende Ressentiments bekräftigt.¹⁹ Demnach soll etwa die falsche Behauptung, ein Arzt führe indikationslose Abtreibungen durch, die Eignungsklausel mangels Ehrenrührigkeit nicht erfüllen.²⁰ Dass die Behauptung dabei durchaus in Teilen der Bevölkerung zu einer Stigmatisierung des Arztes führen kann²¹, solle angesichts der Tatbestandslosigkeit des behaupteten Verhaltens (§ 218a Abs. 1 StGB) nach der Lösung des *BVerfG* zum Schwangerschaftsabbruch („rechtswidrig, aber straflos“) unberücksichtigt bleiben.²² Ein weiteres, jüngst vermehrt be-

handeltes Beispiel betrifft die Verbreitung des erfundenen Zitats von *Renate Künast* anlässlich der Vergewaltigung und Tötung einer Studentin durch einen Flüchtling. Die Äußerung, die *Künast* in einem Interview mit der Süddeutschen Zeitung getroffen haben soll, lautete angeblich: „der traumatisierte junge Flüchtling hat zwar getötet, man muss ihm aber jetzt trotzdem helfen“.²³ Heftige Empörungen über die (im doppelten Sinne) vermeintliche Bagatelisierung durch die Grünenpolitikerin waren die Folge.²⁴ Dennoch ist die Ehrenrührigkeit nach der Ansicht, die sie normativ bestimmt, wohl eher zu verneinen, da die zugeschriebene Äußerung Ausdruck eines humanen Strafverständnisses ist, das den verfassungsrechtlich verbürgten Resozialisierungsanspruch des Täters betont.²⁵

Diese normative Bestimmung der Ehrenrührigkeit steht – wie die Beispiele verdeutlichen sollen – letztlich vor dem Problem, sich faktisch bestehenden Ressentiments in der Gesellschaft und der damit verbundenen Geringschätzung angesichts einer solchen Tatsachenbehauptung zu verschließen. Entsprechendes könnte für die wahrheitswidrigen Behauptungen naheliegen, jemand sei homosexuell, Jude²⁶, Alkoholiker²⁷, sei Mitglied der NPD, begehe Ehebruch oder suche (legalerweise) Sexarbeiter/Prostituierte auf. Wie auch das *Künast*-Beispiel zeigt, zeichnen sich Fake News, insbesondere dann, wenn sie seriöse Presseerzeugnisse als Quellen nehmen und nicht von vornherein als unglaubwürdig erscheinen wollen, oft dadurch aus, sich nicht zu weit von Inhalten zu entfernen, die tatsächlich in seriösen Kontexten zu erwarten wären. Gerade in diesem Bereich sind die Tatsachen, die den Falschinformationen zugrunde liegen, dann häufig noch innerhalb der Grenzen der Rechtsordnung zu verorten und entsprechend nach einem (stark) normativen Verständnis aus dem Anwendungsbereich der §§ 186 f. StGB herauszunehmen.²⁸

¹⁶ Zur Einschränkung schon *Hirsch*, Ehre und Beleidigung. Grundfragen des strafrechtlichen Ehrenschutzes, 1967, S. 168 ff.; Nachweise zu Verbreitung dieser Auffassung bei *Hilgendorf*, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. (2023), § 186 Rn. 12. Im Kontext von Fake News in sozialen Medien für eine einschränkende Auslegung *Hoven*, ZStW 2017, 718 (725 ff.); *Lammich*, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, S. 163 ff.; *Schreiber*, Strafbarkeit politischer Fake News, S. 180 ff.; nicht aber *Preuß*, Fake News, S. 155.

¹⁷ Wobei die Eignungsklausel des § 187 StGB insofern weiter als die des § 186 StGB ist, als auch die Eignung der Kreditgefährdung erfasst wird.

¹⁸ *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 186 Rn. 5; *Regge/Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. (2021), § 186 Rn. 14; deutlich auch *Kargl*, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 186 Rn. 27.

¹⁹ Aus der Rspr. *BGH*, NJW 1956, 312 („Jude“); *BGH*, NJW 1958, 1004 („Landesverräter“). Vgl. aus der Literatur *Regge/Pegel*, in: MüKo-StGB, § 186 Rn. 14; *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 5; *Rostalski*, RW 2017, 436 (441 Fn. 12); es irritiert, wenn *Kolpin*, Die Strafbarkeit der Verbreitung von Fake News, S. 319 dem normativen Maßstab eine „statische Natur“ zuschreibt, können doch gerade positive rechtliche Änderungen zu Dynamisierungen des normativen Verständnisses führen.

²⁰ *OLG Karlsruhe*, NStZ 2005, 575 (576).

²¹ *OLG Karlsruhe*, NStZ 2005, 575 (576): „Zwar entfaltet das vom Angekl. hergestellte und verbreitete Flugblatt eine gewisse ‚Prangerwirkung‘ [...]“.

²² *OLG Karlsruhe*, NStZ 2005, 575 (576); krit. aber insofern *Mosbacher*, NStZ 2005, 576 (576 f.).

²³ S. FAZ, *Künast* stellt Strafanzeige wegen Falschnachricht auf Facebook, 10.12.2016, online abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/kampf-gegen-fake-news-kuenast-stellt-strafanzeige-wegen-falschnachricht-auf-facebook-14568472.html> (zuletzt abgerufen am 27.12.2024).

²⁴ Zum Beispiel *Hoven*, ZStW 2017, 718 (721); *Hoven/Krause*, JuS 2017, 1167 (1168); *Schreiber*, Strafbarkeit politischer Fake News, S. 170; *Rostalski*, RW 2017, 436 (441); sowie *Reinbacher/Welzel*, in: Bendheim/Pavlik, „Fake News“ in Literatur und Medien, S. 55 (66); *Lammich*, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, S. 157 mit einem weiteren ähnlichen Beispiel des betroffenen *Anton Hofreiter* in Fn. 83.

²⁵ *Hoven*, ZStW 2017, 718 (721); zust. *Schreiber*, Strafbarkeit politischer Fake News, S. 173 f.; anders wohl *Rostalski*, RW 2017, 436 (441), die dem Falsch-Zitat die Aussage entnimmt, die Politikerin wolle das Unrecht der Tat verharmlosen; i.E. ähnlich *Reinbacher/Welzel*, in: Bendheim/Pavlik, „Fake News“ in Literatur und Medien, S. 55 (67).

²⁶ *BGH*, NJW 1956, 312.

²⁷ *OLG Hamm*, BeckRS 2017, 104721.

²⁸ So auch *Lammich*, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, S. 157; vgl. ferner *Kusche*, in: FS-RobotRecht, 2021, S. 421 (425 f.).

2. These von der faktischen Wirkung

Erst wenn man sich – mit *Hoven*²⁹ – von einer (stark) normativen Auslegung der Eignungsklausel löst und „gesellschaftliche Realitäten“ in einer pluralistischen Gesellschaft stärker in den Blick nimmt, dürften entsprechende Fälle von §§ 186 f. StGB erfassbar sein. Danach kommt es in einem ersten Schritt maßgeblich darauf an, ob die Tatsachenbehauptung in (Teilen) der Gesellschaft rein faktisch dazu geeignet ist, den Betroffenen verächtlich zu machen bzw. herabzuwürdigen. Eine Ausnahme von dieser grundsätzlich faktischen Betrachtung solle dann gelten, wenn die so verstandene Ehrenrührigkeit sich in einen unerträglichen Widerspruch zu verfassungsrechtlichen Maßstäben setzt, etwa bei der (falschen) Behauptung, der Betroffene sei Jude (Art. 3 Abs. 1 GG).³⁰ *Hoven* zieht bei der Konkretisierung ihres Ansatzes weitere quantitative und qualitative Grenzen: Aus der Sicht des Bevölkerungsteils, der nicht nur eine marginale Randgruppe sein darf (quantitativ)³¹, muss die Grenze zur Ehrenrührigkeit überschritten sein (qualitativ). Letzteres sei bei der Zuschreibung politischer Positionen häufig nicht der Fall, weil die Position und nicht die Person im Vordergrund stehe.³² Nicht mehr um die (vermeintliche) Position, sondern um die Person der Politikerin gehe es angesichts der drastischen Reaktionen auf die Falschnachricht – so tendenziell *Hoven* – im Fall *Künast*.³³ Dort wo es aber primär um die politische Position und damit wohl die politische Reputation der Person gehe, können die §§ 185 ff. StGB momentan keinen Schutz bieten, was dann auch den (qualifizierenden!) § 188 StGB einschließt.

3. Verteidigung der weiten Auslegung

Kritik hat der von *Hoven* ausgearbeitete Ansatz und das grundsätzlich faktische Ehrenrührigkeitsverständnis in der Studie von *Lammich* erfahren. Das normative Verständnis entspringe gerade nicht „einem Raum der Realitätsverweigerung“, sondern sei vielmehr „konsequentes

Ergebnis der Anerkennung der Wechselwirkung von Normen und Faktischem“.³⁴ Gerade die Nichtbestrafung einer wahrheitswidrigen Tatsachenzuschreibung erfülle kommunikative Funktionen, weil mit ihr die Aussage verbunden sei, „dass das vorgeworfene Verhalten für das vorbildliche, hoheitliche Auge nicht makelbehaftet ist.“³⁵ Interessant ist diese Begründung vor dem Hintergrund, dass *Lammich* der Auffassung von *Hoven* zuvor entgegenhält:

„Die Gerichte haben nicht zu entscheiden, ob es zu einer faktischen Herabwürdigung kommen könnte, sondern ob es zu einer tatbestandlichen Herabwürdigung kommen könnte, der man mit den Mitteln des Strafrechts entgegenwirken muss. Ob die faktische Eignung darunterfällt, ist Teil der Frage, nicht Teil der Antwort.“³⁶

Interessant deshalb, weil *Lammichs* Verweis auf die kommunikative Funktion der Aussage durch das „vorbildliche, hoheitliche Auge“ letztlich auch nichts anderes als ein „Teil der Frage“ zu sein scheint. So ließe sich in Verteidigung eines grundsätzlich faktischen Verständnisses eben auch sagen, dass hinter einer Bestrafung die Aussage steht, dass eine Herabwürdigung in einer (teil-)öffentlichen Meinung durch die Zuschreibung einer unwahren Tatsache nahe liegt oder tatsächlich stattgefunden hat. Das Gericht besagt damit nicht, die Tatsache sei, wenn sie zuträfe, auch seiner Ansicht nach ehrenrührig. Es erkennt vielmehr an, dass die Gefahr einer Ansehenschädigung für den Betroffenen besteht. Jedenfalls der Wortlaut der §§ 186 f. StGB und ein normativ-faktischer Ehrbegriff lassen eine Auslegung zu, die das „vorbildliche Auge“ zurücktreten lässt und sich gesellschaftlichen, eben pluralistischen Realitäten annimmt. Zuzugeben bleibt sicherlich, dass diese pluralistische Realität empirisch kaum messbar³⁷ und die Schwelle zu einer „öffentlichen Meinung“ schwer zu bestimmen ist.³⁸ Jedenfalls aber in Konstellationen wie dem *Künast*-Fall dürfe das mediale Echo eine Eignung zu einer faktischen Ehrbeeinträchtigung deutlich werden lassen. Insgesamt ist eine grundsätzlich faktische

²⁹ *Hoven*, ZStW 2017, 718 (727 f.); zust. *Schreiber*, Strafbarkeit politischer Fake News, S. 176 f.; ähnlich auch *Kargl*, in: NK-StGB, § 186 Rn. 29; vgl. in diese Richtung *Mosbacher*, NSZ 2005, 576 (577) am skizzierten Abtreibungs-Fall: „Gerade die von sog. ‚Lebensschützern‘, zumal von hochrangigen Vertretern der katholischen Kirche vorgenommene Gleichsetzung indikationsloser Abtreibung mit Mord und Totschlag beweist, dass ein solcher Vorwurf geeignet ist, den Angeprangerten in der Meinung dieses nicht unbedeutenden Bevölkerungsteils - ohne Widerspruch zur Wertung der Rechtsordnung - erheblich herabzusetzen“.

³⁰ *Hoven*, ZStW 2017, 718 (722 f.); *Hoven/Krause*, JuS 2017, 1167 (1168); zust. *Weigend*, NSW 2024, 67 (77); *Schreiber*, Strafbarkeit politischer Fake News, S. 173, 177. Zum Beispiel der Behauptung, jemand sei Jude vgl. *BGH*, NJW 1956, 312.

³¹ So auch die verbreitete Annäherung an die „öffentliche Meinung“ stellvertretend bei *Kargl*, in: NK-StGB, § 186 Rn. 29.

³² *Hoven*, ZStW 2017, 718 (725) mit dem Beispiel, dass unwahr behauptet würde, dass sich ein Politiker für eine flächendeckende Geschwindigkeitsbegrenzung auf Autobahnen einsetze.

³³ *Hoven*, ZStW 2017, 718 (725); deutlicher bejahend *Schreiber*, Strafbarkeit politischer Fake News, S. 178.

³⁴ *Lammich*, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, S. 160.

³⁵ *Lammich*, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, S. 160.

³⁶ *Lammich*, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, S. 160.

³⁷ *Kargl*, in: NK-StGB, § 186 Rn. 28.

³⁸ Die Kritik trägt auch *Lammich*, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, S. 160 f. vor. Der anschließend vorgeschlagene „zurückhaltende, teilweise Kompromiss“ (a.a.O., S. 162 f.) begegnet diesem Einwand aber im mindestens gleichen Maße. In einem zu *Hovens* Ansatz umgedrehten Regel-Ausnahme-Verhältnis, soll demnach die Eignungsklausel bejaht werden, wenn „das Umfeld einen für den Betroffenen spürbar schlechteren Eindruck hat als ohne das Zutun des Dritten. Spürbar ist dieser Rufschadenserfolg dann, wenn der Betroffene in seiner Freiheit, aktiver Teil des sozialen Miteinanders zu sein, gehindert wird. Diese Hinderung kann unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Während eine normativ gebilligte Herabwürdigung wie die Unterstellung der Prostitution für den einen keinerlei Bemerkung wert sein mag, kann sie für den anderen zu einer Grundkepsis im Umgang mit dem Betroffenen, einer bewussten Meidung des Betroffenen, zur aktiven Signalisierung von Geringschätzung bis hin zum gelebten Hass in Form der Bekämpfung führen. Letzteres ist die schlimmste zu befürchtende Folge der Verletzung des guten Rufes und damit die eklatanteste Verletzung des rechtlichen Schutzgutes. Dies nicht zuletzt, weil ab diesem Moment auch weitere Interessen wie etwa die körperliche Unversehrtheit auf dem Spiel stehen können.“ Nach dieser Lösung wären nicht nur die bestehenden Ressentiments, sondern auch die „Befürchtung des gelebten Hasses“ zu ermitteln. Abgesehen davon scheint mit der Berücksichtigung der Gefährdung weiterer Individualrechtsgüter in fraglicher Weise das Ehrschutzinteresse partiell als eine Folie für die Gefahr von Gewalthandlungen oder eine Befürchtung solcher (§ 241 StGB) umgestaltet zu werden.

Bestimmung der Ehrenrührigkeit damit vorzugswürdig.

III. Volksverhetzungsdelikte: Sprachlich neutrale Aufstachelung zum Hass?

Will man gruppenbezogene Fake News von § 130 Abs. 1 StGB erfasst sehen, so bedarf es – unabhängig von der Form des qualifizierten Angriffs – der Eignung zur Friedensstörung. Sie entfaltet ihre tatbestandseinschränkende Wirkung vor allem an zwei Stellen: Zum einen soll der öffentliche Frieden im Inland betroffen sein, und zum anderen wird eine gewisse Öffentlichkeitswirksamkeit, jedenfalls -fähigkeit, vorausgesetzt.³⁹ Beides dürfte bei der Verwirklichung innerhalb sozialer Medien häufig zu bejahen sein.⁴⁰

Hinsichtlich des qualifizierten Angriffs hingegen dürfte regelmäßig nur die Aufstachelung zum Hass (§ 130 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB) in Betracht kommen. Wer falsche Statistiken über Ausländerkriminalität oder über die durchschnittliche Intelligenz von Menschen einer bestimmten ethnischen Herkunft behauptet, fordert gerade nicht zu konkreten Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auf (§ 130 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB). Zwar wäre auch an die Verleumdung i.S.d. § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu denken, jedoch bedarf es für diese zusätzlich eines Menschenwürdeangriffs. Daran wird es im Falle von Fake News regelmäßig fehlen. Denn die überwiegende Auffassung versteht den Bezug auf die Menschenwürde zu Recht restriktiv. So formulierte der *BGH* etwa, dass ein Angriff gegen die Menschenwürde voraussetzt, dass „er gegen den unverzichtbaren und unableitbaren Persönlichkeitskern des anderen, gegen dessen Menschsein als solches gerichtet ist und ihm den Wert abspricht“.⁴¹ Noch häufiger findet sich in der Rechtsprechung die Formulierung, „dass der angegriffenen Person ihr Lebensrecht als gleichwertige Per-

sönlichkeit in der staatlichen Gemeinschaft abgesprochen und sie als minderwertiges Wesen behandelt wird.“⁴² Gerade bei politisch motivierten Fake News, die im neutralen Tonfall formuliert sind, dürfte es daran fehlen. Wer falsche Statistiken über die Ausländerkriminalität verbreitet, der bestreitet noch nicht das Lebensrecht in einer Gesellschaft.⁴³ Besondere Aufmerksamkeit verdient daher die Tathandlung des Aufstachelns zum Hass.

1. Definitorischer Ausgangspunkt

Wie lässt sich diese qualifizierte Angriffsform konturieren? Nach überwiegender Auffassung bedeutet „Aufstacheln zum Hass“ das Einwirken auf die Emotionen oder den Intellekt, das objektiv geeignet und subjektiv im Sinne zielgerichteten Handelns dazu bestimmt ist, eine gesteigerte, über die bloße Ablehnung oder Verachtung hinausgehende feindselige Haltung gegen den betroffenen Bevölkerungsteil (bzw. die Gruppe) zu erzeugen oder zu steigern.⁴⁴ Ziel müssen dabei – anders als bei Alt. 2 der Nr. 1 – nicht bestimmte Aktionen sein, es geht vielmehr um das Schüren von feindseliger Stimmung als Nährboden für (aggressive) Handlungen.⁴⁵

Zum Teil wird Weitergehendes vorausgesetzt:

„Tatbestandlich sind nur Fälle gesteigerter, von Feindseligkeit getragener Einwirkung auf den unverzichtbaren Persönlichkeitskernbereich der Betroffenen, ferner gesteigerte schwerwiegende Formen der Missachtung, die durch ein besonderes Maß an Gehässigkeit oder Rohheit oder eine besonders gehässige Ausdrucksweise geprägt sind, wodurch die Gruppenmitglieder als insgesamt unterwertig und ohne Existenzrecht in der Gemeinschaft deklariert werden.“⁴⁶

³⁹ Statt vieler *Hoven/Wittig*, KriPoZ 2024, 5 (12).

⁴⁰ Beachtlich ist, dass die Begehung im Internet nicht mehr automatisch zu einer Bejahung der Friedensstörungseignung führen dürfte. So noch *BGH*, NJW 2001, 624 (627); zurückhaltender zu Recht *BGH*, NStZ 2007, 216 (217). Auch bei der Begehung innerhalb sozialer Medien sollte aufgrund der schieren Informationsmengen das Öffentlichkeitspotenzial entsprechend den Einzelfallumständen differenziert werden (Privatsphäreinstellungen, Zahl der assoziierten Nutzer etc.). In diese Richtung auch *Hoven*, ZStW 2017, 718 (729); *Lammich*, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, S. 204. Außerdem sollte die Eignungsklausel nicht auf Publizitätsaspekte reduziert werden und die Empfänglichkeit der Rezipientengruppe und die Vulnerabilität der Betroffenen berücksichtigt werden. Vgl. auch *AG Duisburg*, BeckRS 2016, 13270 sowie *Schreiber*, Strafbarkeit politischer Fake News, S. 195.

⁴¹ *BGH*, NStZ 1981, 258.

⁴² *BVerfG*, NJW 2007, 2907 (2909); *BGH*, NJW 1994, 1421 (1422); *OLG Bremen*, BeckRS 2023, 4847.

⁴³ *Hoven*, ZStW 2017, 718 (735) nimmt etwa an, dass „Fake News, die unter Hinweis auf falsche Studien eine personale Minderwertigkeit (z.B. eine geringere Intelligenz) einer ethnischen Gruppe behaupten, den Tatbestand erfüllen“. Selbst in diesem Beispiel lässt sich aber fragen, ob die Unterstellung einer geringeren Intelligenz bei Hinweis auf falsche Studien tatsächlich die Zuschreibung eines personalen Minderwerts bedeutet, die die betroffene Gruppe als minderwertiges Wesen darstellt. Eine solche Annahme scheint uns in Konflikte zu führen, die uns schon anhand der Frage nach der (grundsätzlich) faktisch oder normativen Lesart des Ehrenrührigkeitserfordernisses begegnet sind: Wer mindere Intelligenz in Zusammenhang mit der Frage bringt, ob ein minderwertiges Wesen beschrieben wird, der läuft zumindest Gefahr die (qualifizierte, weil den Kernbereich des personalen Achtungsanspruchs betreffende) Ehrenrührigkeit entgegen der (Verfassungs-)Rechtsordnung zu bestimmen. Es bleibt die – hier nicht weiter untersuchte – Frage, ob der Menschenwürdeangriff überhaupt für eine faktische Betrachtung zugänglich sein kann.

⁴⁴ Vgl. jeweils m.w.N. insbesondere aus der Rechtsprechung *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 130 Rn. 5a; *Altenhain*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 130 Rn. 6; *Krauß*, in: LK-StGB, Bd. 8, 13. Aufl. (2020), § 130 Rn. 46.

⁴⁵ *Altenhain*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 130 Rn. 6; *Krauß*, in: LK-StGB, § 130 Rn. 46; *Lohse*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. (2024), § 130 Rn. 15; *Pingen*, Motivationsdelikte. Ein deutsch-französischer Strafrechtsvergleich, 2024, S. 128.

⁴⁶ *Krauß*, in: LK-StGB, § 140 Rn. 42; ebenso *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 130 Rn. 40; deutlich auch *KG Berlin*, BeckRS 2013, 1152.

Diese Formulierung scheint an einem Angriff auf die Menschenwürde orientiert zu sein⁴⁷, der seit der Umgestaltung des Tatbestandes im Jahre 1994 für die Nr. 1 nicht mehr notwendig ist.⁴⁸ Gerade am Aspekt einer besonders gehässigen Ausdrucksweise bzw. einer in der Äußerung zum Ausdruck kommenden Gehässigkeit oder Rohheit könnte es bei (vorgeblich) sachbetonten Fake News mangeln.

2. These von der faktischen Wirkung

Geht es aber um die Herstellung einer feindseligen Haltung, die in Gewalttaten umschlagen kann, so ließe sich nun – mit einem beträchtlichen Teil der Literatur – Folgendes behaupten: Falsche sachbetonte Äußerungen über bestimmte Personengruppen können ebenso zu einem feindseligen Klima führen. Sogar: Objektiv nüchtern und glaubwürdig anmutende Fakten sind dazu erst recht in der Lage, da sie – anders als Meinungsäußerungen – nicht nur die subjektive Sicht des Sprechenden wiedergeben.⁴⁹ Die These derer, die keine weiteren Anforderungen i.S.e. sprachlich aggressiven Exzesses stellen wollen, dürfte damit lauten: Die feindselige Haltung, der emotionale Nährboden für Gewalt kann durch sachbetonte Äußerungsformen noch effektiver hergestellt werden als durch „rohe und gehässige“ Angriffe eines Rhetors. Für diese Interpretation spricht zudem ein kriminalpolitischer Aspekt: Ein sachlicher Äußerungston mag nicht nur effektiver sein als die ‚von Hass strotzende‘ Aussage; man ist versucht, dem Sprecher auch eine besondere Perfidität zuzuschreiben. Auf das Schüren von Hass ausgelegte Äußerungen sollen nicht als sachliche Enthüllungen *verbrämt* werden können;⁵⁰ es besteht die „kriminalpolitische Befürchtung um eine Flucht in die Rhetorik“.⁵¹

3. Wider eine weite Auslegung

Handelte es sich also *allein um eine Frage der Wirkung*, scheint eine vom Tonfall unabhängige Auslegung naheliegend. Im Nachfolgenden werden wir jedoch drei mögliche Einwände formulieren, von denen ausgehend eine differenzierende Ansicht zur Diskussion gestellt sei:

a) Die objektive Dimension des Aufstachelns

Der erste Einwand könnte lauten, dass sich kaum noch vom Anstacheln sprechen lässt, wenn die Rezipienten bei

sachbetonten Falschbehauptungen selbst noch ihre Rückschlüsse ziehen und emotionale Umwandlungen in Gang setzen müssen. Von den Vertretern einer tendenziell weiten Auslegung wird dem aus historischer Perspektive entgegnet, dass sich das Anstacheln vom „Anreizen“ (§ 130 StGB a.F.) allein durch eine besondere Eindringlichkeit unterscheidet.⁵² Und das Anreizen dürfte der Grammatik nach tatsächlich keinen Transport des eigenen Hasses im Tonfall erfordern. *Hoven* argumentiert weiter mit einer bildlichen Annäherung an das „Aufstacheln“ über einen „in die Haut eindringenden giftigen Stachel; die Äußerung des Täters dringt symbolisch in den Organismus der Öffentlichkeit ein, verbreitet sich und schädigt dessen (friedliche) Strukturen. Dem Aufgestachelten muss nicht bewusst sein, dass der Stachel giftig ist: Entscheidend für das Aufstacheln sind Prozess und *Wirkung*, nicht die Erkennbarkeit der Toxizität“.⁵³

Auf dieser bildlichen Ebene ließe sich jedoch fragen, ob es *Hoven* tatsächlich noch um den *Stachel* oder eben vielmehr das *Gift* geht, dessen Transportweg in den „Organismus der Öffentlichkeit“ kaum zentral sein kann.⁵⁴ Diese Zweifel werden auch durch den abweichenden bildlichen Zugang von *Redmann* gestützt:

„Das Wort aufstacheln spielt mit der Vorstellung, dass der Handelnde einer anderen Person einen ‚Stachel‘ einpflanzt und bei ihr Schmerzen, also negative Emotionen hervorruft. Diese negativen Gefühle erwecken beim Adressaten wiederum einen eigenen Handlungsantrieb, der darin liegt, den Stachel zu entfernen, um so die negativen Gefühle zu beseitigen.“⁵⁵

Muss also die Äußerung aus objektiver Perspektive selbst schon von einer hasserfüllten Ausdrucksweise geprägt sein? Linguistisch beeinflusste Studien scheinen diese Frage in der Tendenz zu bejahen. So trennt *Oğlakcioğlu* das Aufstacheln (zu einem Gefühl) sprechakttheoretisch vom Auffordern (zu einer Handlung). Er betont, dass „der Sprecher selbst Gefühle transponieren muss, um beim Rezipienten letztlich ähnliche Gefühle hervorzurufen.“⁵⁶ *Redmann* geht noch weiter und übt Kritik an der verbreiteten Definition, indem er die Einwirkung auf den Intellekt nicht „als gleichberechtigte Größe“

⁴⁷ Vgl. etwa *BGH*, BeckRS 2008, 6865, Rn. 18.

⁴⁸ *Krauß*, in: LK-StGB, § 140 Rn. 42.

⁴⁹ Vgl. auch *Hoven*, ZStW 2017, 718 (732); *Kolpin*, Die Strafbarkeit der Verbreitung von Fake News, S. 384 f.; *Schreiber*, Strafbarkeit politischer Fake News, S. 201.

⁵⁰ *Krauß*, in: LK-StGB, § 130 Rn. 49; *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 43.

⁵¹ *Oğlakcioğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 232.

⁵² *Hoven*, ZStW 2017, 718 (733); *Preuß*, Fake News, S. 159; vgl. aber auch die Einordnung von *Redmann*, Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte, 2014, S. 244 f., nach der kein inhaltlicher Unterschied zwischen dem „Anreizen“, dem „Hetzen“ und dem „Aufstacheln zum Hass“ aus gesetzgeberischer Perspektive bestehen sollte, wobei sich der Gesetzgeber (BT-Drs. III/918, S. 3) einen schärferen Umriss versprochen hat.

⁵³ *Hoven*, ZStW 2017, 718 (733) (Hervorhebung durch die Verf.); zust. *Kolpin*, Die Strafbarkeit der Verbreitung von Fake News, S. 386.

⁵⁴ Krit. auch *Lammich*, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, S. 198 f.

⁵⁵ *Redmann*, Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte, S. 216.

⁵⁶ *Oğlakcioğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 231 f.; vgl. zur sprechakttheoretischen Einordnung auch schon *Redmann*, Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte, S. 217 f., 266.

neben die Einwirkung auf die Gefühle stellen will.⁵⁷ Eine Einwirkung auf den Intellekt stehe für eine logische Beeinflussung und bewirke im Grundsatz das genaue Gegenteil der emotionalen Steuerung.⁵⁸ Zwar mag das Ergebnis – eine feindliche Haltung – identisch sein, die Verursachung unterscheidet sich aber: ‚ansteckende Rohheit‘ einerseits und ‚klandestine Manipulation‘ andererseits. Und gerade dieser in der Äußerung selbst ausgedrückte Hass dürfte aus der angedeuteten historischen Perspektive durch die ‚besondere Eindringlichkeit‘ der Willensbeeinflussung gegenüber dem ‚Anreizen‘⁵⁹ notwendig werden. Aus diesem Grund dürfte schon der Wortlaut trotz einer womöglich ähnlichen Wirkung der in Frage stehenden Handlung bei den Rezipienten (erfolgsbezogene Komponente⁶⁰) konkretere Anforderungen an das tatbestandliche Verhalten als ein ‚Hinwirken auf den Hass‘ erfordern.

Geht man von solchen erhöhten Anforderungen an das tatbestandliche Verhalten aus, so gilt, bei sachbetonten Äußerungen zurückhaltend zu sein. Jedenfalls sollten schon in der objektiven Dimension kompensierende Umstände hinzutreten. Denkbar wäre insofern die Auswahl der Rezipientengruppe, die bereits zu Äußerungsumständen (und nicht zu den Äußerungswirkungen) gezählt werden kann. Richtet sich der Rhetor an eine (objektiv erkennbar) bereits emotionalisierte und damit in eine bestimmte Richtung ‚aufgeheizte‘ Rezipientenschaft, so kann auch eine neutrale Äußerung einen objektiv hasslenkenden Zweck erfüllen.⁶¹ Das ließe sich etwa bei der Äußerung an einem entsprechend ideologisch gefärbten (digitalen⁶²) Stammtisch denken. Hier könnte man schon die Auswahl des Publikums zum Verhaltensunrecht zählen.⁶³ Am kompensierenden Kriterium der ‚Hasskanalisierung‘ orientiert, ließe sich außerdem an die Nähe der Rezipienten zu der verhetzten Gruppe bzw. dem betroffenen Bevölkerungsteil denken: So wäre ggf. danach zu unterscheiden, ob eine gefälschte Kriminalstatistik hinsichtlich der Ausländerkriminalität oder fälschlich eine Vergewaltigung durch Bewohner eines konkretisierten, in der Nähe befindlichen Flüchtlingsheims behauptet wird. Im zweiten

Fall mag das Umschlagen des Hasses in Gewalthandlungen buchstäblich näher liegen, die Strafbarkeit eher zu bejahen sein.

b) Die subjektive Dimension: Das Gerichtet-Sein auf den Hass

Von den objektiven Anforderungen des Merkmals einmal abgesehen, kann als zweiter Einwand die subjektive Tatseite angeführt werden. Weit überwiegend wird vorausgesetzt, dass die Äußerung gerade auf die Erzeugung von Hass abzielt, also eine über den Eventualvorsatz hinausgehende Absicht vorliegt.⁶⁴ Ob eine solche Absicht vorliegt und nicht etwa primäres Ziel eine Kritik oder politische Auseinandersetzung ist, soll nach den Umständen des Einzelfalls zu bestimmen sein.⁶⁵ Zentraler Umstand dürfte dabei auch ein hasserfüllter Tonfall sein, der es möglich macht, auf eine Ausrichtung auf die Hasserzeugung zu schließen. Fehlt es daran, müssen im Einzelfall weitere Umstände hinzutreten, die auf die subjektive Zielsetzung schließen lassen.⁶⁶ *Lammich* will insofern berücksichtigen, ob die Tatsachenbehauptung ‚an gängige Verschwörungen anknüpft und auch erkennbar an diesen anknüpfen soll‘.⁶⁷ Damit erfasst er beispielhaft solche Äußerungen, die in antisemitische Narrative eines ‚Weltjudentums‘ eingebunden sind.⁶⁸ Unter anderem in solchen Fällen soll der Rezipient erkennen können, ‚dass mit der Meldung auf das Meinungsbild eingewirkt werden soll‘.⁶⁹ Doch scheint mit der Einwirkung auf das Meinungsbild nicht der entscheidende Punkt getroffen, geht es um eine solche doch auch bei politischer Kritik.

Denkbar scheint es uns vielmehr, in Richtung des Kriteriums der ‚Hasskanalisierung‘ die Auswahl des Rezipientenkreises zu berücksichtigen: Wessen Adressat eine bereits feindselig eingestellte Gruppe ist, dessen Äußerung braucht eine nur noch geringere Intensität, um Hass zu schüren, zu verstärken und zu lenken.⁷⁰ Für die subjektive Tatseite bedeutet dürfte entsprechendes naheliegend sein: Wer eine ‚aufgeheizte Rezipientengruppe‘ im sachlichen

⁵⁷ *Redmann*, Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte, S. 261. Auch in der Definition von *Fischer*, StGB, 71. Aufl. (2024), § 130 Rn. 8 kommt das Ansprechen des Intellekts nicht mehr vor. In der Definition von *Krupna*, in: HK-StGB, 5. Aufl. (2022), § 130 Rn. 5 findet zwar die Einwirkung auf den Intellekt Eingang, aber die Einwirkung müsse von ‚einer extremen Emotionalität getragen‘ sein. Besonders deutlich wird es, in den Erläuterungen von *Stein*, in: SK-StGB, Bd. 3, 9. Aufl. (2019), § 130 Rn. 16: ‚Zum Hass *stachelt auf*, wer (tatsächlichen oder angeblichen) eigenen Hass äußert und dadurch zugleich in objektiv geeigneter, intensiver Weise ausdrücklich oder konkludent auffordert, sich dieser Haltung anzuschließen.‘ (Hervorhebung im Original).

⁵⁸ *Redmann*, Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte, S. 261.

⁵⁹ Vgl. erneut *Hoven*, ZStW 2017, 718 (733); deutlich auch *Pingen*, Motivationsdelikte, S. 129.

⁶⁰ Erfolgsbezogen wird die Emotionalisierung zum Hass hier genannt, weil es sich nach überwiegender Lesart um ein unechtes Unternehmensdelikt handelt. Krit. *Mitsch*, KriPoZ 2018, 198 (201 f.): Der Wortlaut erfordere den Erfolg mindestens eines Hassschürens. Für die weit überwiegende Meinung deutlich *Kargl*, Jura 2001, 176 (177): ‚Eignung zu Weckung von Haßgefühlen‘.

⁶¹ In eine ähnliche Richtung *Ostendorf/Kuhli*, in: NK-StGB, § 130 Rn. 11a; trotzdem mit Zweifeln aufgrund der Zurechnungsstruktur angedeutet auch bei *Pingen*, Motivationsdelikte, S. 414: besondere Gefahren bei der Aufstachelung in Anwesenheit von Tatgeigneten.

⁶² Gemeint ist etwa eine Gruppe innerhalb sozialer Medien.

⁶³ Dass die besonders öffentlichkeitsfähige Äußerung, etwa im Internet, eine stärkere Breitenwirkung entfalten kann, steht dem nicht entgegen, sondern ist im Rahmen der Friedensstörungseignung – wie von überwiegender Auffassung bereits getan – zu berücksichtigen.

⁶⁴ *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, § 130 Rn. 101; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 130 Rn. 24; *Krauß*, in: LK-StGB, § 130 Rn. 149; deutlich auch *Redmann*, Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte, S. 216: ‚destruktive Intention‘; vergleichend mit französischen indirekten Motivationsdelikten *Pingen*, Motivationsdelikte, S. 131, 381; a.A. *Kargl*, Jura 2001, 176 (177 f.).

⁶⁵ So auch *Hoven*, ZStW 2017, 718 (734).

⁶⁶ Vgl. *Lammich*, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, S. 199: ‚objektivierte Hassintention‘ als ‚unverzichtbarer Indikator für die subjektive Zielsetzung‘.

⁶⁷ *Lammich*, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, S. 200.

⁶⁸ *Lammich*, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, S. 200 Fn. 318 mit Verweis auf *BGH*, NJW 1961, 1364.

⁶⁹ *Lammich*, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, S. 199.

⁷⁰ Vgl. erneut *Ostendorf/Kuhli*, in: NK-StGB, § 130 Rn. 11a.

Tonfall anspricht, dem dürfte es weniger um eine politisch allgemeine Kritik, sondern um eine Lenkung der bereits bestehenden Emotionalisierung gehen; und zwar noch deutlicher dort, wo eine besondere (räumliche) Nähe zu einer Betroffenenengruppe besteht.

c) Das (binnen-)systematische Kongruenzproblem

Wir haben bereits die Vermutung geäußert, dass die Begrenzung des Merkmals „Aufstacheln zum Hass“ anhand des Kriteriums einer „schwerwiegenden Missachtung, die durch ein besonderes Maß an Gehässigkeit oder Rohheit oder eine besonders gehässige Ausdrucksweise geprägt“ ist⁷¹, auf der Wertung der Menschenwürdeklausel beruht. Nach teilweise vertretener Auffassung solle sie, trotz der Entfernung der Klausel aus Nr. 1, zu einer restriktiven Auslegung aller qualifizierten Angriffsformen verleiten.⁷² Damit ist ein dritter Aspekt einer zurückhaltenden Anwendung des § 130 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB auf sachbetonte Äußerungen angesprochen: Der Unrechtsgehalt müsse mit dem Auffordern zu Gewalt- und Willkürmaßnahmen und der Nr. 2 vergleichbar bleiben. Das ist dort herausfordernd, wo man den einzelnen qualifizierten Angriffsformen einen eigenen Anwendungsbereich erhalten will. So ist auch *Hörnle* der Auffassung, dass ein Zum-Hass-Aufstacheln dann anzunehmen sein könnte, wenn ein Teil der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet wird.⁷³ Gleichzeitig würde dann aber die Grenze zur Kollektivbeleidigung, die im Rahmen der §§ 185 ff. StGB bewusst gezogen wird, hier nun überschritten. Bei den Beleidigungsdelikten ist man bezüglich ihrer Anwendung auf Kollektive und Sammelbezeichnungen deutlich strenger als bei der Volksverhetzung.⁷⁴ Hinzu kommt, dass das Strafmaß der Beleidigungsdelikte deutlich niedriger als das der Volksverhetzung ist.⁷⁵ Das führe letztlich dazu, dass auf den Menschenwürdeangriff nicht verzichtet werden könne, will man das Verhältnis zu den §§ 185 ff. StGB wahren. Sodann verbliebe aber der Nr. 2 kein eigener Anwendungsbereich mehr.⁷⁶ Daher hält *Hörnle* das Aufstacheln zum Hass als Tathandlungsvariante für überflüssig, während für die Alt. 2 von Nr. 1 ein eigener Anwendungsbereich verbleibt. Beim Auffordern zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen besteht eine direktere Verbindung zur Tat.⁷⁷ Anders gewendet: Das Aufstacheln zum Hass weist keinen Bezug zum Verhalten, sondern nur zu Emotionen auf, verzichtet dabei aber – zumindest dem Wortlaut nach – auf den Menschenwürdebezug der Nr. 2. Damit ist das Legitimationsproblem angesprochen, das auch *Oğlakcioğlu* auf den Punkt bringt: Das Aufstacheln zum Hass ist eine „tatbestandlich verselbstständigte Teilnehmehandlung“ an Straflosem (Hassen).⁷⁸ Aus dieser Besonderheit dürfte sich tendenziell auch Zurückhaltung hinsichtlich einer

weiten Auslegung anbieten.

Erneut sei das vorgeschlagene kompensierende Kriterium einer ‚Hasskanalisierung‘ erwähnt. Gerade in solchen Fällen einer gezielten Auswahl eines ‚aufgeheizten‘ Rezipientenkreises und/oder einer spezifischen Lenkung der Emotionen auf eine kleinere durch ein taugliches Merkmal verbundene Gruppe (z.B. Bewohner des Flüchtlingsheims XY) besteht eine besondere Nähe zur Aufforderung von Gewalt- und Willkürmaßnahmen; der Korridor der denkbaren Hassentladungen wird verkleinert. Auch das Kongruenz- und Legitimationsproblem könnte insofern durch die oben vorgeschlagenen kompensierenden Kriterien abgemildert werden.

IV. Fazit und kriminalpolitischer Ausblick

Das Behaupten und (wissentliche) Verbreiten von falschen Tatsachen (Fake News) wird durch das geltende Strafrecht nur themenspezifisch und fragmentarisch erfasst. Bei individuenbezogenen Tatsachen werden die §§ 186 f. StGB, bei gruppenbezogenen Tatsachen der § 130 Abs. 1, Abs. 2 StGB relevant. Jeweils existieren tatbestandliche Grenzen (§§ 186 f. StGB: Ehrenrührigkeit; § 130 Abs. 1, Abs. 2 StGB: Äußerungston), die allerdings durch die erheblichen faktischen Wirkungen von Fake News, insbesondere in sozialen Medien, unter Druck gesetzt werden. Die deliktsspezifische Betrachtung hat gezeigt, dass eine Auslegung der Ehrschutzdelikte offener für die Rezeption der faktischen Wirkungen ist als der Volksverhetzungstatbestand.

Die Vermessung der tatbestandlichen Grenzen bietet zudem eine Grundlage, über Reformvorschläge in beiden Deliktsbereichen zu reflektieren. Besonders beachtenswert ist die jüngst veröffentlichte Anregung, die §§ 186 f. StGB vom Ehrenrührigkeitsmerkmal – unabhängig von einer (grundsätzlich) faktischen oder normativen Auslegung – zu befreien.⁷⁹ Im Fokus stünde dann der Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor einer Verzerrung des Personenbildes durch jegliche falsche Tatsachenzuschreibungen.⁸⁰ Außerdem dürfte es angebracht sein, über die Ergänzung des § 130 Abs. 1 StGB um die Tathandlung des Behauptens oder wissentlichen Verbreitens gruppenbezogener falscher Tatsachen, die geeignet sind, den öffentlichen Frieden zu stören, nachzudenken.⁸¹ Freilich würden sich die angesprochenen Fragen hinsichtlich der binnensystematischen Kongruenz und der Legitimation sodann in einer Betrachtung de lege ferenda widerspiegeln; nicht nur die Strafrechtsdogmatik, sondern auch die Kriminalpolitik hat sich also mit der Frage zu beschäftigen, ob alles eine Frage der Wirkung ist.

⁷¹ Vgl. Nachweise bei Fn. 46.

⁷² Vgl. erneut *Krauß*, in: LK-StGB, § 140 Rn. 42.

⁷³ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2004, S. 302.

⁷⁴ Vgl. *Nussbaum*, KriPoZ 2021, 335 (336 f.) m.w.N.; *Beck/Nussbaum*, KriPoZ 2023, 218 (225): „Menschenwürde als überindividueller Wert“ bei § 130 Abs. 1 StGB m.w.N. aus dem Schrifttum.

⁷⁵ Darauf stellt *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, S. 303 ab.

⁷⁶ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, S. 303.

⁷⁷ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, S. 303; auch aus diesem Grund ordnet *Pingen*, Motivationsdelikte, S. 106 ff., 126 ff. das Auffordern zu Gewalt- und Willkürmaßnahmen als „direktes Motivationsdelikt“ und das Aufstacheln zum Hass als „indirektes Motivationsdelikt“ ein.

⁷⁸ *Oğlakcioğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 233.

⁷⁹ *Oğlakcioğlu*, Strafbare Sprechakte, S. 552 ff.

⁸⁰ Ebenda.

⁸¹ *Mafi-Gudarzi*, ZRP 2019, 65, 68; vgl. auch erneut *Hoven*, ZStW 2017, 718 (742).

Die Strafbarkeit von Fake News de lege ferenda – mit besonderem Augenmerk auf Deepfakes, Social Bots und Filter Bubbles

von Prof. Dr. Frank Zimmermann*

Abstract

Der Beitrag befasst sich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen für eine weitergehende Kriminalisierung politischer Fake News, plädiert insoweit aber für gesetzgeberische Zurückhaltung. Am ehesten denkbar erschiene eine eng zugeschnittene Norm, die an technische Modalitäten der Erstellung oder Verbreitung von Fake News anknüpft, namentlich im Fall von Deepfakes oder des Einsatzes von Social Bots. Insoweit ist allerdings das bereits bestehende unionsrechtliche Sanktionsregime der KI-Verordnung zu beachten: Es wirft die Frage auf, inwieweit es den Mitgliedstaaten überhaupt noch freisteht, über diesen Rahmen hinauszugehen, und inwieweit die Regelungen in der KI-Verordnung als unionsrechtliche Obergrenze einer Kriminalisierung zu verstehen sind.

The contribution analyses the legal framework for a more extensive criminalisation of political fake news, but in this respect argues for legislative restraint. A narrowly tailored offence that is linked to technical modalities of creating or disseminating fake news, namely in the case of deepfakes or the use of social bots, would seem most conceivable. In this respect, however, European Union law does already provide for a sanctions regime in the AI Act that must be taken into account: It raises the question to what extent Member States are still free to extend their criminal laws beyond the scope of sanctioning provisions in this Regulation and whether the AI Act, thus, sets limits for criminalisation efforts.

I. Einleitung

Die strafrechtliche Debatte rund um Fake News (Falschinformationen, die in Kenntnis ihrer Unwahrheit verbreitet werden¹) im Allgemeinen und Deepfakes (KI-generierte, täuschend echt wirkende Audio- und Video-Inhalte) im

Speziellen konzentrierte sich in Deutschland zunächst auf individualbezogene Fragestellungen. So wurde die Einschlägigkeit verschiedener bereits existierender Straftatbestände des Strafgesetzbuchs, etwa aus dem Bereich der Ehrschutzdelikte, bereits gründlich herausgearbeitet.² Auch das Phänomen von mittels Deepfakes gefälschten pornografischen³ Inhalten wurde rasch Gegenstand strafrechtlicher Erwägungen,⁴ die in einem Gesetzentwurf des Bundesrats zur Einführung eines neuen § 201b StGB-E mündeten.⁵ Auch der Unionsgesetzgeber hat hierauf mittlerweile reagiert: Die im Jahr 2024 erlassene EU-Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt⁶ enthält in ihrem Art. 5 Abs. 1 lit. b eine hierauf bezogene Kriminalisierungsanweisung. Vor diesem Hintergrund wird sich der vorliegende Beitrag auf einen Aspekt des Themas konzentrieren, der zwar für die deutsche Strafrechtswissenschaft kein völliges Neuland mehr darstellt,⁷ im geltenden deutschen Strafrecht aber noch keine Regelung erfahren hat: die Nutzung von Fake News zur Manipulation der demokratischen Willensbildung und die möglichen Reaktionen des Demokratieschutzstrafrechts. Namentlich der ausweislich seiner amtlichen Überschrift nicht fernliegende Tatbestand der Wählertäuschung in § 108a StGB erfasst dieses Phänomen nach einhelliger Ansicht nicht.⁸ Dies steht in auffälligem Kontrast zu vielfältigen Berichten, wonach in den letzten Jahren Falschnachrichten (Fake News) im Zusammenhang mit demokratischen Wahlen im In- und Ausland massiv zugenommen hätten und insbesondere über soziale Netzwerke eine immense Verbreitung fänden.⁹ Für besonderes Aufsehen hat jüngst die Entscheidung des rumänischen Verfassungsgerichts gesorgt, die Präsidentschaftswahl – die völlig überraschend ein zuvor in Umfragen kaum auffälliger rechtsextremer Kandidat gewonnen hatte – zu annullieren: Geheimdienstinformationen hätten nahegelegt, dass dieses Ergebnis auf massive Einflussnahme

* Prof. Dr. Frank Zimmermann ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht sowie Strafrecht der Digitalisierung an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Der vorliegende Text ist aus einem Vortrag bei der Jahrestagung des Kriminalpolitischen Kreises hervorgegangen, die am 18. und 19. Oktober 2024 in München stattfand.

¹ Holznel, MMR 2018, 18 ff.; Rückert, in: Albrecht/Genouss/Giraud/Pohlreich, Strafrecht und Politik, 2018, S. 167 (168); ausführlicher Lammich, Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts, 2022, S. 89.

² Hoven, ZStW 129 (2017), 718 (720 ff.); Preuß, Fake News, 2021, passim.

³ Mittels Deepfakes hergestellte kinderpornografische Inhalte sind bereits nach geltendem Recht von § 184b StGB in zahlreichen Konstellationen erfasst, s. etwa F. Zimmermann, in: SSW-StGB, 6. Aufl. (2024), § 184b Rn. 22 f.

⁴ Greif, Strafbarkeit von bildbasierten sexuellen Belästigungen, 2023; überblicksartig Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags, WD 7 – 3000 – 038/24.

⁵ BR-Drs. 222/24.

⁶ Richtlinie (EU) 2024/1385 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, ABl. L v. 24.5.2024.

⁷ S. insbesondere Schreiber, Strafbarkeit politischer Fake News, 2022, passim; Lammich (Fn. 1), S. 125 ff., 187 ff., 231 ff.; Schünemann, GA 2019, 620 ff.; Rückert (Fn. 1), S. 167 ff.

⁸ Rostalski, RW 2017, 436 (444); Schreiber (Fn. 7), S. 187 ff.

⁹ Holznel, MMR 2018, 18 (19); Lammich (Fn. 1), S. 92 ff., der aber hinsichtlich der Nachweisbarkeit eines Effekts auf einen Wahlausgang einleuchtend zur Vorsicht mahnt.

aus dem Ausland zurückzuführen sei.¹⁰

Der vorliegende Text wird daher nach einer groben begrifflichen Klärung (unten II.) zunächst Gestaltungsoptionen vorstellen und dabei auch Seitenblicke auf das österreichische Strafrecht und einen presserechtlichen Ordnungswidrigkeitentatbestand werfen (unten III.). Nach einigen verfassungsrechtlichen Erwägungen (unten IV.) soll dann die – bislang wenig beachtete – Bedeutung des Unionsrechts für den Handlungsspielraum des deutschen Gesetzgebers unter die Lupe genommen werden (unten V.). Um Enttäuschungen vorzubeugen, sei gleich zu Beginn betont, dass es nicht das Ziel des Beitrags ist, einen ausformulierten Gesetzesvorschlag zu unterbreiten. Auch Fragen der kriminalpolitischen Zweckmäßigkeit (etwa diejenige nach der realen Gefährlichkeit von Fake News für die Demokratie¹¹ oder auch den Erfolgsaussichten bei der Ermittlung digitaler Sachverhalte) werden hier¹² nicht im Mittelpunkt stehen. Es soll vielmehr darum gehen, ihnen den Boden zu bereiten, indem rechtliche Rahmenbedingungen für eine etwaige Kriminalisierung herausgearbeitet werden.

II. Begriffliches

Zwar ist gezielte politische Desinformation als solche kein neues Phänomen. Mit der Digitalisierung haben sich jedoch Möglichkeiten aufgetan, unwahre Inhalte sehr viel überzeugender zu gestalten und ihre Verbreitung massiv zu vereinfachen. Der vorliegende Beitrag betrachtet dabei in erster Linie drei Phänomene:

Der Begriff des Deepfakes beschreibt nach der Legaldefinition in Art. 3 Nr. 60 der KI-Verordnung der Europäischen Union¹³ „einen durch KI erzeugten oder manipulierten Bild-, Ton- oder Videoinhalt, der wirklichen Personen, Gegenständen, Orten, Einrichtungen oder Ereignissen ähnelt und einer Person fälschlicherweise als echt oder wahrheitsgemäß erscheinen würde“. Deepfakes machen eine Unterscheidung von echten und manipulierten Inhalten schon mit den heutigen technischen Möglichkeiten teils ausgesprochen schwer.¹⁴ Dass sie neben dem individuellen Ansehen der abgebildeten Person selbst die staatliche Sicherheit betreffen können, zeigen gefälschte Aufnahmen des ukrainischen Präsidenten *Selenskyj*, in denen

dieser unmittelbar nach dem Beginn des russischen Angriffskriegs die Verteidiger vermeintlich aufforderte, die Waffen niederzulegen.¹⁵ Auch kam es im Kontext des amerikanischen Präsidentschaftswahlkampfes 2024 im Norden New Hampshires offenbar großflächig zu Anrufen, in denen eine KI-generierte Stimme *Joe Bidens* scheinbar dazu aufforderte, sich nicht an den Vorwahlen der demokratischen Partei zu beteiligen.¹⁶

Eine Legaldefinition von Social Bots findet sich in der KI-Verordnung nicht (sucht man darin nach „Bots“, wird man nur zu verschiedenen *Verbots*vorschriften geleitet). Der Begriff umschreibt im hier interessierenden Sinn¹⁷ Computerprogramme, die in sozialen Netzwerken automatisiert Inhalte erstellen oder verbreiten, mit anderen Nutzern der betreffenden Plattform interagieren und zumindest teilweise das Ziel verfolgen, menschliches Verhalten zu imitieren oder zu beeinflussen.¹⁸ Solche Programme multiplizieren die Reichweite von Fake News und radikalen Ansichten; dadurch können sie bei Nutzern fälschlich den Eindruck erwecken, eine bestimmte Information oder auch inhaltliche Position sei weithin anerkannt. Die Befürchtung, dass es in der Folge zu einer Verschiebung des politischen Diskurses und selbst zur Beeinflussung von Wahlergebnissen kommen könnte, erscheint nicht aus der Luft gegriffen. Namentlich stützte sich das rumänische Verfassungsgericht in seiner bereits erwähnten Entscheidung zur Annullierung der Präsidentschaftswahl auf den Befund, dass im Vorfeld des Urngangs eine große Zahl zuvor nicht genutzter TikTok-Konten begonnen habe, die Inhalte des rechtsextremen Kandidaten *Georgescu* massenhaft zu verbreiten.¹⁹

Der Begriff der Filter Bubbles (auch: Echo Chambers) beschreibt das Phänomen, dass Algorithmen, wie sie ebenfalls in sozialen Netzwerken, auf Videoplattformen und in Internet-Suchmaschinen zum Einsatz kommen, dem Nutzer gezielt Inhalte vorschlagen, die seiner bisherigen Nutzungshistorie entsprechen. Dies ist unproblematisch, wenn infolgedessen bei einem Streamingdienst nur Musiktitel angezeigt werden, die dem bevorzugten Genre angehören. Es kann aber im politischen Kontext auch zu einer einseitigen Informationswahrnehmung führen – man bleibt bildlich gesprochen in der Blase der eigenen Über-

¹⁰ S. *Hahne*, „Manipulation hat in keinem Land ein solches Ausmaß“, Tagesschau, 6.12.2024, online abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/europa/wahl-rumaenien-annullierung-100.html> (zuletzt abgerufen am 20.1.2025).

¹¹ Sehr skeptisch insoweit bzgl. Fake News allgemein *Rückert* (Fn. 1), S. 167 (173 ff.).

¹² Dazu etwa *Schreiber* (Fn. 7), S. 246 ff.; *Rostalski*, RW 2017, 436, (444 ff.); *Lammich* (Fn. 1), S. 194 f.; *F. Zimmermann/Jorczyk*, Eu-CLR 2023, 118 (129 ff.); zu kriminalpolitischen Regelungsoptionen auf europäischer Ebene führt der Verf. derzeit ein DFG-finanziertes Forschungsprojekt durch.

¹³ Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (...), ABl. L v. 12.7.2024.

¹⁴ Zu den technischen Hintergründen *Lammich* (Fn. 1), S. 73 ff.

¹⁵ S. die Dokumentation des Landesmedienzentrums Baden-Württemberg: *Feller*, Deepfake-Videos als mediale Waffen im Ukraine-Krieg, LMZ Baden-Württemberg, 5.4.2022, online abrufbar unter: <https://www.lmz-bw.de/landesmedienzentrum/aktuelles/aktuelle-meldungen/detailseite/deepfake-videos-als-mediale-waffen-im-ukraine-krieg> (zuletzt abgerufen am 20.1.2025).

¹⁶ S. *Seitz-Wald*, Democratic operative admits to commissioning fake Biden robocall that used AI; NBC News, 25.2.2024, online abrufbar unter: <https://www.nbcnews.com/politics/2024-election/democratic-operative-admits-commissioning-fake-biden-robocall-used-ai-rcna-140402> (zuletzt abgerufen am 20.1.2025).

¹⁷ Als erster „Bot“ gilt ein 1966 von *Joseph Weizenbaum* entwickeltes Kommunikationsprogramm für den Bereich der Psychiatrie, s. <https://de.wikipedia.org/wiki/ELIZA> (zuletzt abgerufen am 20.1.2025).

¹⁸ *Keller*, Social Bots: Zwischen Phänomen und Phantom, BPP, online abrufbar unter: <https://www.bpp.de/themen/medien-journalismus/digitale-desinformation/290555/social-bots-zwischen-phaenomen-und-phantom/> (zuletzt abgerufen am 20.1.2025); *Lammich* (Fn. 1), S. 85 ff.; *Klaas*, MMR 2019, 84 (87).

¹⁹ S. nochmals *Hahne*, „Manipulation hat in keinem Land ein solches Ausmaß“, Tagesschau, 6.12.2024.

zeugungen, wird in seinen bereits bestehenden Anschauungen bestärkt und nimmt anderslautende Deutungen nicht mehr zur Kenntnis. Es lässt sich dadurch befürchten, dass Wählerinnen und Wähler mit weniger Widerspruch konfrontiert werden und die Chance verlieren, konträre Positionen bei der eigenen Willensbildung einzubeziehen.

III. Gestaltungsoptionen für eine strafrechtliche Regelung

Bevor die rechtlichen Rahmenbedingungen näher thematisiert werden, soll zunächst abstrakt skizziert werden, welche Gestaltungsoptionen der Strafgesetzgeber überhaupt hat: Es existiert eine Vielzahl von Stellschrauben, mittels derer er den Anwendungsbereich eines neuen Straftatbestands bestimmen kann. Je nachdem, welche davon betätigt werden und wie stark man an ihnen dreht, wird eine neue Vorschrift den Bereich des Strafbaren enger oder weiter ziehen.

1. Denkbare Anknüpfungspunkte für eine Kriminalisierung

Eine erste Frage, die der Gesetzgeber sich stellen müsste, ist, für welchen Lebensbereich gegebenenfalls eine weitergehende Kriminalisierung von Fake News angestrebt wird. Soll es etwa um Falschinformationen gehen, die die Intimsphäre von Einzelpersonen (wie im Fall manipulierter pornografischer Abbildungen), das Wirtschaftsleben (etwa bei unzutreffenden kursrelevanten Informationen über eine börsennotierte Aktiengesellschaft), die Rechtspflege (etwa bei falschen Nachrichten über die Begehung einer Straftat) oder – was hier besonders interessiert – die demokratische Willensbildung betreffen? Mit dieser Entscheidung für einen bestimmten Kriminalisierungssektor überschneidet sich partiell die Frage nach den gesetzlich voraussetzenden Folgen: Soll eine neue Strafnorm die Verursachung eines bestimmten Erfolgs erfordern, etwa dass die Reputation einer konkreten Einzelperson beeinträchtigt, der Kurswert einer Aktie geschmälert oder eine menschliche Entscheidung anders getroffen wird – insbesondere eine Wahlentscheidung? Soll auf ein solches Tatbestandsmerkmal, das erwartbarerweise im Hinblick auf die erforderliche Kausalität des tatbestandlichen Verhaltens für den Erfolgseintritt Nachweisprobleme aufwerfen wird, verzichtet und stattdessen ein (abstraktes) Gefährdungsdelikt geschaffen werden?

Eine weitere zentrale Stellschraube betrifft das von der Norm erfasste Verhalten, also die Tathandlung: Soll es um das Erzeugen oder das Verbreiten von unwahren Inhalten

gehen? Insoweit wäre auch zu entscheiden, ob typische Kommunikationsverhalten in sozialen Medien wie das Teilen oder das „Liken“ von Inhalten einer dritten Person für eine Strafbarkeit genügen soll.²⁰ Denkbar wäre es auch, an die Ausgestaltung eines Programms, einschließlich der Einstellung eines Algorithmus, anzuknüpfen. Neben dieser objektiven Verhaltenskomponente wären auch die subjektiven Anforderungen an das Handlungsunrecht zu bestimmen – insbesondere, ob zumindest partiell ein gesteigerter Vorsatzgrad verlangt werden soll.

In personeller Hinsicht wäre zu klären, welche Akteure eine Neuregelung in den Blick nehmen soll – soll ein Jedermannsdelikt geschaffen werden, welches an das Verhalten einer beliebigen Einzelperson abstellt? Soll es alternativ um Personen gehen, für die sich strengere Verhaltensmaßstäbe etablieren lassen, beispielsweise die Betreiber von sozialen Netzwerken und Internet-Suchmaschinen oder diejenigen, die eine Deepfake-Anwendung auf den Markt bringen? Einen weiteren Ansatz, der in diese Richtung zielt, hat *Schünemann* formuliert: Ein neuer Straftatbestand könnte als Sonderdelikt ausgestaltet werden, das nur durch Amtsträger oder bestimmte Angehörige der journalistischen Berufe begangen werden kann.²¹

In technologischer Hinsicht müsste geklärt werden, ob gegebenenfalls nur an bestimmte, besonders risikoträchtige Anwendungen angeknüpft werden soll – beispielsweise nur an das Herstellen oder Verwenden von Deepfakes oder von Social Bots²² in sozialen Netzwerken. Ebenso ließe sich andenken, dass eine Neuregelung die Konfiguration von Algorithmen in den Blick nimmt – diese sind wie gesehen häufig so eingestellt, dass sie Präferenzen der Nutzer erkennen und ihnen diesen Präferenzen entsprechende Inhalte (Produkte, Videos, Posts) oder Kontakte vorschlagen. Für bestimmte Bereiche wie die politische Ausrichtung (daneben wäre z.B. auch ein religiöses Bekenntnis oder die sexuelle Orientierung denkbar) könnte eine neue Regelung das Auswerten der Nutzerpräferenzen untersagen und womöglich mit Strafe bedrohen.

2. Inspirierende (?) Seitenblicke

a) § 264 des österreichischen Strafgesetzbuchs

Bereits recht früh wurden in der deutschen Debatte um eine Kriminalisierung politischer Fake News rechtsvergleichende Blicke nach Österreich geworfen:²³ Dort existiert mit § 264 öStGB²⁴ ein Straftatbestand, der die Verbreitung falscher Nachrichten bei einer Wahl oder Volksabstimmung pönalisiert. Anders als bei § 108a StGB han-

²⁰ Hierzu de lege lata etwa *Eckel/Rottmeier*, NStZ 2021, 1 ff.

²¹ *Schünemann*, GA 2019, 620 (630 f., 639).

²² Auch hierzu *Schünemann*, GA 2019, 620 (630).

²³ *Hoven*, ZStW 129 (2017), 718 (741); in der Folge auch *Schreiber* (Fn. 7), S. 290 ff.; *F. Zimmermann/Jorczyk*, EuCLR 2023, 118 (123 ff.).

²⁴ Die Vorschrift lautet:

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

(2) Wer sich dabei einer falschen oder verfälschten Urkunde bedient, um die falsche Nachricht glaubwürdig erscheinen zu lassen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.“

delt es sich nicht um ein Erfolgs-, sondern um ein abstraktes Gefährdungsdelikt,²⁵ das die bloße Eignung einer Falschmeldung zur Beeinflussung des Abstimmungsverhaltens genügen lässt. Folglich ist ein – im deutschen Recht bei § 108a StGB problematischer²⁶ – Nachweis für die Kausalität der Tathandlung für eine bestimmte Wahlentscheidung einer konkreten Einzelperson²⁷ entbehrlich. Zudem erfasst die Vorschrift auch Falschnachrichten, die auf das Erzeugen von Motivirrtümern hinsichtlich der Stimmabgabe abzielen, wohingegen ihr deutsches Pendant primär Erklärungsirrtümer in den Blick nimmt und einen Motivirrtum nur in dem speziellen Fall für beachtlich erklärt, dass dieser einen Wähler dazu bringt, gegen seinen Willen nicht zu wählen.²⁸ Vorausgesetzt wird eine öffentliche Tatbegehung, namentlich auch eine solche über soziale Medien und allgemein das Internet.²⁹ Um übermäßige Eingriffe in den Prozess der politischen Meinungsbildung zu vermeiden, soll § 264 öStGB nur Tatsachenbehauptungen („Informationsangaben“), nicht aber übertriebene Wahlversprechen oder Wahlkampfpolemik erfassen.³⁰ Allerdings zeigen das Erfordernis der Tatbegehung zu einem Zeitpunkt, wenn eine Gegenäußerung nicht mehr wirksam verbreitet werden kann, und die Qualifikation für die Begehung mittels Urkunden in § 264 Abs. 2 öStGB, dass auch der österreichische Tatbestand nicht auf die digitale Welt zugeschnitten ist.³¹ Dementsprechend scheint er bei unseren Nachbarn ungeachtet der auch dort vorkommenden Fake News in der Praxis bislang keine nennenswerte Rolle zu spielen.³² Er dürfte sich daher allenfalls mit beträchtlichen Modifikationen als Modell für eine Neuregelung eignen.

b) Der Ordnungswidrigkeitentatbestand in Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 des bayerischen Pressegesetzes

Im bayerischen Landespressegesetz findet sich in Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 ein Ordnungswidrigkeitentatbestand, der denjenigen mit Geldbuße bedroht, der „wider besseres Wissen den Abdruck einer in wesentlichen Punkten unwarhen Darstellung oder Gegendarstellung erwirkt.“ Die Verfolgung ist nach S. 2 der Vorschrift von einem Antrag des Betroffenen, des Redakteurs oder des Verlegers abhängig. Daran zeigt sich, dass es in dieser Norm nicht in einem allgemeineren Sinn um den Schutz der öffentlichen Informationsversorgung geht, sondern um das Ansehen von Individualpersonen oder doch immerhin des zur Publikation genutzten Mediums. Hierin und in dem Merkmal des Erwirkens klingt – vergleichbar dem Bewirken in § 271 StGB³³ – an, dass der Landesgesetzgeber jedenfalls

nicht in erster Linie Personen adressieren wollte, die selbst etwas publizieren,³⁴ sondern an Personen gedacht haben dürfte, die jenen wissentlich unzutreffende Informationen zutragen oder auf andere Weise kausal für den Abdruck einer falschen Darstellung werden. Hierin lässt sich ein rudimentärer Fake-News-Tatbestand sehen. Allerdings dürfte sich die Vorschrift aus mehreren Gründen kaum als Vorbild für eine kriminalstrafrechtliche Neuregelung eignen: Neben der bedenklich unbestimmten Formulierung „in wesentlichen Punkten“ erscheint der Zugschnitt auf althergebrachte gedruckte Medien für das digitale Zeitalter gänzlich unpassend. Ferner mag es in einem Mediensystem mit den klassischen Gatekeepern plausibel erschienen sein, als Tathandlung auf ein Erwirken abzustellen – in der digitalen Medienlandschaft, in der jede(r) mit selbst erstellten Inhalten große Reichweiten erzielen kann, hat dieser Ansatz seine Berechtigung verloren. Ebenso bedürften die subjektiven Anforderungen an ein Erwirken der Präzisierung: Sollte hierfür entsprechend der herkömmlichen Vorsatzdogmatik *dolus eventualis* ausreichen, wäre ein solcher Tatbestand rasch bei jeder falschen Mitteilung eines skandalträchtigen Vorgangs einschlägig, sofern nur damit zu rechnen ist, dass er von den (sozialen) Medien aufgegriffen werden wird. Zuletzt scheint auch dieses Delikt in der Praxis bedeutungslos zu sein; eine Juris-Recherche ergab hierzu keinen einzigen Treffer aus der Rechtsprechung.

IV. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Aus einer innerstaatlichen deutschen Sicht wird der rechtliche Rahmen für eine etwaige Kriminalisierung von Fake News zuvörderst durch die Grundrechte des Art. 5 GG gesetzt. Im Folgenden sollen auf diese verfassungsrechtliche Debatte nur einige Schlaglichter geworfen werden.

1. Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG

Was zunächst die Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG angeht, ist daran zu erinnern, dass sie zwar im Ausgangspunkt nur Stellungnahmen mit wertendem Charakter schützt.³⁵ Zum einen aber ist schon die Abgrenzung von Tatsachen und Werturteilen, wie von den §§ 185 ff. StGB hinlänglich bekannt ist,³⁶ keineswegs immer eindeutig;³⁷ es handelt sich mit anderen Worten dabei selbst um einen wertenden Akt. Zum anderen umfasst der Schutzbereich der Meinungsfreiheit auch solche Tatsachenäußerungen, die der Bildung einer Meinung dienen.³⁸ Das *BVerfG* nimmt insoweit allerdings eine wichtige – im

²⁵ Eder-Rieder, in: Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar zum StGB, 41. EL (Dez. 2019), § 264 Rn. 6, 13; Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari, StGB, 14. Aufl. (2022), § 264 Rn. 1.

²⁶ Schreiber (Fn. 7), S. 291; T. Zimmermann, ZIS 2011, 982 (990); auch Rückert (Fn. 1), S. 172.

²⁷ Schutzobjekt soll vielmehr ein größerer Kreis von Stimmberechtigten sein, s. Bachner-Voregger, in: Höpfl/Ratz, Wiener Kommentar, StGB, 2. Aufl. (Stand: 1.6.2018), § 264 Rn. 1; Eder-Rieder, in: Salzburger Kommentar zum StGB, § 264 Rn. 5.

²⁸ Weiß, in: LK-StGB, Bd. 7, 13. Aufl. (2021), § 108a Rn. 5; Müller, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 108a Rn. 6; T. Zimmermann, ZIS 2011, 982 (990).

²⁹ Eder-Rieder, in: Salzburger Kommentar zum StGB, § 264 Rn. 16; Bachner-Voregger, in: Wiener Kommentar, StGB, § 264 Rn. 4.

³⁰ Eder-Rieder, in: Salzburger Kommentar zum StGB, § 264 Rn. 12; Tipold, in: Leukauf/Steininger, StGB, Update 2020, § 264 Rn. 4.

³¹ Hoven, ZStW 129 (2017), 718, (741 m. Fn. 89), F. Zimmermann/Jorczyk, EuCLR 2023, 118 (128).

³² Die einschlägigen Kommentierungen zitieren fast ausschließlich Literaturfundstellen.

³³ S. dazu etwa Wittig, in: SSW-StGB, § 271 Rn. 22.

³⁴ Stellt man auf einen kausalen Beitrag ab (s. sogleich), erscheint es freilich nicht ausgeschlossen, auch dieses Verhalten unter den Tatbestand zu fassen.

³⁵ BVerfGE 7, 198 (210); 90, 241 (247).

³⁶ S. nur Kargl, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 186 Rn. 23 ff. m.w.N.

³⁷ BVerfGE 61, 1 (9); speziell zu Fake News Bethge, in: Sachs, Grundgesetz, 10. Aufl. (2024), Art. 5 Nr. 28.

³⁸ BVerfGE 61, 1 (8); 90, 241 (247).

Schrifttum nicht ohne Kritik gebliebene³⁹ – Einschränkung vor: „Was dagegen nicht zur verfassungsmäßig vorausgesetzten Meinungsbildung beitragen kann, ist nicht geschützt, insbesondere die erwiesen oder bewußt unwahre Tatsachenbehauptung.“⁴⁰ Dies lässt sich so lesen, als sei eine Pönalisierung von Fake News verfassungsrechtlich vergleichsweise unproblematisch. Wenn mit der Formulierung „erwiesen oder bewußt unwahr“ wirklich zwei alternative Kriterien gemeint sein sollten, würde das sogar bedeuten, dass die unvorsätzliche – also fahrlässige – Behauptung falscher Tatsachen keinen verfassungsrechtlichen Schutz genösse, solange die Unwahrheit nur objektiv erwiesen ist. Allerdings hat das *BVerfG* klargestellt, dass die so umschriebene Sorgfaltspflicht dort eine Grenze findet, wo die „Richtigkeit einer Tatsachenbehauptung im Zeitpunkt der Äußerung noch ungewiß ist und sich nicht binnen kürzester Zeit aufklären lässt.“⁴¹ Zudem sei darauf Bedacht zu nehmen, dass eine Wahrheitspflicht und ihre Absicherung mittels Sanktionen nicht zu einer Lähmung speziell der Presse führten.⁴² Diese Aussage dürfte sich auf die Meinungsfreiheit übertragen lassen⁴³ und beschreibt bereits das heute meist als „chilling effect“ bezeichnete Phänomen.⁴⁴ Abgeleitet wird hieraus, dass Art. 5 Abs. 1 GG erst bei einer grob fahrlässigen Missachtung der Wahrheitspflicht keinen Schutz mehr bietet.⁴⁵ Aus einer strafrechtlichen bzw. kriminalpolitischen Sicht ließe dies dem Gesetzgeber freilich immer noch massiven Spielraum für eine Kriminalisierung. Inwieweit sich aus der Rechtsprechung des *EGMR*, der unter Art. 10 EMRK grundsätzlich in weitem Umfang Werturteile ebenso wie Tatsachen fasst,⁴⁶ ein weitergehender Schutz auch unwahrer Tatsachenbehauptungen ergibt, wird nicht einheitlich beurteilt.⁴⁷ Jedenfalls die Leugnung historisch feststehender Tatsachen soll aber auch dem *EGMR* zufolge keinen grundrechtlichen Schutz genießen.⁴⁸

Wollte man deshalb dem Strafgesetzgeber eine weitergehende Kriminalisierung zubilligen, so erschiene es doch in der Sache fraglich, ob ein solcher Schritt den heutigen Diskursbedingungen gerecht würde: Selbst was vor einiger Zeit als erwiesenermaßen wahr gegolten hätte, scheint heute eine große Zahl von Menschen nicht mehr zu erreichen – man denke nur an das Märchen vom angeblichen „Wahlsieg“ *Donald Trumps* im Jahr 2020. Vor diesem Hintergrund wäre zu befürchten, dass eine Neuregelung, welche den im Sinne des obigen Zitats weit verstandenen verfassungsrechtlichen Rahmen komplett ausnutzt, zu einer Massenkriminalisierung führen würde, die das Strafjustizsystem völlig überfordern müsste.⁴⁹ Nicht zu unterschätzen wäre auch die Gefahr, dass sich die betroffenen

Personen in diesem Fall noch mehr an den Rand gedrängt fühlen und sich weiter radikalieren. Womöglich würde mit einer derart weitreichenden Neuregelung sogar ein Präzedenzfall geschaffen, der unter anderen politischen Rahmenbedingungen missbraucht werden könnte. Selbst wenn man eine solche Regelung also grundrechtlich möglicherweise noch für zulässig halten mag: Eine kluge, kriminalpolitisch überzeugende Regelung wäre sie sicher nicht. Jedenfalls soweit es um das Strafrecht geht, müsste vielmehr der *Ultima-ratio-Grundsatz* zur Geltung gebracht werden. Mag also etwa das leichtfertige Verbreiten erwiesenermaßen falscher Tatsachen auch grundrechtlich nicht geschützt sein, so sollte es doch längst noch nicht strafbar sein.

Die Argumentationslast dürfte sich indes im Hinblick auf die hier besonders interessierenden digitalen Phänomene partiell verschieben: Deepfakes sind wesentlich mehr als schlichte inhaltlich unzutreffende Tatsachenbehauptungen, weil sie zusätzlich einen gefälschten Beweis für die – vermeintliche – Wahrheit ihres Inhalts anbieten. Sie machen sich den menschlichen Impuls zunutze, wonach man das selbst Gesehene und Gehörte glauben dürfe, und haben insofern ein deutlich gesteigertes Irreführungspotenzial. Social Bots erwecken den falschen Eindruck, ein bestimmter Inhalt sei von einer natürlichen Person geteilt, kommentiert (usw.) worden, sie gaukeln aber außerdem vor, dass die betreffende Sichtweise weit verbreitet sei. Ihnen wohnt daher ebenfalls ein Element der Täuschung inne, das über den falschen Inhalt der Nachricht hinausgeht. Im Hinblick auf Echo Chambers ist zwar zu betonen, dass es nach h.M. auch eine negative Meinungsfreiheit gibt, wonach man sich keine eigene Meinung bilden und sich eine fremde Meinung nicht zu eigen machen muss.⁵⁰ Für die analoge Welt wird man hieraus ableiten können, dass es ein Recht darauf gibt, am heimischen Küchentisch von einer Zwangsbeglückung mit abweichenden Ansichten verschont zu bleiben und sich in die Blase der eigenen Anschauungen verkriechen zu dürfen. Im digitalen Raum aber lässt sich zum einen schon bezweifeln, ob der Vergleich mit der heimischen Privatsphäre überhaupt passt und nicht vielmehr eine Parallele mit öffentlichen Orten zu ziehen ist – im Wirtshaus hat der Gast gerade keinen Anspruch darauf, dass politische Stellungnahmen am Nachbartisch unterbleiben. Zum anderen sorgt der zur Anwendung kommende Algorithmus dafür, dass sich Nutzer durch das eigene Surfverhalten ihre Bubble (meist) unbewusst selbst schaffen. Dementsprechend sollte eine Regulierung, die es den Betreibern von Algorithmen aufgibt, bei der Analyse des Nutzerverhaltens politische Anschauungen außer Betracht zu lassen oder in gewissem Umfang

³⁹ *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 105. EL (August 2024), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 50 ff.; einschränkend etwa *Paulus*, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. (2024), Art. 5 Rn. 84.

⁴⁰ *BVerfGE* 61, 1 (8).

⁴¹ *BVerfGE* 90, 241 (254); i.E. zustimmend etwa *Schreiber* (Fn. 7), S. 118 ff.

⁴² *BVerfGE* 54, 208 (219 f.).

⁴³ So bei *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 49.

⁴⁴ Hierzu im Kontext der Pressefreiheit *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 410.

⁴⁵ *Kaiser*, in: Dreier, GG, 4. Aufl. (2023), Art. 5 Abs. 1 Rn. 61, unter Berufung auf *BVerfGE* 12, 113 (130) („leichtfertig“).

⁴⁶ *EGMR*, Urt. v. 7.12.1976, *Handyside v. The United Kingdom*, 5493/72, Rn. 49; *EGMR*, Urt. v. 26.4.1979, *The Sunday Times v. The United Kingdom*, 6538/74, Rn. 65.

⁴⁷ Dafür wohl *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 50; offener *Bernsdorff*, in: Meyer, EU-Grundrechtecharta, 6. Aufl. (2024), Art. 11 Rn. 13.

⁴⁸ *EGMR*, Urt. v. 23.9.1998, *Lehideux and Isorni v. France*, 55/1997/839/1045, Rn. 47.

⁴⁹ *F. Zimmermann/Jorczyk*, *EuCLR* 2023, 118 (132).

⁵⁰ Hierzu etwa *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 95 ff. m.w.N., der allerdings dieser Konstruktion kritisch gegenübersteht (Rn. 98).

für eine Konfrontation mit abweichenden politischen Ansichten zu sorgen, rechtlich möglich sein.

2. Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG

Neben der Meinungsfreiheit müsste eine etwaige Neuregelung besonders die Pressefreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG berücksichtigen, da jeder Kriminalisierung von Fake News die Gefahr inhärent wäre, die Freiheit der Berichterstattung empfindlich einzuschränken. Was den Schutzbereich der Pressefreiheit angeht, wird – ähnlich wie bei der Meinungsfreiheit – die Grenze bei der Verbreitung bewusst oder offensichtlich unwahrer Tatsachen gesehen.⁵¹ Sollte das Kriterium der Offensichtlichkeit rein objektiv zu verstehen sein und eine neue Strafvorschrift im Hinblick auf die Unwahrheit der berichteten Tatsache subjektiv lediglich Eventualvorsatz (oder gar nur bewusste Fahrlässigkeit, s.o.) verlangen, könnten politische Skandale ohne Angst vor strafrechtlichen Sanktionen nur noch bei Gewissheit hinsichtlich der Wahrheit des Berichts publik gemacht werden. Nicht unterschätzt werden sollte zudem die Tragweite der strafprozessualen Ermittlungsbefugnisse, sobald nur ein entsprechender Verdacht besteht. Diese Bedenken gegen einen allgemeinen Fake-News-Tatbestand erscheinen bei Deepfakes, Social Bots und Filter Bubbles wiederum weniger durchschlagend, da jedenfalls deren eigenhändiger und wissentlicher Einsatz journalistischen Pflichten ohnehin gravierend widersprechen dürfte. In Rechnung zu stellen wäre indes ein gewisser Dominoeffekt, den eine neue Strafnorm im Verbund mit Normen wie Art. 12 Abs. 2 des Bayerischen Pressegesetzes haben könnte. Nach dieser Vorschrift ist für den verantwortlichen Redakteur, Verleger, Drucker oder Verbreiter die Mitwirkung an dem Erscheinen eines Druckwerks mit strafbarem Inhalt bereits bei Fahrlässigkeit mit Strafe bedroht (allerdings nur, wenn der „Vormann“ nicht selbst zur Verantwortung gezogen werden kann, S. 2). Wäre also das Inumlaufbringen einer falschen Nachricht nach einem neuen Fake-News-Tatbestand prinzipiell für den geistigen Urheber strafbar – und sei es auch nur bei gesteigertem Vorsatzgrad –, könnte dies Konsequenzen für Journalisten haben, welche die betreffende Nachricht publizieren. Sollte der Gesetzgeber einem solchen Vorhaben nähertreten wollen, wäre er daher gut beraten, zugleich explizit zu regeln, wie sich Medienschaffende strafrechtlich exkulpieren können.

3. Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

Zuletzt ist noch eine kurze Bemerkung zur Kunstfreiheit angezeigt, die namentlich für die Erstellung und Verbreitung von Deepfakes eine Rolle spielen kann: Selbstverständlich darf eine etwaige neue Strafvorschrift machtkritische Satire nicht unmöglich machen. Anders als bei der Meinungs- und Pressefreiheit erscheint insoweit auch das spezielle technische Mittel nicht von vornherein weniger schutzwürdig. Dies erkennt Art. 50 Abs. 4 S. 3 der europäischen KI-Verordnung an, wonach die grundsätzliche Transparenzpflicht bei der Erstellung von Deepfakes (dazu sogleich) eingeschränkt wird, sofern „der Inhalt Teil

eines offensichtlich künstlerischen, kreativen, satirischen, fiktionalen oder analogen Werks oder Programms [ist].“ Eine etwaige Neuregelung auf nationaler Ebene müsste daher zumindest Auslegungsspielräume eröffnen, mit denen der Kunstfreiheit Geltung verschafft werden kann. Allerdings stellt die Kunstfreiheit keine absolute Grenze für eine Pönalisierung dar: Das *BVerfG* hat wiederholt anerkannt, dass sie auch zugunsten von widerstreitenden Verfassungsgütern eingeschränkt werden kann.⁵² Die dann erforderliche Abwägung dürfte bei einem Deepfake, welches im Hinblick auf eine bevorstehende Wahl in die Irre führt, aber eher zugunsten einer Strafbarkeit ausfallen als bei satirisch überspitzter Kritik durch die Verächtlichmachung staatlicher Symbole, wie sie bei den genannten Entscheidungen des *BVerfG* in Rede stand.

V. Unionsrechtlicher Rahmen

Jedenfalls soweit sich ein etwaiger neuer Tatbestand auf technische Phänomene wie Deepfakes, Social Bots und Filter Bubbles konzentrieren würde, stehen die angesprochenen Grundrechte einer Kriminalisierung politischer Fake News somit nicht grundsätzlich im Weg. Es stellt sich dann aber eine weitere Frage, die – soweit ersichtlich – bislang nicht näher erörtert worden ist: Inwieweit ergeben sich aus der mittlerweile verabschiedeten KI-Verordnung der Europäischen Union Schranken für die mitgliedstaatlichen Strafgesetzgeber? Als Ausgangspunkt gilt es festzustellen, dass, während die kriminalpolitische Debatte in Deutschland noch in vollem Gange ist, der Unionsgesetzgeber bereits Fakten geschaffen hat. Die KI-Verordnung enthält nämlich eine Reihe von sanktionsbewehrten Verhaltensnormen, die im Hinblick auf politische Fake News relevant werden könnten. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit:

- Art. 5 Abs. 1 verbietet verschiedene Arten des KI-Einsatzes, darunter den Einsatz näher beschriebener, absichtlich manipulativer oder täuschender Techniken (lit. a). Hierunter könnten prinzipiell auch KI-Systeme subsumiert werden, die Wahlentscheidungen beeinflussen sollen. Allerdings setzt die Vorschrift weiter voraus, dass in der Folge von natürlichen Personen eine Entscheidung getroffen wird, die sie anderenfalls nicht getroffen hätten – es ist also ein Kausalitätsnachweis erforderlich –, und diese Entscheidung muss zumindest zur Gefahr eines erheblichen Schadens geführt haben. Liegen diese Voraussetzungen vor, sieht Art. 99 Abs. 3 die Verhängung einer Geldbuße von bis zu 35 Millionen Euro oder (bei juristischen Personen) alternativ 7 % des gesamten weltweiten Jahresumsatzes im vorausgegangenen Geschäftsjahr vor.
- Nach Art. 50 Abs. 1 der KI-Verordnung muss der Anbieter eines KI-Systems, das für die direkte Interaktion mit Menschen bestimmt ist, gewährleisten, dass diese darüber informiert werden, dass sie mit einer KI interagieren. Dies dürfte grundsätzlich bei Social Bots relevant werden, wie sie in sozialen Netzwerken

⁵¹ Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 272; Paulus, in: Huber/Voßkuhle, GG, Art. 5 Rn. 140.

⁵² S. etwa zu § 90a StGB *BVerfGE* 81, 278 ff. (Bundesflagge) und *BVerfGE* 81, 298 ff. (Nationalhymne).

zum Einsatz kommen. Allerdings beschränkt sich die Regelung auf den Anbieter, also nach Art. 3 Nr. 3 der KI-Verordnung auf die Person, die ein KI-System entwickelt und in Verkehr bringt oder die es unter ihrem eigenen Namen oder ihrer Handelsmarke in Betrieb nimmt. Da Social Bots aber wie menschliche Kommunikationspartner agieren, treten sie nicht unter dem Namen oder der Handelsmarke desjenigen auf, der sie einsetzt – bedeutsam werden könnte die Norm aber immerhin für denjenigen, der Bot-Programme vertreibt, welche anschließend von den Abnehmern „personalisiert“ werden können.

- Noch interessanter für die hier behandelten Themen ist Art. 50 Abs. 4 der KI-Verordnung, der sich mit KI-Systemen beschäftigt, die Deepfakes erstellen: Deren Betreiber muss offenlegen, dass die betreffenden Inhalte künstlich erzeugt oder manipuliert wurden. Als Betreiber gilt dabei gem. Art. 3 Nr. 4 auch eine natürliche Person, „die ein KI-System in eigener Verantwortung verwendet, es sei denn, das KI-System wird im Rahmen einer persönlichen und nicht beruflichen Tätigkeit verwendet“. An der letztgenannten Ausnahmeklausel erscheint diskutabel, was eine „persönliche“ Nutzung ausmacht. Zu denken sein dürfte dabei in erster Linie an Werke, die nur eigenen Zwecken dienen, etwa eine aus Jux erstellte Videomanipulation. Sobald ein Inhalt aber dafür gedacht ist, breit in Umlauf gebracht zu werden – wie bei Deepfakes, die eine politische Falschnachricht untermauern sollen –, dürfte ein persönliches Verwenden zu verneinen sein. Für Verstöße gegen diese Norm droht Art. 99 Abs. 4 lit. g ein Bußgeld von bis zu 15 Millionen Euro oder (bei juristischen Personen) alternativ bis zu 3 % des gesamten weltweiten Jahresumsatzes im vorausgegangenen Geschäftsjahr an.

Bemerkenswert ist daher zunächst, dass die KI-Verordnung inhaltlich vollständige und unmittelbar anwendbare Sanktionstatbestände vorsieht. Aus der Sicht der Mitgliedstaaten stellt sich die Frage, ob dieses unionsrechtliche Sanktionsregime als abschließend gedacht ist – mit der Folge, dass sie weitergehende Strafnormen gar nicht mehr erlassen könnten. Bedenkt man, dass die KI-Verordnung insgesamt dem Ziel dient, innerhalb der Union verlässliche Normen für KI-Entwickler zu schaffen und damit Rechtssicherheit im Binnenmarkt herzustellen, erscheint diese Frage gar nicht so fernliegend: In Erwägungsgrund Nr. 1 heißt es, die „Verordnung gewährleist[e] den grenzüberschreitenden freien Verkehr KI-gestützter Waren und Dienstleistungen, wodurch verhindert [werde], dass die Mitgliedstaaten die Entwicklung, Vermarktung und Verwendung von KI-Systemen beschränken, sofern dies nicht ausdrücklich durch diese Verord-

nung erlaubt wird.“ Dies entspricht ganz der klassischen Logik der Harmonisierung im Binnenmarkt: Ist das unionsrechtlich festgelegte Schutzniveau beachtet, muss das fragliche Verhalten in der ganzen Union legal sein.⁵³ Speziell für Binnenmarkt-Verordnungen hat diesen Gedanken – anhand der Verordnung über Marktmissbrauch⁵⁴ – auch schon *Mitsilegas* formuliert.⁵⁵

Nun gilt dies jedoch nur, wenn der betreffende Unionsrechtsakt eine strengere mitgliedstaatliche Regelung tatsächlich sperren soll und keine Öffnungsklauseln vorsieht. In der KI-Verordnung findet sich eine solche Regelung, deren Aussage aber nicht eindeutig ist. So heißt es in Art. 50 Abs. 6, die in diesem Artikel festgelegten Pflichten „berühr[t]en nicht andere Transparenzpflichten, die im Unionsrecht oder dem nationalen Recht für Betreiber von KI-Systemen festgelegt sind.“ Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass nationales Recht lediglich weitergehende Pflichten im Hinblick auf die Offenlegung des KI-Einsatzes etablieren, nicht aber beispielsweise bestimmte Nutzungsformen von Deepfakes generell verbieten und mit Strafe bedrohen darf. Einen indirekten Fingerzeig mag man ferner in Art. 99 Abs. 7 lit. c erblicken, der bestimmt, dass bei der Bemessung der Geldbuße zu berücksichtigen sei, „ob demselben Akteur bereits von anderen Behörden für Verstöße gegen das Unionsrecht oder das nationale Recht Geldbußen auferlegt wurden, wenn diese Verstöße auf dieselbe Handlung oder Unterlassung zurückzuführen sind, die einen einschlägigen Verstoß gegen diese Verordnung darstellt“. Wären nationale Sanktionsnormen für Verhaltensweisen, die (auch) gegen die Verordnung verstoßen, pauschal unzulässig, würde der hierauf bezogene Teil der Vorschrift keinen Sinn ergeben. Zweifelhaft erscheint an dieser Regelung, weshalb sie ausschließlich auf Geldbußen und nicht auch auf kriminalstrafrechtliche Sanktionen Bezug nimmt, die wegen desselben Verhaltens verhängt wurden. Dies mag man sich auf den ersten Blick damit erklären, dass dann schon nach dem unionsrechtlichen Doppelbestrafungsverbot (Art. 50 Grundrechtecharta) ein nochmaliges Verfahren unzulässig wäre. Allerdings gilt dies auch nach der Verhängung administrativer Sanktionen, sofern diese im Sinne der Engel-Entscheidung des *EGMR*⁵⁶ in einem europäischen Sinn bereits als strafrechtliche anzusehen wären.⁵⁷ Die Zulässigkeit kriminalstrafrechtlicher Sanktionsnormen der Mitgliedstaaten lässt sich daher auf Art. 99 Abs. 7 lit. c kaum stützen. Zugleich enthält die KI-Verordnung – anders als etwa die bereits genannte Marktmissbrauchsverordnung (Art. 30) – auch keinen allgemeinen Vorbehalt zugunsten des mitgliedstaatlichen Strafrechts. Folglich erschiene eine Kriminalisierung von Deepfakes, welche die in der Verordnung angelegten Verhaltensvorschriften verschärfen und nicht lediglich Transparenzpflichten umfassen würde, als unionsrechtlich bedenklich.

⁵³ Vgl. *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl. (2022), § 9 Rn. 94 mit Rn. 92.

⁵⁴ Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates über Marktmissbrauch (...), ABl. L 173/1 v. 12.6.2014.

⁵⁵ *Mitsilegas*, EU Criminal Law, 2. Aufl. (2022), S. 120 f.

⁵⁶ *EGMR*, Urt. v. 8.6.1976, Engel and others v. The Netherlands, 5100/71 u.a., Rn. 82.

⁵⁷ *EuGH*, Urt. v. 4.5.2023, MV, Rs. C-97/21, Rn. 37 ff.; *EuGH*, Urt. v. 14.9.2023, Volkswagen, Rs. C-27/22, Rn. 48. Zudem verweist auch Erwägungsgrund Nr. 168 der KI-Verordnung selbst auf das Verbot der Doppelbestrafung.

VI. Zusammenfassung in Thesen

1. Unter engen Voraussetzungen erscheint eine Sanktionierung von Fake News prinzipiell als *verfassungsrechtlich zulässig*. Namentlich gilt dies für Fake News zur Manipulation der demokratischen Willensbildung, die durch technische Mittel (Deepfakes, Social Bots, Konfiguration von Algorithmen, die zu Filter Bubbles führt) verstärkt werden. Zur Vermeidung von „chilling effects“ sollte ein solcher Tatbestand im Hinblick auf die Unwahrheit der Nachricht aber gesteigerte Anforderungen an die subjektive Tatseite stellen (namentlich in Gestalt eines sicheren Wissens). Außerdem wären Exkulpationsregeln für Angehörige journalistischer Berufe und die Verwendung auslegungsfähiger Tatbestandsmerkmale zur Vermeidung von Konflikten z.B. mit der Kunstfreiheit ratsam.

2. Dass eine Sanktionierung verfassungsrechtlich zulässig sein mag, bedeutet aber keineswegs, dass sie auch *krimi-*

nalpolitisch überzeugend wäre (etwa mit Blick auf den Ultima-ratio-Gedanken oder Zweckmäßigkeitserwägungen).

3. Angesichts des Sanktionsregimes in der KI-Verordnung ist überdies zweifelhaft, inwieweit weitergehende kriminalstrafrechtliche Sanktionsnormen der Mitgliedstaaten *unionsrechtlich zulässig* sind. Dies führt einmal mehr vor Augen, wie wichtig es ist, Kriminalpolitik nicht mehr nur als rein nationales Feld zu verstehen, sondern auch die Tätigkeit des Unionsgesetzgebers stets im Blick zu behalten.

4. Es erscheint daher vor Überlegungen zu einer strafrechtlichen Neuregelung in Deutschland ratsam, zunächst das Funktionieren und die Effektivität des unionsrechtlichen Sanktionsregimes abzuwarten. Auch Geduld kann ein Merkmal kluger Kriminalpolitik sein.