

Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit des Betriebens krimineller Handelsplattformen im Internet und des Bereitstellens entsprechender Server-Infrastrukturen (BT-Drs. 19/28175)

1. Person des Sachverständigen

Seit dem 1. Januar 2015 besteht bei der Generalstaatsanwaltschaft Bamberg die Zentralstelle Cybercrime Bayern (ZCB). Der Sachverständige ist seit Gründung deren stellvertretender Leiter. Er leitet zudem das zum 1. Oktober 2020 vom Bayerischen Staatsminister der Justiz unter dem Dach der ZCB eingerichtete Zentrum zur Bekämpfung von Kinderpornografie und sexuellem Missbrauch im Internet (ZKI).

Die ZCB ist bayernweit zuständig für die Bearbeitung herausgehobener Ermittlungsverfahren im Bereich der Cyberkriminalität. Sie ermittelt zum Beispiel bei Angriffen auf bedeutende Wirtschaftszweige oder bei Verfahren aus dem Bereich der organisierten Cyberkriminalität. Die Arbeit des ZKI konzentriert sich insbesondere auf Betreiber und Nutzer von Darknet-Foren, die kinderpornografisches Material herstellen, posten oder damit handeln.

Derzeit sind 18 Staatsanwältinnen und Staatsanwälte und vier IT-Referentinnen und IT-Referenten bei der Zentralstelle Cybercrime Bayern tätig. Von den 18 Staatsanwältinnen und Staatsanwälten gehören acht dem Zentrum zur Bekämpfung von Kinderpornografie und sexuellem Missbrauch im Internet an.

2. Notwendigkeit und Schutzzweck der beabsichtigten Regelung

Dem Gesetzentwurf ist darin zuzustimmen, dass eine angemessene Ermittlung und Verfolgung der Betreiber von Plattformen im Internet, die (oftmals bereits nach ihrem äußeren Erscheinungsbild) ausschließlich der Vermarktung und Vermittlung pönalisierter Waren und Dienstleistungen dienen, sich regelmäßig vor die Schwierigkeit gestellt sieht, sehr genau die Stellung der Betreiber im Gefüge von (Mit-)Täterschaft und Teilnahme (insbes. Beihilfe) in den Blick nehmen zu müssen, um im Einzelfall den Anfangsverdacht eines strafbaren Verhaltens bejahen zu können.

Während in manchen Fällen eine mittäterschaftliche Begehungsweise an den über die Plattform verwirklichten Tatbestände naheliegt, verbleiben in der forensischen Praxis eine Vielzahl von Fälle, bei denen de lege lata eine Strafbarkeit derer, die an Einrichtung und Betrieb der Plattform mitwirken, allenfalls unter dem Gesichtspunkt

der Beihilfe gem. § 27 Abs. 1 StGB in Betracht kommt. Bereits die Aufnahme entsprechender Ermittlungen setzt indes voraus, dass nach kriminalistischer Erfahrung die Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes in Gestalt des doppelten Gehilfenvorsatzes zumindest möglich erscheint. Der (zumindest bedingte) Vorsatz muss sich somit auch auf konkrete, auf der oder über die Plattform verwirklichte Haupttaten beziehen.

Unabhängig davon, dass hier in der Praxis erhebliche Nachweisschwierigkeiten bestehen und in der Konsequenz in einem Strafverfahren gegen die Betreiber auch umfangreiche Feststellungen zu den jeweiligen Haupttaten erforderlich werden, sind ohne weiteres Fälle denkbar (etwa der eines vollautomatisierten Betriebs der Plattform), bei denen der Plattformbetreiber keinerlei Kenntnis von bestimmten Haupttaten mehr haben muss. Ohne weitere Anhaltspunkte von einem Vorsatz des Betreibers auch bezogen auf die Haupttaten auszugehen, dürfte in solchen Fällen oftmals einer (unzulässigen) Fiktion oder bloßen Vermutung gleichkommen.

Dass der Regierungsentwurf dieses Problem aufgreifen und durch Schaffung eines spezifisch auf den Betrieb entsprechender Handelsplattformen ausgerichteten Straftatbestandes rechtssicher lösen will, ist aus Sicht der Praxis uneingeschränkt zu begrüßen. § 127 StGB- E schützt somit im Ergebnis wirksam auch die Schutzgüter der von der Norm in der gegenwärtigen Entwurfsfassung in Bezug genommenen Katalogtaten.

Indes ist darauf hinzuweisen, dass unabhängig vom konkreten Unrechtsgehalt der in Bezug genommenen Katalogtaten die Förderung entsprechender Tatbegehungsmöglichkeiten durch Betreiben der Handelsplattformen bzw. durch das Bereitstellen von Server-Infrastrukturen einen spezifisch-eigenen Unrechtsgehalt aufweist. Wer im Internet ein Angebot bereitstellt oder unterhält, welches ausschließlich der Ermöglichung krimineller Zwecke dient, gefährdet zusätzlich zu den von den Bezugsnormen geschützten Rechtsgütern jedenfalls auch die Funktionsfähigkeit und Integrität der Online-Wirtschaft als Ganzes im Sinne eines abstrakten Gefährdungstatbestandes.

3. Materiell-rechtliche Aspekte

a) Katalog der Bezugstaten (§ 127 Abs. 1 S. 3 StGB-E)

Unter Berücksichtigung o. a. Überlegungen zu den geschützten Rechtsgütern erschließt sich die Beschränkung auf Verbrechen und ausgewählte Vergehen nicht.

Eine solche Beschränkung birgt regelmäßig die Gefahr der Unvollständigkeit und der Inkonsistenz. Letzteres zeigt sich zum Beispiel an der Nennung auch von § 152b StGB in § 127 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 lit. a) StGB-E, was im Hinblick darauf, dass es sich bei § 152b StGB um einen Verbrechenstatbestand handelt, der somit bereits unter § 127 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 StGB-E fällt, wohl ein Redaktionsversehen darstellen dürfte.

Nicht nachvollziehbar ist, dass der Tatbestand der Erpressung (§ 253 StGB) nicht in dem Katalog des § 127 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 lit. a) StGB-E enthalten ist. Dies würde zum Beispiel bedeuten, dass Plattformen, welche sich der Vermittlung oder Bereitstellung von Ransomware-Diensten widmen, allenfalls unter dem Gesichtspunkt des § 303a StGB in den Katalog der neuen Norm fallen würden. Das schwerwiegendere Delikt der Erpressung hingegen wird nicht aufgeführt.

Ebenfalls nicht verständlich ist ferner die Auslassung des § 184a StGB (Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Inhalte) oder – relevant bei Plattformen, die sich der Vermittlung der Dienste von sog. Finanzagenten widmen – des § 261 StGB (Geldwäsche).

Auffällig ist ferner, dass in dem Katalog des § 127 Abs. 1 S. 3 StGB-E zwar Straftaten nach dem MarkenG oder DesignG aufgeführt werden, näherliegende Strafvorschriften aus dem UrhG allerdings keine Erwähnung finden.

Die aufgezeigten Lücken und Widersprüchlichkeiten der Kataloglösung lassen sich ohne weiteres vermeiden, in dem auf die Einschränkung auf „rechtswidrige Taten“ im Sinne des Katalogs verzichtet wird. Es könnte ohne weiteres bei der Legaldefinition des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB sein Bewenden haben.

b) Subsidiaritätsklausel § 127 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 StGB-E

Die Notwendigkeit einer Subsidiaritätsklausel erschließt sich nicht, wenn zu Grunde gelegt wird, dass die Strafnorm eben nicht nur die Rechtsgüter der in Bezug genommenen rechtswidrigen Taten schützt, sondern einen spezifisch eigenen Unrechtsgehalt aufweist (siehe oben).

Unter systematischen Gesichtspunkten ist zudem unklar, ob sich die Subsidiaritätsklausel nur auf das Betreiben von Handelsplattformen (§ 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E) oder auch auf das Bereitstellen von Server-Infrastrukturen (§ 127 Abs. 1 S. 2 StGB-E) beziehen soll.

Es wird deshalb empfohlen, auf die Subsidiarität des neuen Straftatbestandes zu verzichten. Dies stellt sicher, dass in einem späteren Schuldspruch das Unrecht des Handelns der Täter umfassend im Wege der Feststellung von Tateinheit zum Ausdruck kommen kann.

c) Legaldefinition der Handelsplattform (§ 127 Abs. 2 StGB-E)

Der Begriff des Handelsplattform erscheint auch unter Berücksichtigung der Legaldefinition in § 127 Abs. 2 StGB-E Gefahr zu laufen, in der forensischen Praxis zu eng ausgelegt werden zu müssen.

Der Begriff des „Handels“ impliziert eine kommerzielle Komponente. Unter Berücksichtigung des strengen strafrechtlichen Analogieverbots besteht somit die

Gefahr, dass „altruistische“ Angebote ohne kommerziell orientierte Austauschformen trotz entgegenstehenden gesetzgeberischen Willens nicht von der Norm erfasst werden. Es erscheint somit möglich, dass insbesondere kinderpornografische Plattformen, bei denen monetäre Interessen nur äußerst selten eine Rolle spielen, unter Umständen vom Anwendungsbereich der Norm nicht erfasst werden. Dieses Risiko kann vermieden werden, indem zum Beispiel statt von „Handelsplattform im Internet“ schlicht von „Internet-Plattform“ gesprochen wird.

Im Übrigen ist wiederum unter systematischen Gesichtspunkten nicht verständlich, warum zwar eine Legaldefinition für den Begriff der Handelsplattform formuliert wird, eine solche für den ebenfalls definitionsbedürftigen Begriff der Server-Infrastruktur allerdings unterbleibt.

d) Qualifikation des § 127 Abs. 3 StGB-E (gewerbs- oder bandenmäßiges Handeln)

Widersprüchlich ist, dass der Entwurf eine Qualifikation für eine gewerbs- oder bandenmäßige Begehung des § 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E formuliert, eine solche für die gewerbs- oder bandenmäßige Begehung des § 127 Abs. 1 S. 2 StGB-E allerdings fehlt.

Die Begründung verhält sich zu dieser Einschränkung nicht, so dass insoweit ein Redaktionsversehen nicht auszuschließen ist. Ein Unterschied im Unrechtsgehalt ist im Falle einer gewerbs- oder bandenmäßigen Verwirklichung von § 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E oder § 127 Abs. 1 S. 2 StGB-E jedenfalls nicht zu erkennen.

e) Qualifikation des § 127 Abs. 4 StGB-E (absichtliche/wissentliche Ermöglichung/Förderung von Verbrechen)

Auch hier ist nicht nachzuvollziehen, warum die Qualifikation lediglich bei einer Verwirklichung von § 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E als Grundtatbestand und nicht (auch) bei einer Verwirklichung von § 127 Abs. 1 S. 2 StGB-E eingreifen soll.

Abermals kann ein Redaktionsversehen nicht ausgeschlossen werden.

f) Höhere Strafdrohung bei Plattformen, die dem Austausch von kinderpornografischen Inhalten dienen

Gerade im Bereich der Verbreitung kinderpornografischer Inhalte spielen – oftmals hochgradig geschlossene und abgeschottete – Internet-Plattformen eine entscheidende Rolle. Die Betreiber dieser Plattformen schaffen erst den Marktplatz für den Tausch von Bildern und Videos, die schwere und schwerste sexuelle Gewalt gegen Kinder zeigen.

Um dem besonderen und deutlich erhöhten Unrechtsgehalt des Betriebens entsprechender Plattformen Rechnung zu tragen, sollte für Plattformen, die sich auf diesen Deliktsbereich beziehen, der Qualifikationsstrahnen des § 127 Abs.

4 StGB-E noch einmal auf Freiheitsstrafe von nicht unter 3 Jahren angehoben werden.

Dies erscheint vor allem vor dem Hintergrund geboten, dass der Unrechtsgehalt dieser Tatmodalität über den des schlichten Besitzes entsprechender Inhalte deutlich hinausgeht. Bereits der Besitz kinderpornografischer Inhalte soll nun aber, zumindest wenn er sich auf Inhalte bezieht, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergeben, zum Verbrechenstatbestand aufgewertet werden. Dies erfordert dann aber in der Konsequenz, um das Ziel systematisch stimmiger Strafraumen nicht aus dem Auge zu verlieren, dass das Betreiben entsprechender Plattformen mit höherer Strafe bedroht wird.

4. Strafprozessuale Aspekte

Die strafrechtliche Verfolgung von Betreibern der vom Gesetzentwurf in den Blick genommenen Handelsplattformen bzw. Server-Infrastrukturen erfordert, dass die Strafverfolgungsbehörden mit den notwendigen Eingriffsbefugnissen ausgestattet werden, um die vor allem technischen Ermittlungsmöglichkeiten wirksam ausschöpfen zu können. Es ist deshalb grundsätzlich zu begrüßen, dass der Gesetzentwurf Folgeänderungen in den §§ 100a ff. StPO vorsieht.

Erheblichen Bedenken begegnet allerdings die Beschränkung des § 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. d) StGB-E auf die Qualifikationstatbestände des § 127 StGB-E. Dies hat bereits zur Folge, dass wirksame Ermittlungsmöglichkeiten bei den von der Strafnorm ebenfalls erfassten Server-Infrastrukturen gänzlich fehlen, da diese derzeit von den Qualifikationstatbeständen nicht erfasst werden (siehe oben). Eine Überwachung der Datenverkehre auf den in den Fokus genommenen Servern ist in der forensischen Praxis meist die einzige erfolgversprechende Ermittlungsmöglichkeit, deren Anwendungsbereich durch die fehlende Aufnahme in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO-E allerdings schon nicht eröffnet wäre.

Während dieses Problem noch durch eine Öffnung der Qualifikationstatbestände auch für den Grundtatbestand des § 127 Abs. 1 S. 2 StGB-E gelöst werden kann, verbleibt die weitere Herausforderung, dass eine erfolgreiche Ermittlung auch von kriminellen Handelsplattformen im Grundtatbestand des § 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E ohne die Durchführung von TKÜ-Maßnahmen kaum denkbar ist. Vor diesem Hintergrund ist, um den neuen Straftatbestand in der forensischen Praxis nicht gänzlich leer laufen zu lassen, eine Aufnahme bereits des Grundtatbestandes in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO zwingend geboten. Dass dies trotz des für den Grundtatbestand gewählten Strafraumens von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren durchaus möglich wäre, beweist ein Vergleich mit § 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. d) StPO i. V. m. § 129 Abs. 1 StGB.

Schließlich wäre im Hinblick auf die vom Gesetzgeber zwischenzeitlich geschaffene Neuregelung des § 100k StPO zur Erhebung von Nutzungsdaten bei Telemediendiensten auch eine Aufnahme in den Katalog des § 100k Abs. 2 S. 1 StPO folgerichtig und im Interesse einer wirksamen Ermittlungsführung auch geboten und verhältnismäßig.

Bamberg, 29. April 2021

gez. Goger

Oberstaatsanwalt als ständiger Vertreter des Leitenden Oberstaatsanwalts