

Rechtsausschuss des Bundestages

Sitzung am 03.05.2021

Stellungnahme von Dr. Christian Rückert

Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

zu

BT-Drucksache 19/28175

Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit des Betriebs krimineller Handelsplattformen im Internet und des Bereitstellens entsprechender Server-Infrastrukturen

sowie

Stellungnahme des Bundesrates

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches - Strafbarkeit des Betriebs krimineller Handelsplattformen im Internet und des Bereitstellens entsprechender Server-Infrastrukturen

und

Gegenäußerung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates zu dem

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit des Betriebs krimineller Handelsplattformen im Internet und des Bereitstellens entsprechender Server-Infrastrukturen

(BR-Drucksache 147/21 – Beschluss)

Inhalt

I. Handlungsempfehlungen	1
II. Executive Summary / Ergebnisse.....	3
III. Eigener Straftatbestand für Internetplattformbetreiber - § 127 StGB-E	4
1. Keine relevante Strafbarkeitslücke de lege lata	4
a) Rechtsprechung: Deutschland im Deep Web und Cyberbunker.....	4
b) Stellungnahmen aus der Strafrechtswissenschaft.....	5
c) Materiell-rechtlich keine relevante Strafbarkeitslücke	6
2. Probleme der Konkurrenzrechtslehre und des Tatnachweises	11
a) Problemlage.....	11
b) Argumente i.E. nicht überzeugend	11
3. Struktur und Risiken des neuen Straftatbestandes	12
a) Systematische Probleme	12
b) Probleme der einzelnen Tatbestandsmerkmale von § 127 StGB-E	14
c) Probleme des subjektiven Tatbestands.....	20
d) Qualifikationen der Abs. 3 und 4	20
4. Auswirkungen der §§ 7 ff. TMG	21
IV. Erweiterung der Straftatenkataloge der §§ 100a, 100b, 100g StPO um § 127 StGB-E	22
1. Anfangsverdacht und Missbrauchsgefahr	22
2. Einbeziehung von § 127 StGB-E in die Kataloge der §§ 100a -c und 100g StPO	23

I. Handlungsempfehlungen

1. § 127 StGB-E sowie alle Folgeänderungen im Strafanwendungsrecht und der Strafprozessordnung sollten **nicht verabschiedet** werden.
2. Stattdessen sollten die personelle und technische Ausstattung der Strafverfolgungsbehörden, insbesondere der auf Cybercrime- und Darknet-Ermittlungen spezialisierten Stellen, verbessert werden. Hierzu sollte auch eine Debatte über die Flexibilisierung des Tarifsystems des öffentlichen Dienstes aufgenommen werden, um insbesondere hochqualifizierte Fachkräfte aus der Informatik und IT-Forensik zu gewinnen.
3. Für den Fall, dass § 127 StGB-E als Gesetz beschlossen werden sollte, werden folgende Änderungen empfohlen:
 - a) Abs. 1 S. 1: Wer **absichtlich oder wissentlich** eine Handelsplattform im Internet betreibt, **die von ihrer Gestaltung sowie der Art und Weise ihrer Darstellung** darauf ausgerichtet ist, die Begehung von rechtswidrigen Taten zu ermöglichen oder zu fördern, wird mit Freiheitsstrafe **bis zu drei Jahren** oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwerer Strafe bedroht ist.
 - b) Abs. 1 S. 2: ersatzlos zu streichen.
 - c) Abs. 1 S. 3: Nr. 2 b): ersatzlos zu streichen; Nr. 2 c): **Straftaten nach einer in § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 in Bezug genommenen Vorschrift unter den dort genannten Voraussetzungen sowie Straftaten nach den §§ 29a, 30 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 sowie den §§ 30a und 30b;** Nr. 2 d): Ergänzung um „**unter den Voraussetzungen nach Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2**“; Nr. 2 e): Ergänzung um „**unter den Voraussetzungen nach Abs. 3 Nr. 1 a)**; Nr. 2 f): Ergänzung um „**unter den Voraussetzungen nach Abs. 3 Nr. 2**“; Nr. 2 j) und k): ersatzlos streichen; Neuaufnahme von „**Straftaten nach §§ 19, 20, 20a KrWaffKontrG**“.
 - d) Abs. 2: Ergänzen um folgenden Satz 2: „**Hiervon ausgenommen sind Infrastrukturen, welche lediglich der Zugangsvermittlung zum Internet, der Weiter- oder Durchleitung sowie Zwischenspeicherung von Informationen dienen, sowie Plattformen, welche ausschließlich der vertraulichen Telekommunikation von Nutzern untereinander dienen.**“
 - e) Abs. 3: Strafrahmenabsenkung auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.
 - f) Abs. 4: Strafrahmenabsenkung auf Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu zehn Jahren.
4. Keine Aufnahme von § 127 Abs. 3 und Abs. 4 StGB-E in den Katalog von § 100b Abs. 2 StPO

5. Beschränkung der Anwendung von §§ 100a, 100g StPO auf Fälle des § 127 Abs. 3 und Abs. 4 StGB-E, in denen auch die rechtswidrigen Taten, auf deren Förderung die Plattform ausgerichtet ist, selbst taugliche Katalogtat iSv §§ 100a, 100g StPO sind.

6. Streichung der in der Gesetzesbegründung genannten Indizien „Gesamtschau des Angebots“ und „Verortung im Deep Web / Darknet“. Konzentration auf die äußerlich wahrnehmbare Gestaltung sowie Art und Weise der Darstellung der Plattform und die Eignung zur Risikoerhöhung der Tatbegehung durch andere (z.B. Name, Bewerbung, Kategorien, Bewerbung von Services wie Mixing Tools, Treuhandservices, Anonymisierungs- und Verschlüsselungstechnologie gerade für kriminelle Zwecke).

II. Executive Summary / Ergebnisse

1. Die behauptete Gesetzeslücke im Strafrecht besteht nicht. In vielen praxisrelevanten Konstellationen ist eine Bestrafung nach extensiv gefassten Spezialstrafnormen möglich (z.B. §§ 29 ff. BtMG, §§ 51 f. WaffG, §§ 184b ff. StGB). In allen anderen Fällen kann eine Bestrafung wegen Beihilfe zu den über die Plattform begangenen Haupttaten erfolgen. Dieser steht weder das Institut der sog. neutralen Beihilfe noch Restriktionen beim Beihilfeversatz entgegen.
2. Die Wirkung von § 127 StGB-E liegt in der Beseitigung von Nachweisproblemen hinsichtlich einzelner Tatbeiträge der einzelnen Tatbeteiligten und hinsichtlich tatsächlich über die Plattform begangener Haupttaten sowie der als unzureichend empfundenen Bestrafung der Plattformbetreiber/innen wegen konkurrenzrechtlich nur einer Beihilfe zu einer Vielzahl von Haupttaten und der zwingenden Milderung nach § 27 Abs. 2 S. 2 StGB. Viele dieser Probleme löst der Entwurf von § 127 StGB jedoch nicht.
3. Die Konstruktion des § 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E stellt sich als „versuchte Beihilfe“ dar, Abs. 1 S. 2 demnach als „Beihilfe zur versuchten Beihilfe“. Dies ist extreme Ausweitung der Strafbarkeit in das sog. Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. Dies umso mehr, als viele der über solche Plattformen begangenen Haupttaten „nur“ abstrakte Gefährdungsdelikte sind. Die Verhältnismäßigkeit und Schuldangemessenheit der Norm sind daher zweifelhaft.
4. Die Anforderungen an den subj. Tatbestand des § 127 StGB-E sind regelmäßig höher bzw. zumindest nicht niedriger als diejenigen an den Beihilfeversatz nach § 27 StGB.
5. Besonders bedenklich sind die strafprozessualen Folgen. Durch die in der Entwurfsbegründung eingeführten Indizien für die Zweckausrichtung der Plattform auf die Förderung rechtswidriger Taten (Gesamtschau des Angebots und Lokalisierung der Plattform im Deep Web / Darknet) besteht die Gefahr, dass ein Anfangsverdacht auch gegen legale Plattformen begründet werden kann, insbes. solche, die ihren Nutzer/innen die Möglichkeit einer anonymen und verschlüsselten Nutzung einräumen (vgl. § 13 Abs. 6 TMG/Art. 32 DSGVO). Hier bestehen Missbrauchsgefahren und die Gefahr sich einstellender Abschreckungseffekte hinsichtlich des Angebots solcher Plattformen, obwohl diese gesellschaftlichen Nutzen haben.
6. Das Abstellen auf die „Gesamtschau des Angebots“ als Indiz für eine Zweckausrichtung auf die Förderung rechtswidriger Taten führt überdies zu einer europarechtswidrigen Prüfpflicht für Hosting-Provider.
7. Die Aufnahme von § 127 Abs. 3, Abs. 4 StGB-E in den Katalog von §§ 100a – 100c, 100g StPO ist angesichts des stark herabgesetzten Unrechtsgehalts der „versuchten Beihilfe“ bzw. der „Beihilfe zur versuchten Beihilfe“ unverhältnismäßig.

III. Eigener Straftatbestand für Internetplattformbetreiber - § 127 StGB-E

1. Keine relevante Strafbarkeitslücke *de lege lata*

Was die – bereits in den Begründungen der „Vorgänger-Entwürfe“ eines § 126a StGB-E enthaltene – Behauptung einer relevanten Strafbarkeitslücke hinsichtlich der Betreiber von Internetplattformen, auf denen illegale Güter und Dienstleistungen ausgetauscht werden, betrifft, so ist zunächst festzustellen, dass – ebenfalls wie bereits in den Begründungen zu den Vorgänger-Entwürfen – auch die vorliegende Begründung des § 127 StGB-E jede Form des empirischen Belegs vermissen lässt. Es wird weder eine Anzahl von Ermittlungsverfahren genannt, in welchen eine Anklageerhebung oder Verurteilung daran scheiterte, dass keine subsumtionsfähige Straftat zur Verfügung gestanden hätte, noch wird auch nur ein einziger konkreter Fall benannt oder geschildert. Bemerkenswert ist dagegen, dass auch die Entwurfsverfasser/innen offensichtlich nicht von einer relevanten Erhöhung der Zahl der Ermittlungsverfahren oder Verurteilungen ausgehen.¹

a) Rechtsprechung: Deutschland im Deep Web und Cyberbunker

Der derzeitige Stand von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung spricht stark gegen das Bestehen einer relevanten Strafbarkeitslücke. Aus der Rspr. kann zunächst auf den Fall „Deutschland im Deep Web“ verwiesen werden, in welchem das LG Karlsruhe den Angeklagten Betreiber des Forums wegen zahlreicher eigener Straftaten, Beihilfe zu den Straftaten derjenigen, die illegalen Handel über das Forum abgewickelt hatten, sowie fahrlässiger Tötung in mehreren Fällen hinsichtlich des Attentats am Münchener Olympia-Einkaufszentrum, das mit einer Waffe, die mit Hilfe des vom Angeklagten betriebenen Forums erworben wurde, verübt wurde, verurteilt.² Es ist dabei zu bemerken, dass das Forum „Deutschland im Deep Web“ keinesfalls ausschließlich auf den Handel mit illegalen Gütern und Dienstleistungen ausgerichtet war, sondern auch und vor allem dem Meinungsaustausch der Nutzer/innen diente.³ Außerdem hatte der Angeklagte – anders als die im Entwurf genannten Betreiber/innen hochprofessioneller Handelsplattformen – keine eigenen finanziellen Interessen an den über die Plattform begangenen Haupttaten und war an diesen auch nicht monetär beteiligt.⁴ Zwar war in diesem Fall in einigen Fällen des Betäubungsmittelhandels der Nachweis der Beihilfe deshalb erleichtert, weil der Angeklagte die Angebote manuell freischaltete.⁵ Bezuglich weiterer Betäubungsmitteldelikte wurde der Angeklagte aber auch ohne manuelle Freischaltungstätigkeit allein durch die Einräumung der Möglichkeit für einzelne Nutzer/innen („verifizierte Händler“), selbst Werbetexte für ihre Betäubungsmittel in das

¹ BT-Drs. 19/28175, S. 11 a.E.

² LG Karlsruhe Urteil vom 19.12.2018, 4 KLS 608 Js 19580/17.

³ LG Karlsruhe Urteil vom 19.12.2018, 4 KLS 608 Js 19580/17 Rn. 2.

⁴ LG Karlsruhe Urteil vom 19.12.2018, 4 KLS 608 Js 19580/17 Rn. 46.

⁵ LG Karlsruhe Urteil vom 19.12.2018, 4 KLS 608 Js 19580/17 Rn. 50 ff.

Forum einzustellen, wegen Beihilfe verurteilt.⁶ Die Verurteilung wegen Beihilfe zum Waffenhandel nach § 52 WaffG erfolgte allein Aufgrund der Einrichtung der entsprechenden Kategorie.⁷ Schließlich genügte auch die bloße Einrichtung der Waffenhandelskategorie um eine Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung zu rechtfertigen.⁸ Der BGH hat das Urteil mittlerweile auch (ohne nähere Begründung) bestätigt.⁹

Als zweiter prominenter Beispielsfall kann das sog. Cyberbunker-Verfahren vor dem LG Trier angeführt werden. Dort genügte für die Erhebung der Anklage wegen Beihilfe zu über 249 000 Einzelstraftaten u.a. aus dem Bereich der Betäubungsmittelkriminalität und der Zahlungsmittelfälschung, dass die Angeklagten lediglich die technische Infrastruktur (z.B. verschlüsselte und anonym nutzbare Serverinfrastruktur) für kriminelle Geschäfte zur Verfügung gestellt haben.¹⁰ Hier konnte offensichtlich zumindest die prozessuale Hürde der Verurteilungswahrscheinlichkeit iSv § 170 Abs. 1 und § 203 StPO genommen werden. Eine Besonderheit dieses Verfahrens ist, dass es um sog. Bulletproof Hosting geht. Damit ist ein Geschäftsmodell gemeint, bei dem die Betreiber/innen ihre Kund/innen lediglich stark verschlüsselten und anonym nutzbaren Speicher- und virtuellen Arbeitsplatz zur Verfügung stellen, ohne selbst an den Geschäften der Kunden beteiligt zu sein oder von diesen Kenntnis zu nehmen.

Dagegen sind bislang – soweit ersichtlich – noch keine Urteile oder Einstellungsverfügungen veröffentlicht worden oder öffentlich bekannt geworden, bei denen die Verurteilung an der fehlenden Strafbarkeit des Verhaltens der Betreiber/innen eines Forums oder Marktplatzes, auf dem illegale Güter und Dienstleistungen ausgetauscht werden, scheiterte. Auch der Entwurf selbst bleibt einen Beleg der behaupteten Strafbarkeitslücke schuldig.

b) Stellungnahmen aus der Strafrechtswissenschaft

Es entspricht auch der h.M. im strafrechtswissenschaftlichen Schrifttum, dass keine relevante Strafbarkeitslücke besteht. Eine Diskursanalyse ergibt, dass bislang mindestens 18 Stellungnahmen aus der Strafrechtswissenschaft veröffentlicht wurden.¹¹ Weiterhin wurde kürzlich eine Dis-

⁶ LG Karlsruhe Urteil vom 19.12.2018, 4 KLS 608 Js 19580/17 Rn. 459.

⁷ LG Karlsruhe Urteil vom 19.12.2018, 4 KLS 608 Js 19580/17 Rn. 473 ff.

⁸ LG Karlsruhe Urteil vom 19.12.2018, 4 KLS 608 Js 19580/17 Rn. 502 ff.

⁹ BGH 1 StR 188/19.

¹⁰ <https://www.sueddeutsche.de/digital/cyberbunker-traben-trarbach-darknet-prozess-1.5076338> (Stand: 19.04.2021).

¹¹ Bachmann/Arslan NZWiSt 2019, 241; Bäcker/Golla, VerfBlog, 2019/3/21; Bartl/Moßbrucker/Rückert, Angriff auf die Anonymität im Internet, https://www.reporter-ohne-grenzen.de/fileadmin/Redaktion/Dokumente/Internetfreiheit/20190630_Darknet_Paragraf_StN-Bartl-Mossbrucker-Rueckert.pdf; Beck/Nussbaum HRRS 2020, 112; Ceffinato JuS 2017, 403; ders. ZRP 2019, 161; Gercke ZUM 2019, 798; Gerhold

sertationsschrift an der Universität Erlangen-Nürnberg angenommen, welche das Thema ausführlich beleuchtet.¹² Keine der Stellungnahmen attestiert dabei das Bestehen einer relevanten Strafbarkeitslücke de lege lata. Lediglich vereinzelt finden sich Veröffentlichungen von in der Strafverfolgung tätigen Personen, welche die im Entwurf aufgegriffene Behauptung der Strafbarkeitslücke untermauern.¹³

c) *Materiell-rechtlich keine relevante Strafbarkeitslücke*

In den praktisch bedeutsamsten Deliktsgruppen sind bereits Strafnormen mit sehr weitem Anwendungsbereich vorhanden, welche die Tätigkeit der Plattform-Betreiber/innen hinreichend erfassen.¹⁴ So ist z.B. das "Handeltreiben" mit Betäubungsmitteln i.S.v. § 29 Abs. 1 Nr. 1 Betäubungsmittelgesetz (BtMG) von der Rechtsprechung definiert als "jedes eigennützige Bemühen, das darauf gerichtet ist, den Umsatz von Betäubungsmitteln zu ermöglichen oder zu fördern".¹⁵ Von dieser weiten Auslegung ist die Vermittlung von Geschäften mit Betäubungsmitteln umfasst. Wer eine „Darknet-Plattform“ betreibt, auf der andere Personen mit Drogen handeln, vermittelt solche Geschäfte und ist von der Vorschrift erfasst. Auch die "Eigennützigkeit" des Tuns wird von der Rechtsprechung weit interpretiert. Eigennützig handelt, „wem es auf seinen persönlichen Vorteil, insbesondere auf die Erzielung von Gewinn ankommt“.¹⁶ Viele Handelsplattformen – insbesondere diejenigen, welche als professionell organisierte und gewinnorientierte Plattformen der sog. Underground Economy zugerechnet werden können – verfügen über Provisions- und Treuhandsysteme, sodass in diesen Fällen unproblematisch auch die Eigennützigkeit bejaht werden kann.¹⁷

Schließlich ist zu beachten, dass die Rspr. – aus Restriktionsgründen – bei erfüllten Tatbestandsmerkmalen im Bereich des § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG eine Abgrenzung zwischen täterschaftsbegrundendem und lediglich gehilfeneigenschaftsbegründendem Verhalten anhand der Kriterien aus dem Allgemeinen Teil (also vor allem Tatherrschaft/Täterwille) vornimmt.¹⁸ Dies führt jedoch nicht zu einer Strafbarkeitslücke, sondern nur zu einer Ausdifferenzierung zwischen Täter/innen und Gehilf/innen im Bereich des Handels mit Betäubungsmitteln. Die vorstehenden Überlegungen

ZRP 2021, 44; Greco ZIS 2019, 435; Kubiciel, Augsburger Papier zur Kriminalpolitik 1/2019; Kubiciel/Mennemann, jurisPR-StrafR 8/2019 Anm. 1; Kusche JZ 2021, 27; Oehmichen/Weißenberger KriPoz 2019, 174; Rückert, Politische Studien Vol. 69 (2018 Mai/Juni), 479, S. 12; ders. StV 2019, I; ders. LTO v. 15.3.2019; Safferling/Rückert Analysen & Argumente 291 (2018); Zöller LTO v. 11.3.2021; ders. KriPoz 2019, 274.

¹² Wüst, Die Underground Economy des Darknets – Die Strafbarkeit des Betreibens „illegaler“ Handelsplattformen, Dissertation, Erlangen 2021 (noch unveröffentlicht).

¹³ Fünfsinn/Krause, in: FS-Eisenberg, S. 641; siehe auch Fünfsinn/Ungefuk/Krause, Kriminalistik 7/2017, 440.

¹⁴ Greco ZIS 2019, 435 (440); Gercke ZUM 2019, 798.

¹⁵ BGHSt 29, 239; 50, 252; BVerfG NJW 2007, 1193.

¹⁶ BGHSt 28, 308 (309); 34, 124 (126).

¹⁷ Kubiciel/Mennemann, jurisPR-StrafR 8/2019 Anm. 1

¹⁸ BGHSt 50, 252; BGH NStZ 2006, 455; NStZ 2006, 577; BGHSt 51, 219.

gelten dabei auch für den Handel mit neuen psychoaktiven Substanzen, gefälschten oder verschreibungspflichtigen Arzneimitteln und mit sog. Grundstoffen iSv § 1 Nr. 1, Nr. 1 GÜG, weil sowohl § 4 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1, Abs. 3 Nr. 1a Var. 1, 2 NpSG als auch § 95 Abs. 1 Nr. 3a, 4 AMG und § 19 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1, 2 GÜG als Strafnormen denselben Begriff des „Handeltreibens“ verwenden, wie das BtMG.¹⁹

In Fällen, in denen § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG nicht eingreift, verbleibt schließlich noch eine Strafbarkeit nach § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 10 BtMG.²⁰ Dieser stellt die Verschaffung, Gewährung oder öffentliche bzw. eigennützige Mitteilung einer Gelegenheit zum Erwerb oder zur Abgabe von Betäubungsmitteln unter Strafe. In welchen Fällen des Betreibens einer Plattform, deren Zweck auf den Vertrieb von Betäubungsmitteln durch Dritte ausgerichtet ist, die genannte Strafvorschrift nicht eingreifen soll, ist nicht ersichtlich.²¹

Daneben sind die Betreiber/innen außerdem wegen Beihilfe zum Handeltreiben strafbar (s.u. zu § 27 StGB).²² Im Waffenhandel ist gem. §§ 51 Abs. 2 Var. 10, 52 Abs. 1 Nr. 1 Nr. 2 c), Abs. 1 Nr. 1 Var. 10, Abs. 5 S. 2, Abs. 3 Nr. 1 WaffG i.V.m. Anl. 1 Abschn. 2 Nr. 9 bereits die Vermittlung des Vertriebs von Waffen strafbar, worunter der Betrieb von Handelsplattformen für Verkäufer subsumiert werden kann.²³ Das „Vermitteln“ ist vollendet, wenn die schuldrechtliche Vereinbarung zu stande kommt. Dies ist spätestens durch die Annahme des Angebots des Käufers („Bestellung“) durch den Verkäufer im Wege der Versendung einer Versandbestätigung oder der Ware der Fall. Es kommt daher für die Vollendung der Tat nicht darauf an, ob die Ware tatsächlich beim Kunden ankommt oder von diesem bezahlt wird.²⁴ Selbst wenn man, mit verbreiteter Auffassung, für eine Vollendung des Handeltreibens zumindest die tatsächliche Existenz der Waffe fordert und diese Existenz nicht nachweisbar ist, verbleibt noch der Versuch des Handeltreibens nach §§ 51, 52 WaffG iVm §§ 22, 23 Abs. 1 StGB.²⁵

Bei Handel mit Kriegswaffen iSd KrWaffKontrG, steht ein Handeltreiben nach §§ 19 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3, Abs. 2, 20 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3, 20a Abs. 1 Nr. 1 Var. 3, Abs. 2 Nr. 1 KrWaffKontrG im Raum. Da der Begriff des Handeltreibens demjenigen des BtMG entspricht, gelten die oben gemachten

¹⁹ Wüst, Die Underground Economy des Darknets – Die Strafbarkeit des Betreibens „illegaler“ Handelsplattformen, Dissertation, Erlangen 2021 (noch unveröffentlicht), S. 88 ff.

²⁰ Bachmann/Arslan NZWiSt 2019, 241; Zöller KriPoz 2019, 274 (280).

²¹ So bereits Safferling/Rückert Analysten & Argumente 291, S. 11 f.; detaillierte Analyse bei Wüst, Die Underground Economy des Darknets – Die Strafbarkeit des Betreibens „illegaler“ Handelsplattformen, Dissertation, Erlangen 2021 (noch unveröffentlicht), S. 81 ff.

²² Ausführliche Analyse und Begründung bei Greco ZIS 2019, 435 (441).

²³ Safferling/Rückert Analysten & Argumente 291, S. 12; Bachmann/Arslan NZWiSt 2019, 241.

²⁴ Wüst, Die Underground Economy des Darknets – Die Strafbarkeit des Betreibens „illegaler“ Handelsplattformen, Dissertation, Erlangen 2021 (noch unveröffentlicht), S. 93 f.

²⁵ Wüst, Die Underground Economy des Darknets – Die Strafbarkeit des Betreibens „illegaler“ Handelsplattformen, Dissertation, Erlangen 2021 (noch unveröffentlicht), S. 93 f.

Ausführungen entsprechend. Außerdem ist das „Fördern“ des Handeltreibens (und weiterer handelstypischer Verhaltensweisen wie des Erwerbs) von Kriegswaffen nach §§ 19 Abs. 1 Nr. 2, 20 Abs. 1 Nr. 2, 20a Abs. 1 Nr. 3 KrWaffKontrG selbstständig strafbar. Bei Auslandsgeschäften sind außerdem eine Vermittlung von Auslandsgeschäften nach § 22a Abs. 1 Nr. 7 KrWaffKontrG und Verstöße gegen das Außenwirtschaftsgesetz denkbar (§ 18 Abs. 2 Nr. 4 AWG sowie § 18 Abs. 4 S. 1 Nr. 6, 10 oder Abs. 5 S. 1 Nr. 4 AWG).²⁶ Bei Handel mit Sprengstoffen steht § 40 Abs. 1 Nr. 2 SprengG zur Verfügung. Auch hier ist bereits die Vermittlung des Erwerbs, des Vertriebs und des Überlassens von Sprengstoffen als „Verkehr“ erfasst, sodass die Ausführungen zum WaffG entsprechend gelten.²⁷

Im Fall von Tauschplattformen für kinderpornografisches Material, bei denen das Material tatsächlich über die Plattform ausgetauscht wird (die Dateien also von den Teilnehmern hoch- bzw. heruntergeladen werden), können die Betreiber wegen Verbreitens bzw. öffentlichen Zugänglichmachens nach § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar sein. Ein Beispiel aus der Praxis ist das sog. Elysium-Verfahren, in dem die Angeklagten Betreiber zu mehrjährigen Haftstrafen verurteilt wurden.²⁸ In Fällen, in denen der tatsächliche Austausch nicht unmittelbar über die Plattform, sondern direkt zwischen den Usern stattfindet und auf der Plattform selbst lediglich sog. Thumbnails zu finden sind, verbleibt eine Strafbarkeit wegen Bewerbens einer kinderpornographischen Schrift nach § 184b Abs. 1 Nr. 4 StGB.²⁹ Denn hierfür genügt bereits die reine Information über Bezugsquellen oder Betrachtungsmöglichkeiten, wobei auch das Bewerben durch Dritte genügt, die selbst nicht über die entsprechenden Darstellungen verfügen.³⁰

Bei denjenigen Delikten – wie z.B. Handel mit „erhackten“ Daten oder Hacking-Dienstleistungen (§§ 202a ff., 303a ff. StGB), dem Handel mit Falschgeld oder gefälschten unbaren Zahlungsmitteln (§§ 146 ff. StGB), gefälschten oder nachgemachten Produkten und im Bereich des Menschenhandels (§§ 232 ff. StGB) – bei denen keine extensiven (Vorfeld-)Strafnormen zur Verfügung stehen, verbleibt noch eine Strafbarkeit wegen Beihilfe gem. § 27 StGB.³¹

Als Tathandlung genügt für § 27 StGB das „Hilfeleisten“. Hierunter versteht die Rechtsprechung eine Förderung der Handlungen der Haupttäterin und verlangt noch nicht einmal eine Kausalität

²⁶ Zum Ganzen: Wüst, Die Underground Economy des Darknets – Die Strafbarkeit des Betreibens „illegaler“ Handelsplattformen, Dissertation, Erlangen 2021 (noch unveröffentlicht), S. 159 ff.

²⁷ Wüst, Die Underground Economy des Darknets – Die Strafbarkeit des Betreibens „illegaler“ Handelsplattformen, Dissertation, Erlangen 2021 (noch unveröffentlicht), S. 162.

²⁸ <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/elysium-prozess-in-limburg-haftstrafen-fuer-angeklagte-a-1256662.html> (Stand: 20.04.2021).

²⁹ Bartl/Moßbrucker/Rückert, Angriff auf die Anonymität im Internet, https://www.reporter-ohne-grenzen.de/fileadmin/Redaktion/Dokumente/Internetfreiheit/20190630_Darknet_Paragraf_StN-Bartl-Mossbrucker-Rueckert.pdf;

³⁰ OLG Hamburg, NStZ 2007, 487.

³¹ Gercke ZUM 2019, 798.

der Beihilfehandlung im Sinne der sog. sine-qua-non-Formel.³² Bei auf rechtswidrige Zwecke ausgerichteten Plattformen ergibt sich auch kein Problem hinsichtlich einer Strafbarkeitseinschränkung nach den Grundsätzen der sog. neutralen Beihilfe. Zwar können die bislang von der h.M.³³ angewendeten Kriterien (dolus directus bei objektiv deliktischem Sinnbezug bzw. verschärfter Eventualvorsatz bei erkennbarer Tatgeneigtheit des Haupttäters) wegen der zeitlichen und örtlichen Asymmetrie des Handelns nicht unbesehen auf die Plattform-Konstellation übertragen werden.³⁴ Allerdings kann bei einer Zweckausrichtung einer Plattform auf die Förderung rechtswidriger Taten nicht von einer neutralen Beihilfe gesprochen werden. Die Strafbarkeitseinschränkung basiert auf dem Prinzip der Sozialadäquanz der neutralen Handlung (z.B. Betrieb eines Messergeschäfts).³⁵ Der Betrieb einer Plattform, deren Zweck auf die Förderung von Straftaten ausgerichtet ist, ist jedoch nicht sozialadäquat.³⁶ Im Fall „Deutschland im Deep Web“ hat das LG Karlsruhe nur deshalb eine „neutrale Handlung“ durch die reine Eröffnung der Plattform angenommen, „da die Plattform in ihrem Schwerpunkt dem unzensierten und unüberwachten Nachrichtenaustausch diente.“³⁷

Auch die Bejahung des Beihilfeversatzes gelingt regelmäßig.³⁸ Die Rspr. lässt es genügen, wenn der Gehilfe dem Täter willentlich ein entscheidendes Tatmittel zur Verfügung stellt und damit bewusst das Risiko erhöht, dass durch den Einsatz des Tatmittels eine "typischerweise" geförderte Haupttat verübt wird.³⁹ Daraus lässt sich mit Greco der Schluss ziehen, dass sich die Plattformbetreiber/innen im Rahmen von § 27 StGB „alle Haupttaten als Erfolge seines Hilfeleistungsverhaltens zurechnen lassen, in denen sich die in ihm verkörperte unerlaubte Gefahr auch verwirklicht.“⁴⁰ Dementsprechend kann der Vorsatz bezüglich all jener Straftaten bejaht werden, die entweder im Bereich der ausdrücklich beworbenen oder implizit akzeptierten Güter und Dienstleistungen liegt, die auf der Plattform angeboten werden sollen oder zumindest dürfen oder, die – bei keiner expliziten Beschränkung/Ausrichtung der Plattform auf bestimmte Straftaten – im Bereich des üblichen bzw. erwartbaren Spektrums der illegalen Angebote liegen.⁴¹ Auch eine Automatisierung des Betriebs und der Pflege einer Plattform steht dem Vorsatz nicht entgegen. Die ursprüngliche Ausrichtung auf die Förderung von „typischerweise“ über die in Betrieb genommene Plattform verübten Straftaten genügt, da mit ihr das Tatmittel geschaffen und den Haupttätern

³² Statt vieler Entscheidungen: BGH NStZ 2004, 500; 2008, 264; 2012, 316; 2016, 40; BGH NStZ-RR 2009, 311; 2015, 343; 2017, 499.

³³ Zum Streitstand: BeckOKStGB/Kudlich § 27 Rn. 11 ff.

³⁴ Safferling/Rückert Analysten & Argumente 291, S. 11; Beck/Nussbaum HRRS 2020, 112 (114 ff.).

³⁵ Bachmann/Arslan NZWiSt 2019, 241 (243).

³⁶ Beck/Nussbaum HRRS 2020, 112 (114 ff.).

³⁷ LG Karlsruhe Urteil vom 19.12.2018, 4 KLS 608 Js 19580/17 Rn. 431.

³⁸ Bäcker/Golla, VerfBlog, 2019/3/21.

³⁹ BGH NJW 1996, 2517 (2518); NStZ 2017, 274.

⁴⁰ Greco ZIS 2019, 435 (445).

⁴¹ Greco ZIS 2019, 435 (445).

zugänglich gemacht wurde. Wie bereits aufgezeigt lässt der BGH es bei der Überlassung von Tatmitteln genügen, wenn der/die Gehilfe/Gehilfin den Hauptäter/innen das Tatmittel „willentlich an die Hand gibt und damit bewusst das Risiko erhöht, dass eine durch den Einsatz gerade dieses Mittels geförderte Haupttat verübt wird“.⁴² Wer eine Plattform in Betrieb nimmt, die den Anforderungen des § 127 StGB-E genügt (also eine Zweckausrichtung auf die Förderung krimineller Handlungen aufweist), der wird kaum glaubhaft behaupten können, dass er den Hauptäter/innen nicht willentlich die Plattform als Tatmittel überlassen habe und damit bewusst das Risiko erhöht habe, dass eine der Zweckausrichtung entsprechende Haupttat verübt wurde. Viele Plattformen weisen bereits durch Ihre Namen (z.B. „crimenetwork“) in aller Regel aber jedenfalls durch die Bewerbung der Seite, die Einrichtung entsprechender Kategorien (z.B. „Drugs“, „Narcotics“, „Weapons“, „Boylowers“) und die Bewerbung der Vorteile zur kriminellen Nutzung (z.B. Bezahlung mit Kryptowährungen, Nutzung eines sog. Hidden Services im Tor Netzwerk, Angebot eines Treuhandservices) offensichtlich eine Eignung als Tatmittel zur Begehung von Straftaten auf. Wer diese Plattformen in entsprechender Weise in Betrieb nimmt, in Betrieb hält oder hierbei in Kenntnis von Name, Aufmachung und Funktionen der Plattform hilft, nimmt dabei mindestens billigend in Kauf, dass hierdurch das Risiko der Haupttatbegehung erhöht wird.⁴³

Als Beispiel aus der Rechtsprechung kann hier erneut auf den Fall „Deutschland im Deep Web“ verwiesen werden. Bezüglich der dort abgewickelten Waffengeschäfte genügte es dem LG Karlsruhe zur Bejahung des Beihilfeversatzes, dass der Angeklagte eine Kategorie erstellte, die als „Waffen“ benannt war und eine Unterkategorie mit der Beschreibung „Vertrieb und sachgerechter Umgang“.⁴⁴

Materiell-strafrechtliche „Lücken“ tun sich allenfalls dort auf, wo die Plattform nicht mit krimineller Zweckausrichtung in Betrieb genommen wird, später durch die Nutzer zur Begehung von Straftaten verwendet wird. Diese Plattformen wären allerdings – mangels krimineller Zweckausrichtung – auch von § 127 StGB-E nicht erfasst. Es verbliebe hier noch die Möglichkeit einer Unterlassungsstrafbarkeit, bei der aber (dann unstreitig) jedenfalls die §§ 7 ff. TMG, insbesondere § 10

⁴² Zuletzt BGH NStZ 2017, 274.

⁴³ Im Ergebnis ebenso Greco ZIS 2019, 435 (441 ff.), dies entspricht im übrigen auch der h.M. im Schrifttum, vgl. Bachmann/Arslan NZWiSt 2019, 241; Bäcker/Golla, VerfBlog, 2019/3/21; Bartl/Moßbrucker/Rückert, Angriff auf die Anonymität im Internet, https://www.reporter-ohne-grenzen.de/fileadmin/Redaktion/Dokumente/Internetfreiheit/20190630_Darknet_Paragraf_StN-Bartl-Mossbrucker-Rueckert.pdf; Beck/Nussbaum HRRS 2020, 112; Ceffinato JuS 2017, 403; ders. ZRP 2019, 161; Gercke ZUM 2019, 798; Gerhold ZRP 2021, 44; Kubiciel/Mennemann, jurisPR-StrafR 8/2019 Anm. 1; Oehmichen/Weißenberger KriPoz 2019, 174; Rückert, Politische Studien Vol. 69 (2018 Mai/Juni), 479, S. 12; ders. StV 2019, I; ders. LTO v. 15.3.2019; Safferling/Rückert Analysen & Argumente 291 (2018); Zöller LTO v. 11.3.2021; ders. KriPoz 2019, 274.

⁴⁴ LG Karlsruhe Urteil vom 19.12.2018, 4 KLs 608 Js 19580/17 Rn. 472 ff.

TMG und die hieraus erwachsende Haftungsprivilegierung zu beachten wäre (siehe hierzu noch unten).⁴⁵

2. Probleme der Konkurrenzrechtslehre und des Tatnachweises

a) Problemklage

Das Problem bzgl. Konkurrenzrechtslehre und Strafzumessung de lege lata wird darin gesehen, dass das durch die Plattformbetreiber/innen verwirklichte Unrecht als nicht hinreichend durch eine Bestrafung wegen Beihilfe gem. § 27 StGB abgebildet angesehen wird.⁴⁶ Denn zum einen muss nach § 27 Abs. 2 S. 2 StGB die Strafe für den Gehilfen zwingend gemindert werden. Dies wird von Strafverfolger/innen deshalb als ungenügend empfunden, weil aus deren Sicht die „eigentliche Gefahr“ des massenhaften Handels mit illegalen Gütern und Dienstleistungen im Internet gerade von den Betreiber/innen der Plattformen ausgeht, ohne die diese Straftaten zumindest in diesem Umfang nicht möglich wären.⁴⁷

Das Problem wird dadurch verstärkt, dass – gerade bei (teil-)automatisiert betriebenen Plattformen – häufig nur der Nachweis einer oder weniger Beihilfehandlungen bzgl. der einzelnen Betreiber/innen der Plattformen möglich ist und auch eine mittäterschaftliche Zurechnung nicht in Betracht kommt.⁴⁸ Für die konkurrenzrechtliche Beurteilung der Beihilfe kommt es nach der Rspr. des BGH nicht auf die Anzahl der begangenen Haupttaten, sondern auf die eigenen Beihilfehandlungen des Gehilfen an.⁴⁹ Deshalb steht am Ende oftmals „nur“ eine einzelne Beihilfe zu einer großen Vielzahl von Haupttaten.

b) Argumente i.E. nicht überzeugend

Auch diese Argumente vermögen jedoch nicht vollständig zu überzeugen. Zunächst darf nicht übersehen werden, dass in vielen Fällen auch eine Verurteilung der Plattformbetreiber/innen als Täter/innen und damit ohne Strafmilderung nach § 27 Abs. 2 S 2 StGB in Betracht kommt. Soweit die Rspr. zur Restriktion der weiten Definition des Handelsbegriffes z.B. im Bereich des BtM-Handels die allgemeinen Abgrenzungskriterien zwischen Täterschaft und Teilnahme heranzieht (s.o.), ist es bei den Marktplätzen der sog. Underground Economy aufgrund der eigenen monetären Beteiligung an den abgewickelten Geschäften, der Unterstützung des Absatzes der Händler/innen

⁴⁵ Greco ZIS 2019, 435 (447); Safferling/Rückert Analysen & Argumente 291, S. 10.

⁴⁶ Gause und Rüffer in Rückert/Wüst KriPoz 2018, 247 (251 ff.).

⁴⁷ Gause und Rüffer in Rückert/Wüst KriPoz 2018, 247 (251 ff.).

⁴⁸ Rüffer in Rückert/Wüst KriPoz 2018, 247 (252); Bachmann/Arslan NZWiSt 2019, 241 (246); Ceffinato ZRP 2019, 161 (162).

⁴⁹ St. Rspr., statt vieler BGH wistra 2006, 226; BGH wistra 2004, 417; BGH NStZ 2000, 83.

durch Bewertungssysteme und der Zurverfügungstellung von Treuhandsystemen möglich, den Täterwillen und damit die täterschaftliche Begehung zu bejahen.

Das Konkurrenzproblem wird durch § 127 StGB-E nicht gelöst, da es auch bei einer Verurteilung nach § 127 StGB-E für die konkurrenzrechtliche Beurteilung auf die Handlungen der Plattformbetreiber/innen und nicht auf die Anzahl der über die Plattform begangenen Straftaten ankommt.

Schließlich liegt auch in der Konstellation der Plattformbetreiber/innen häufig eine Fallgestaltung vor, in der die Strafmilderung durch § 27 Abs. 2 S. 2 StGB schuldangemessen erscheint. Es ist zu berücksichtigen, dass bei vielen Fallgestaltungen bereits die Haupttat keine unmittelbare Rechtsgutsgefährdung oder -verletzung nach sich zieht, sondern ihrerseits „nur“ ein abstraktes Gefährdungsdelikt darstellt. Besonders deutlich wird dies bei den praxisrelevanten Fällen des BtM- und Waffenhandels. Es ist daher angemessen, die Beihilfe zu diesen abstrakten Gefährdungsdelikten, welche ihrerseits noch einen „Schritt weiter“ von einer konkreten Rechtsgutsgefährdung/-verletzung entfernt ist, mit einer Strafmilderung zu versehen. Angesichts der im Bereich der Deliktsgruppen des BtMG, WaffG und §§ 184b ff. StGB weit gespannten Strafrahmen, steht den Gerichten auch nach Anwendung von §§ 27 Abs. 2 S. 2 iVm § 49 Abs. 1 StGB ein hinreichend weiter Differenzierungs- und Bestrafungsrahmen zur Verfügung.

Bzgl. der Nachweisprobleme ist anzumerken, dass es bislang an einem empirischen Beleg für die Auswirkungen der Nachweisschwierigkeiten auf die Anklage- und Verurteilungszahlen fehlt. Weder ist ein solcher – soweit ersichtlich – veröffentlicht noch ist er in der Gesetzesbegründung erbracht. Prima facie sprechen jedenfalls die durchaus beachtlichen Ermittlungs-, Anklage- und Verurteilungserfolge der Justiz in den letzten Jahren dafür, dass es den Strafverfolgungsbehörden möglich ist, den Nachweisschwierigkeiten durch technische und personale Ermittlungsmethoden zu begegnen.⁵⁰ Durch eine Aufstockung der Ressourcen würde hier mehr erreicht als durch die Schaffung überflüssiger Strafnormen.

3. Struktur und Risiken des neuen Straftatbestandes

a) Systematische Probleme

Mit § 127 StGB-E wird typisches Beihilfeunrecht zur Täterschaftsform erhoben und darüber hinaus auf das Vorhandensein einer tatsächlich über die Plattform begangenen Haupttat verzichtet. Konzeptionell handelt es sich bei § 127 StGB-E damit um „versuchte Beihilfe“, die für den Spezialbereich des Internets zu einem eigenen Straftatbestand erhoben wird.

⁵⁰ Vgl. etwa <https://www.tagesschau.de/inland/darknet-plattform-vom-netz-101.html> und https://www.lokal-kompass.de/marl/c-blaulicht/bka-razzia-in-sechs-bundeslaendern-gegen-darknet_a1461451.

Konstruiert wurde die Norm aus Tatbestandsmerkmalen, die § 27 StGB (Förderung rechtswidriger Taten) und § 129 StGB (Zweckausrichtung) entlehnt wurden. Dabei wird jeweils auf entscheidende strafbarkeitseinschränkende Merkmale verzichtet. Im Unterschied zu § 27 StGB bedarf es nicht der Begehung einer Haupttat. Dies ist insofern bemerkenswert, als bislang (siehe § 30 StGB) auf die Bestrafung einer versuchten Beihilfe verzichtet, die versuchte Anstiftung auf Anstiftung zu Verbrechen beschränkt (§ 30 Abs. 1 StGB) und dabei eine zwingende Strafmilderung in § 30 Abs. 1 S. 2 StGB vorgesehen wurde. § 127 StGB-E kriminalisiert dagegen die versuchte Beihilfe ohne Strafmilderungsregelung. Mit den Prinzipien der Teilnahmeregelungen des Allgemeinen Teils ist § 127 StGB-E daher nur schwer zu vereinbaren. Auch in die Vorfeldstrafatbestände der §§ 129 ff. StGB fügt sich § 127 StGB-E nicht ein. Im Unterschied zu § 129 StGB verzichtet § 127 StGB-E auf das strafbarkeitsbeschränkende Merkmal der Vereinigung, was insbesondere bei der Zweckbestimmung der Plattform und des Vorsatzes Probleme aufwirft (siehe dazu noch unten).

Noch weiter ins Vorfeld verlagert ist die Regelung in § 127 Abs. 1 S. 2 StGB-E. Die Bereitstellung von Servern zum Betrieb einer von § 127 StGB-E erfassten Plattform stellt sich ihrerseits als Unterstützung bzw. Förderung einer Straftat nach § 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E dar. Es handelt sich um die „Beihilfe zur versuchten Beihilfe“, welche mit derselben Strafdrohung wie Taten nach § 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E versehen ist. Unter Verhältnismäßigkeits- und ultima ratio-Gesichtspunkten ist dies kaum mehr zu rechtfertigen.⁵¹

Über § 127 StGB-E wird wechselseitige mittäterschaftliche Zurechnung von Tatbeiträgen der „Mittäter“ der versuchten Beihilfe bzw. Beihilfe zur versuchten Beihilfe ebenso möglich, wie Teilnahme (Anstiftung und Beihilfe) an der versuchten Beihilfe bzw. Beihilfe zur versuchten Beihilfe, was im Extremfall zur Konstruktion einer „Beihilfe zur Beihilfe zur versuchten Beihilfe“ gem. § 127 Abs. 1 S. 2 StGB-E iVm § 27 StGB führen kann. Hierdurch wäre beispielsweise der Lieferant von Einzelteilen für eine Serverinfrastruktur erfasst, wenn diese Server-Infrastruktur durch den Empfänger der Lieferung der Einzelteile Dritten zum Betrieb einer Plattform mit der Zweckausrichtung der Förderung rechtswidriger Taten durch wiederum andere Personen zur Verfügung gestellt wird. Entsprechendes würde für den Vermieter von Räumen gelten, in denen die Server-Infrastruktur betrieben wird. Schließlich wäre auch ein Versuch des § 127 StGB-E denkbar, was die Strafbarkeit noch weiter ins Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung verlagert.

⁵¹ Siehe auch Zöller KriPoz 2019, 274 (280 f.).

b) Probleme der einzelnen Tatbestandsmerkmale von § 127 StGB-E

aa) Begriff der Handelsplattform

Dem Grunde nach ist die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf „Handelsplattformen“ zu begrüßen. Auf den ersten Blick sind hiervon nämlich nicht solche internetbasierten Leistungen erfasst, die ausschließlich der (ggf. anonymen und/oder verschlüsselten) Kommunikation (z.B. Messenger-Dienste, E-Mail-Anbieter) oder der anonymen bzw. pseudonymen Nutzung des Internets (z.B. Tor-(Exit-)Nodes) dienen und keinen Dienstleistungs- oder Gütertausch ermöglichen. Prima facie scheint es so, als wären gesellschaftlich wünschenswerte Nutzungen des anonymen und verschlüsselten Austauschs (z.B. für journalistische Arbeit, Kommunikation mit Dissidenten und Menschenrechtsaktivisten in autokratischen Systemen und sog. Secure Drops von Nachrichtenportalen) von der Strafnorm nicht erfasst. Aus diesem Grund ist auch die vom Bundesrat zur weiteren Ausdehnung der Strafbarkeit vorgeschlagene Änderung des Begriffs „Handelsplattform“ in „Plattform“ abzulehnen.

Allerdings wird diese Begrenzung durch die Legaldefinition der „Handelsplattform“ in Abs. 2 der vorgeschlagenen Regelung konterkariert. Erfasst werden soll „jede virtuelle Infrastruktur“, die u.a. dem Austausch oder dem Angebot von „Inhalten“ i.S.v. § 11 Abs. 3 StGB dient. § 11 Abs. 3 StGB definiert „Inhalte“ als „solche, die in Schriften, auf Ton- oder Bildträgern, in Datenspeichern, Abbildungen oder anderen Verkörperungen enthalten sind oder auch unabhängig von einer Speicherung mittels Informations- oder Kommunikationstechnik übertragen werden.“ Dieser Inhaltsbegriff umfasst dabei auch die Übertragung von Information zwischen Nutzern in digitaler Form. Damit ist auch die bloße Übertragung von Kommunikation zwischen Personen (E-Mail-Dienste, Messenger-Dienste), die Übertragung von wertzuweisenden Informationen in Kryptowährungssystemen (z.B. Full-Nodes im Bitcoin-System), sowie die bloße Weiterleitung von digitalisierten Informationen (z.B. Tor-Nodes) entgegen dem ersten Eindruck doch wieder miterfasst. In der Entwurfsbegründung werden administrierte Chatgruppen in Messenger-Diensten als Beispiel genannt.⁵² Dies ist problematisch, weil laut Entwurfsbegründung die tatsächliche Nutzung einer „Handelsplattform“ als zentrales Indiz für eine Zweckausrichtung auf Förderung rechtswidriger Taten dienen soll (siehe hierzu noch näher unten).⁵³ Da auch ein nicht unwesentlicher Teil der Nutzung von anonymen E-Mail-Diensten und Messenger-Diensten, von Kryptowährungen und des Tor-Netzwerks kriminellen Zwecken dient, besteht hier die Gefahr der Miterfassung dieser

⁵² BT-Drs. 19/28175, S. 13.

⁵³ BT Drs. 19/28175, S. 13.

Dienstleister – wenn nicht zwingend bis hin zu einer strafrechtlichen Verurteilung, so doch zumindest bzgl. der Einleitung von strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (siehe auch hierzu noch näher unten).

bb) Zweckausrichtung der Plattform: Förderung rechtswidriger Taten

Das einzige strafbarkeitsbegrenzende Merkmal der Vorschrift ist die Zweckausrichtung der Plattform auf die Förderung rechtswidriger Taten iSv Abs. 1 S. 3 StGB-E. Eine Zweckausrichtung kann die Plattform nur durch ihre Betreiber/innen erhalten.⁵⁴ Bei der überwiegenden Vielzahl der Plattformen, welche im Fokus der Strafverfolgungsbehörden stehen, ist die Zweckausrichtung auf die Förderung der Begehung entsprechender Straftaten offensichtlich. Name, Bewerbung, Kategorien („Drugs“, „Weapons“, „Narcotics“, „Boylowers“ etc.), Services (Treuhandservices für Kryptowährungen, Mixing Services für Kryptowährungen) und Sicherheitsvorkehrungen (z.B. sog. Keuschheitsprobe bei KP-Tauschplattformen⁵⁵) sprechen hier eine eindeutige Sprache. Bei diesen Plattformen bestehen aber auch de lege lata keine Strafbarkeitslücken (siehe ausführlich oben).

Als problematisch erweisen sich dagegen die Auslegungshinweise in der Begründung des Gesetzentwurfs für Fälle, die nicht so eindeutig sind. Neben den auch hier befürworteten Kriterien der Art und Weise der Darstellung der Plattform (die allein in der Hand der Betreiber/innen liegt), nennt die Begründung auch das tatsächlich vorhandene Angebot auf der Plattform sowie die Verortung der Plattform im Darknet oder Deep Web.⁵⁶ Für das Indiz der Gesamtschau des Angebots soll es im Einzelfall darauf ankommen, ob das Angebot „stark überwiegend“ aus strafrechtlich relevanten Waren und Dienstleistungen besteht.⁵⁷ Das Abstellen hierauf führt jedoch dazu, dass die Betreiber/innen mittelbar gezwungen werden, zu überprüfen, welche Angebote die Nutzer ihrer Plattform einstellen.⁵⁸ Dies widerspricht jedoch nicht nur § 7 Abs. 2 TMG, sondern auch Art. 15 der E-Commerce-Richtlinie (2000/31/EG).⁵⁹ Danach sind die EU-Mitgliedstaaten verpflichtet, dafür zu sorgen, dass Hosting-Provider nicht für die von ihren Kunden bereitgestellten Inhalte zur Verantwortung gezogen werden. Hiervon sind Ausnahmen nur vorgesehen, wenn die Provider „tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information“ haben oder bei Mitteilung über illegale Inhalte nicht unverzüglich dagegen tätig werden. Dies bedeutet, dass auch Online-Handelsplattformen grundsätzlich nicht für die von den Nutzern dort angebotenen (illegalen) Waren verantwortlich sind, soweit sie keine konkrete Kenntnis von den illegalen Aktivitäten haben. In der Begründung wird diesbzgl. argumentiert, die Betreiber/innen könnten sich deshalb nicht auf

⁵⁴ Für eine Objektivierung dieses Merkmals: *Kusche* JZ 2021, 27 (32).

⁵⁵ Hierzu ausführlich *Rückert/Goger* MMR 2020, 373.

⁵⁶ BT Drs. 19/28175, S. 13.

⁵⁷ BT Drs. 19/28175, S. 13.

⁵⁸ So zu einem Vorgängerentwurf auch *Oehmichen/Weißenberger* KriPoz 2019, 174 (177); *Kubiciel*, Augsburger Papier zur Kriminalpolitik 1/2019, S. 8.

⁵⁹ *Bäcker/Golla*, VerfBlog, 2019/3/21.

die E-Commerce-Richtlinie berufen, weil im Europarecht eine betrügerische oder missbräuchliche Berufung auf europäisches Recht prinzipiell ausgeschlossen sei und die Mitgliedstaaten auch Personen, die wissen oder wissen müssen, dass sie kriminelles Handeln fördern, eine Berufung auf europäisches Recht verweigern dürfen bzw. müssten.⁶⁰ Außerdem ergäbe sich aus Erwägungsgrund 44 der RiLi, „dass ein Diensteanbieter, der absichtlich mit einem der Nutzer seines Dienstes zusammenarbeitet, um rechtswidrige Handlungen zu begehen, mehr leiste als „reine Durchleitung“ und „Caching“ und daher den hierfür festgelegten Haftungsausschluss nicht in Anspruch nehmen könne.“⁶¹

Beide Argumente vermögen nicht zu überzeugen und beseitigen nicht die Europarechtswidrigkeit der mittelbaren Prüfpflicht durch das Indiz der „Gesamtschau des Angebots“. Die Prüfpflicht entsteht dadurch, dass das tatsächliche Angebot als Indiz für eine kriminelle Zweckausrichtung herangezogen wird. Ob eine „missbräuchliche“ Berufung auf Europarecht vorliegt (weil eine „kriminelle Plattform“ betrieben wird), soll durch die Gesamtschau des Angebots festgestellt werden. Die Verweigerung des Berufens auf die Haftungsprivilegierung mit dem Argument, das Berufen auf europäisches Recht sei „missbräuchlich“, um festzustellen, ob das Berufen missbräuchlich ist, ist zirkulär.

Auch das zweite Argument ist nicht stichhaltig. Erwägungsgrund 44 bezieht sich auf die Haftungsprivilegierung für Informationsdurchleitung und sog. Caching (Art. 12 und 13 der Richtlinie). Dagegen werden sog. Hosting-Provider – und um diese geht es bei § 127 StGB-E – von Art. 14 der Richtlinie erfasst. Daher ist die Argumentation mit Erwägungsgrund 44 systematisch nicht überzeugend.⁶² Überdies kann in den vom Gesetzentwurf behandelten Konstellationen nicht von einer „absichtlichen Zusammenarbeit“ der Plattformbetreiber/innen mit den Nutzer/innen gesprochen werden. Die Betreiber/innen sind idR entweder nicht oder nur mittelbar durch einen (zumeist automatisierten) Treuhandservice oder eine monetäre Beteiligung an den Geschäften beteiligt sind. Es findet keine Absprache und auch sonst keine „Zusammenarbeit“ zwischen den Plattformbetreiber/innen und den Nutzer/innen statt.

Als drittes Argument wird im Entwurf angeführt, es werde keine Prüfpflicht für die Anbieter eingeführt, weil es sich bei der Gesamtschau des Angebots nur um ein Indiz für die Zweckausrichtung handele. Dies verkennt, dass die Prüfpflicht mittelbar dadurch entsteht, dass der Plattformbetreiber dafür sorgen muss, dass keine rechtswidrigen Angebote auf seiner Plattform vorhanden sind

⁶⁰ BT Drs. 19/28175, S. 10.

⁶¹ BT Drs. 19/28175, S. 11.

⁶² Gerhold ZRP 2021, 44 (46).

oder diese zumindest einen gewissen Grad nicht überschreiten, wenn er nicht zum Ziel strafrechtlicher Ermittlungen werden will (hierzu noch detailliert unten).⁶³ Zur Begründung eines Anfangsverdachts wird die Gesamtschau des Angebots idR ausreichen.

Das Abstellen auf die „Gesamtschau des Angebots“ birgt auch die Gefahr, dass zumindest ein Anfangsverdacht gegen legale bzw. neutrale Plattformen begründet wird, wenn dort durch die Nutzer entsprechende Straftaten in gehäufter Form begangen werden. Dabei darf nicht übersehen werden, dass auf alltäglichen Plattformen wie legalen Handelsplattformen (Ebay, Amazon etc.) und Sozialen Medien in erheblichem Umfang Straftaten begangen werden, die im Katalog von § 127 Abs. 1 S. 3 StGB-E enthalten sind (z.B. kinder- und jugendpornografisches Material in Sozialen Medien (insbesondere sog. Posing-Bilder),⁶⁴ Verstöße gegen das Marken- und Designrecht auf den Handelsplattformen,⁶⁵ Volksverhetzung und Verwendung verfassungsfeindlicher Symbole in Sozialen Medien, Foren und administrierten Chatgruppen⁶⁶).

Schließlich ist hinsichtlich der Gesamtschau des Angebots unklar, ob sich dieses bei großen Plattformen (wie z.B. großen Social-Media-Anbietern oder großen Messenger-Diensten) auf den gesamten Dienst oder auf einzelne Unter-Dienste wie z.B. Gruppen, Unterforen oder Gruppenchats beziehen soll. Je nachdem, wie klein oder groß hier der Begriff der „Plattform“ definiert wird, kann „das Angebot“ nahezu beliebig skaliert werden (z.B. in Richtung eines starken Überwiegens krimineller Angebote).

Ebenso problematisch ist das Indiz der Verortung im Deep Web und/oder im Darknet. Begründet wird dies damit, dass eine solche Lokalisierung deshalb „verdächtig“ sei, weil sie der Sichtbarkeit und damit der Generierung von Nachfrage entgegenstehe. Dieses Argument verkennt zunächst, dass zahlreiche Handels- und Tauschplattformen zwar im Darknet betrieben werden, die „onion-Adressen“ jedoch über verschiedene Dienste in Darknet und Clearnet weit verbreitet werden und in aller Regel auch mit „normalen“ Internetrecherchen auffindbar sind. Der Betrieb im Darknet dient dann nicht der Einschränkung der Erreichbarkeit, sondern der Ermöglichung einer anonymen Nutzung für die Nutzer/innen sowie einer Verschleierung der IP-Adresse der Plattform selbst. In diesem Zusammenhang ist es problematisch, wenn als Indiz und daher auch als Anknüpfungstatsache für einen Tatverdacht die Nutzung von Anonymisierungstechnologie wie dem Tor-Netz-

⁶³ Siehe auch Oehmichen/Weißenberger KriPoZ 2019, 174 (177 f.); Rückert, <https://verfassungsblog.de/endlich-licht-ins-darknet/> und Gerhold ZRP 2021, 44 (46).

⁶⁴ <https://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.durchsuchungen-der-polizei-erneut-razzia-wegen-kinderpornografie-in-schwaben.fa679a7d-fdad-4c0b-bc24-9e1910b737bb.html>

⁶⁵ <https://www.welt.de/wirtschaft/article170147189/Experten-warnten-vor-gefaelschten-Produkten-bei-Ebay-Co.html>

⁶⁶ <https://www.tagesschau.de/investigativ/wdr/ermittlungen-hildmann-105.html>

werk Verwendung finden soll. Hierdurch kann der neue Straftatbestand des § 127 StGB-E mittelbar zu Abschreckungseffekten hinsichtlich der Nutzung solcher Technologien führen und die „Lesbarmachung“ der Bürger/innen insgesamt verstärken. Deshalb läuft dieses Indiz auch den gesetzlichen Wertungen von § 13 Abs. 6 TMG bzw. jetzt den diesen verdrängenden Art. 32 DSGVO zuwider. Hiernach sollen Dienstleister ihren Nutzern gerade eine anonyme bzw. pseudonyme und verschlüsselte Nutzung des Dienstes ermöglichen, soweit dies technisch möglich und zumutbar ist.⁶⁷

Auch der Straftatenkatalog des § 127 Abs. 1 S. 3 StGB-E ist kritikwürdig. Problematisch ist, dass im Katalog der Vergehen bei den aufgezählten Delikten keine Mindestschwellen geregelt sind. So genügt bereits das Betreiben einer Handelsplattform für geringe Mengen weicher Drogen (bei denen in vielen Fällen eine Verfahrenseinstellung erfolgt, vgl. § 31a BtMG), die Ermöglichung des Vertriebs gefälschter oder nachgemachter Handtaschen oder die Ermöglichung des Vertriebes von Dopingmitteln an Leistungssportler. Die weite Fassung der Katalogstraftaten stellt die Schuldangemessenheit der Rechtsfolge des § 127 StGB-E weiter in Frage.

Besonders deutlich treten die Probleme hervor, wenn es um Dienstleistungen geht, welche einen verschlüsselten und anonymen Austausch zwischen Nutzern ermöglichen und bei denen auch der Dienstanbieter selbst (datenschutzfreundlich) keinen Einblick in die Nutzung seines Dienstes durch die Nutzer hat. Beispiele sind anonym und verschlüsselt nutzbare E-Mail-Provider, Cloud-Dienste und Messenger-Services. Aufgrund der Einbeziehung der „Inhalte“ iSv § 11 Abs. 3 StGB sind diese Dienstleistungen vom Begriff der „Handelsplattform“ erfasst (s.o.). Wird ein solcher Dienst von den Nutzern tatsächlich in großem Maße für illegale Zwecke missbraucht, kann hierdurch eine „Gesamtschau“ des Angebots entstehen, die zumindest einen Anfangsverdacht einer Tat nach § 127 StGB-E begründet. Bei solchen Dienstleistern kann § 127 StGB-E dazu führen, dass die – europarechtswidrige – Pflicht zur Inhaltskontrolle das datenschutzfreundliche Geschäftsmodell konterkariert. Es ist zu befürchten, dass § 127 StGB-E zu Abschreckungseffekten hinsichtlich des Angebots von verschlüsselten und anonym nutzbaren Kommunikations- und Nutzungsmöglichkeiten von Internetdienstleistungen führt.

cc) Tathandlung: Betreiben

Unklar ist, was der Gesetzgeber unter der Tathandlung des „Betreibens“ versteht. Fraglich ist z.B., ob als Betreiber bei einem mehrköpfigen Betreiberteam nur die Administratoren mit Vollzugriff auf die Plattform oder auch Moderatoren mit Teilzugriff oder sogar ggf. Nutzer der Plattform, sofern diese Kontrolle über Teilbereiche (z.B. einzelne Unterforen oder ihren eigenen „Verkaufsbereich“) haben, in Betracht kommen. Weiter klärungsbedürftig ist, ob ein Betreiben bereits vorliegt, wenn

⁶⁷ Vgl. Paal/Pauly/Martini Art. 32 DSGVO Rn. 33 ff.; Spindler/Schmitz § 13 TMG Rn. 61 ff. jeweils mwN.

der Betreiberin nur einzelne oder wenige Unterstützungshandlungen nachgewiesen werden können oder, ob es einer gewissen Dauerhaftigkeit oder Regelmäßigkeit der Handlungen bedarf (Dauerdelikt?). Dies führt zu der Frage, ob ein „Betreiben“ vorliegt, wenn die Betreiberin die Plattform nur initial in Betrieb nimmt, die spätere Pflege jedoch vollautomatisiert erfolgt. Aus der Existenz von § 127 Abs. 1 S. 2 StGB-E folgt lediglich, dass die Betreiber Zugriff auf die virtuelle Plattform selbst haben müssen. Eine Beteiligung durch Lieferung von Hard- oder Software soll offensichtlich nicht ausreichen.

Selbst bei weitester Auslegung des „Betreibens“ löst § 127 StGB-E nicht vollständig das Problem des Nachweises eigener Tathandlungen jeder Beteiligten. Zwar ermöglicht die Erhebung zur Täterschaftsform die Anwendung von § 25 Abs. 2 StGB, bei dessen Anwendung nicht jeder Beteiligten jede einzelne Betriebshandlung nachgewiesen werden muss. Notwendig ist aber weiterhin, dass jeder Tatbeteiligten ein eigener Tatbeitrag und (nach der Rspr.) ein „Täterwille“ nachgewiesen werden muss, was im Regelfall ein gewisses Maß an Tatherrschaft (also eigenen Einfluss auf die Gestaltung und den Betrieb der Plattform) und ein eigenes Interesse am Betrieb der Plattform (z.B. im Sinne monetärer Beteiligung) erfordert.⁶⁸ Außerdem muss der Nachweis eines gemeinsamen Tatentschlusses zum Betrieb einer Plattform nach § 127 StGB-E gelingen.⁶⁹ Ob diese Anforderungen an den Nachweis tatsächlich geringer sind als diejenigen an eine eigene Beihilfehandlung nach § 27 StGB, ist äußerst zweifelhaft.

dd) Bereitstellen von Server-Infrastruktur, Abs. 1 S. 2

Erweitert wird § 127 StGB-E durch die Ausdehnung auf die Bereitstellung von Server-Infrastruktur für Handelsplattformen in Abs. 1 S. 2. Die Regelung soll laut Begründung auf die Zurverfügungstellung von Hardware begrenzt sein.⁷⁰ Aus dem Wortlaut wird dies nicht hinreichend deutlich, weil unter der Bereitstellung von Server-Infrastruktur auch rein virtuelle Speicherkapazität oder Rechenleistung verstanden werden können (Cloud Computing). Es ist nicht verständlich, warum zwar die Bereitstellung von Computer-Hardware erfasst sein soll, nicht jedoch diejenige von virtueller Speicherkapazität oder Rechenleistung.

Unklar ist auch, wie die Wendung „für eine Tat nach Satz 1 bereitstellt“ zu verstehen ist. Streng genommen stellt jeder Internet-Access-Provider Hardware für den Betrieb von Plattformen iSv § 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E zur Verfügung. Es ist auch bekannt, dass entsprechende Plattformen im Internet betrieben werden, sodass bei weiter Auslegung des Merkmals „für eine Tat nach S. 1

⁶⁸ BGHSt 35, 347 (353); BGHSt 47, 383 (385); BGH NJW 2007, 1220; BGH NStZ-RR 2016, 334.

⁶⁹ BGHSt 37, 289 (292).

⁷⁰ BT-Drs. 19/28175, S. 14.

bereitstellen“ auch der Vorsatz vorliegen kann. Dies betrifft auch die Betreiber/innen von Tor-Nodes auf eigener Server-Hardware. Die Betreiber/innen von Tor-Nodes wissen regelmäßig, dass im Tor-Netzwerk zahlreiche von § 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E erfasste Plattformen betrieben werden.⁷¹ Dementsprechend muss das Tatbestandsmerkmal „bereitstellen“ restriktiv ausgelegt werden. Eine Eingrenzung auf die eigentlich „gemeinten“ Personen, die als sog. Bullet Proof Hosts gezielt Server-Hardware für den Betrieb von kriminellen Plattformen iSv § 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E zur Verfügung stellen, könnte darüber erfolgen, dass das Vorsatzerfordernis derart ausgelegt wird, dass die Bereitstellende gerade positiv wissen oder beabsichtigen muss, dass die von ihr gestellte Hardware für eine (oder mehrere) *ganz bestimmte* und ihr *im Einzelnen bekannte* kriminelle Plattformen genutzt wird. Dann jedoch ist die Eignung zur Erfassung von Anbieter/innen des sog. Bullet Proof Hosting fraglich.

c) Probleme des subjektiven Tatbestands

Im Bereich des subjektiven Tatbestands wirft der Vorsatz bzgl. der Zweckausrichtung der Plattform Schwierigkeiten auf. Hier soll Eventualvorsatz ausreichen. Dabei ist bereits im Rahmen von § 129 StGB unklar, wie sich eine Vereinigung eine Zweckbestimmung (iSe verobjektivierten Absicht⁷²) geben kann, während die Mitglieder es lediglich für möglich halten, dass die Vereinigung diese Zweckbestimmung hat (Problem bislang allerdings nicht von der Rspr. aufgegriffen). Bei einer Vereinigung kann die Objektivierung der Zweckbestimmung danach erfolgen, welche expliziten oder konkludenten Absprachen die Mitglieder der Vereinigung getroffen haben.⁷³ Bei § 127 StGB-E genügt dagegen eine allein handelnde Täterin. Wie diese jedoch den Zweck der Plattform festlegen, gleichzeitig jedoch nur mit Eventualvorsatz bzgl. dieses Zwecks handeln soll, ist unklar. Es ist davon auszugehen, dass zumindest bei der alleinhandelnden Täter/in idR dolus directus 1. Grades bzgl. der Zwecksetzung vorliegen muss. Die hierdurch verursachten Nachweisschwierigkeiten sind jedoch größer als diejenigen beim Nachweis des Beihilfevorsatzes (s.o.).⁷⁴

d) Qualifikationen der Abs. 3 und 4

Bezüglich der Qualifikation in Abs. 3 des Entwurfs ist problematisch, dass es sich bei den im Fokus der Strafverfolgungsbehörden stehenden professionellen Marktplätzen der Underground Economy im Regelfall um solche handelt, die gewerbsmäßig betrieben werden.⁷⁵ Gleches dürfte für viele Plattformen aus anderen Bereichen (Filesharing, Foren etc.) gelten. Dementsprechend wird die Qualifikation in der Praxis zum Regelfall werden. Angesichts dessen und der Tatsache, dass

⁷¹ Bachmann/Arslan NZWiSt 2019, 241 (242 f.).

⁷² Sieh hierzu ausführlich Kusche JZ 2021, 27 (32).

⁷³ Vgl. BGH NJW 2005, 80; BGH NStZ 2015, 270.

⁷⁴ Vgl. zu einem Vorgängerentwurf Oehmichen/Weißenberger KriPoZ 2019, 174 (178).

⁷⁵ Gause in Rückert/Wüst KriPoZ 2018, 247 (249).

es sich konzeptionell auch in diesen Fällen um eine „versuchte Beihilfe“ an zumeist abstrakten Gefährdungsdelikten handelt, erscheint zweifelhaft, ob der Strafrahmen von 6 Monaten bis zu 10 Jahren schuldangemessen ist.⁷⁶

Ein ähnlich gelagertes Problem besteht für die Qualifikation in Abs. 4. Bei vielen praxisrelevanten Delikten der Underground Economy im Darknet handelt es sich um Verbrechenstatbestände (z.B. § 51 WaffG, §§ 29a ff. BtMG und nunmehr auch § 184b StGB). Bereits in diesen Bereichen (z.B. sog. Posing-Bilder in § 184b StGB⁷⁷, „weiche“ Drogen⁷⁸) ist in der Rechtswissenschaft umstritten, ob die hohen Strafen schuldangemessen sind. Diese Probleme werden potenziert, wenn die „versuchte Beihilfe“ zu diesen Delikten ebenfalls Verbrechenstatbestand wird. Hier „überschlägt“ der Entwurf – ausgehend von einer als unangemessen empfundenen Strafmilderung bei der Beihilfe nach § 27 Abs. 2 S. 2 StGB – in die andere Richtung.⁷⁹

4. Auswirkungen der §§ 7 ff. TMG

Unklar und in der Begründung des Gesetzentwurfs nicht thematisiert ist das Verhältnis der neuen Norm zu den §§ 7 ff. TMG, insbesondere § 10 TMG. § 10 S. 1 TMG regelt, dass Host-Provider – zu denen auch die im Gesetzentwurf genannten Handelsplattformen in aller Regel gehören⁸⁰ – nicht für die von Nutzer/innen eingestellten Inhalte auf ihren Plattformen verantwortlich sind, wenn sie keine positive Kenntnis von den Inhalten (bzw. nach strittiger Auffassung sogar von der Rechtswidrigkeit der Inhalte)⁸¹ haben. Es ist zwar im Einzelnen umstritten, auf welcher Ebene des Verbrechensaufbaus die Norm zu berücksichtigen ist, unstreitig ist jedoch, dass § 10 TMG auch die Strafbarkeit ausschließt.⁸² Uneinigkeit herrscht in der Rechtswissenschaft allerdings darüber, ob § 10 TMG nur die Strafbarkeit wegen Unterlassungsdelikten ausschließt (wofür mE der Wortlaut streitet) oder, ob er auch auf Begehung durch aktives Tun anwendbar ist.⁸³ Unabhängig vom Ausgang dieser Streitfrage löst § 127 StGB-E kein Problem. Schränkt § 10 TMG auch die Strafbarkeit durch aktives Tun ein, gilt dies nicht nur für § 27 StGB, sondern auch für § 127 StGB-E. Ist dies nicht der Fall, steht § 10 TMG bereits jetzt in allen von § 127 StGB-E erfassten Fällen

⁷⁶ Vgl. zu einem früheren Entwurf *Ceffinato* ZRP 2019, 161 (162).

⁷⁷ Vgl. etwas *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 7.12.2020, S. 8; *Steinl*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder vom 27. Oktober 2020, Druck-sache 19/23707, S. 6 jeweils mwN.

⁷⁸ Zur Debatte siehe MüKoStGB/*Oglakcioglu* Vor §§ 29 ff. BtMG Rn. 29 ff., insbesondere Rn. 36 zur Entkriminalisierung.

⁷⁹ *Zöller* LTO v. 11.3.2021.

⁸⁰ *Gerhold* ZRP 2021, 44 (45 f.); differenzierend *Beck/Nussbaum* HRRS 2020, 112 (116 f.); zweifelnd *Kusche* JZ 2021, 27 (33).

⁸¹ BeckOK InfoMedienR § 10 TMG Rn. 27 ff. mwN.

⁸² KG NJW 2014, 3798; *Fischer* § 184 Rn. 27 jeweils mwN zum Streitstand.

⁸³ Siehe *Safferling/Rückert* Analysen & Argumente 291, S. 10; *Gerhold* ZRP 2021, 44.

einer Strafbarkeit de lege lata nicht entgegen.⁸⁴ Da § 10 TMG auf Art. 14 der E-Commerce-Richtlinie basiert, kann § 127 StGB-E jedenfalls § 10 TMG nicht im Wege der Normkollision verdrängen.⁸⁵

IV. Erweiterung der Straftatenkataloge der §§ 100a, 100b, 100g StPO um § 127 StGB-E

1. Anfangsverdacht und Missbrauchsgefahr

Die Problematik der Verlagerung der Strafbarkeit weit ins Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung sowie die Indizien, welche nach der Entwurfsbegründung für eine Zweckausrichtung auf die Förderung rechtswidriger Taten sprechen sollen (Gesamtschau des Angebots, Lokalisierung der Plattform im Darknet oder Deep Web, s.o.) zeitigen problematische Auswirkungen auf das Strafverfahrensrecht.

Die niedrigen Schwellen eines strafprozessualen Anfangsverdachts (hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte, vgl. § 152 Abs. 2 StPO) sind bei einer derart weit ins Vorfeld verlagerten Straftat sehr schnell vorhanden.⁸⁶ Die Fokussierung auf das tatsächliche Angebot auf der Plattform zwingt Plattform-Anbieter/innen entgegen Art. 14 der E-Commerce-Richtlinie dazu, die Inhalte ihrer Nutzer/innen regelmäßig zu überprüfen. Geschäftsmodelle welche ihren Nutzer/innen eine vollständig oder weitgehend anonyme/pseudonyme und verschlüsselte Nutzung ermöglichen, werden dadurch faktisch unmöglich gemacht, wollen die Betreiber/innen nicht riskieren zum Ziel strafrechtlicher Ermittlungen mit allen bekannten negativen Folgen (v.a. strafprozessuale Grundrechts eingriffe, Behinderung der Geschäftstätigkeit durch Beschlagnahme von Arbeitsmitteln und Stigmatisierungswirkung) zu werden. Das kann – aufgrund der Weite des Tatbestandsmerkmals der „Handelsplattform“ – nicht nur „klassische“ Marktplätze, Foren etc. betreffen, sondern z.B. auch Tor-Nodes und Kryptowährungs-Nodes. Es entsteht hier die Gefahr starker Abschreckungseffekte durch das neue Strafgesetz mit Kollateralschäden an der gesellschaftlich wünschenswerten Möglichkeit, Dienste und Dienstleistungen anonym und sicher verschlüsselt nutzen zu können.

Die Situation wird noch dadurch verschärft, dass eine Lokalisierung der Plattformen im Deep Web oder Darknet als zweites Indiz für eine Zweckausrichtung auf die Förderung rechtswidriger Taten hinzutreten soll. Damit kann die Lokalisierung im Deep Web und/oder Darknet bereits für sich genommen Anknüpfungstatsache für die Bejahung eines Anfangsverdachts bzgl. § 127 Abs. 1 S. 1 StGB sein. Damit besteht die Gefahr, dass Ermittlungsbefugnisse missbraucht und gegen (ggf. politisch unliebsame) Plattformen und Angebote im Darknet und Deep Web verwendet werden, um diese in ihrer Tätigkeit zu behindern. Dabei muss auch berücksichtigt werden, dass viele

⁸⁴ Gerhold ZRP 2021, 44.

⁸⁵ So wohl auch Gerhold ZRP 2021, 44.

⁸⁶ Siehe hierzu auch Kusche JZ 2021, 27 (30).

gesellschaftlich wünschenswerte Aktivitäten im Darknet stattfinden. Beispiele sind Secure Drops von Presse und Medien, Kommunikation von Menschenrechtsaktivist/innen und Dissidentinnen in autokratischen Systemen und der Betrieb von Nachrichten- und Presseportalen in Systemen mit problematischen Verhältnissen zur Pressefreiheit.⁸⁷

Diese Missbrauchsgefahren sind u.a. deshalb real, weil – wie oben gezeigt – der hauptsächliche Nutzen eines eigenständigen Straftatbestandes darin liegt, bestimmte Nachweisnotwendigkeiten zu beseitigen. Deshalb wird die eigentliche Wirkung von § 127 StGB-E darin liegen, prozessual den Umgang mit Plattformbetreiber/innen für Strafverfolgungsbehörden zu „erleichtern“. Es ist zumindest zu vermuten, dass gerade in den „glasklaren“ Fällen krimineller Zweckausrichtung (z.B. bei den Marktplätzen der Underground Economy und Kinderpornographie-Seiten) in vielen Fällen am Ende der Ermittlungen der Nachweis von Haupttaten und einzelnen Tatbeiträgen gelingen wird, sodass eine Verurteilung nach den oben geschilderten, bereits de lege lata existierenden Strafnormen möglich ist und die Subsidiaritätsklausel von § 127 StGB-E eingreift.⁸⁸ § 127 StGB-E hat dann materiell-rechtlich keine Wirkung. Dagegen lässt sich § 127 StGB-E dazu verwenden, unliebsame Plattformen in der Arbeit zu behindern und die anonyme Nutzung des Internets insgesamt zu gefährden.

2. Einbeziehung von § 127 StGB-E in die Kataloge der §§ 100a -c und 100g StPO

Angesichts der großen „Entfernung“ des § 127 StGB-E von einer tatsächlichen Rechtsgutsverletzung und des daraus folgenden geringen Unrechtsgehalts des § 127 StGB-E erscheint auch der Einbezug von § 127 Abs. 3 und Abs. 4 StGB-E in die Straftatenkataloge der §§ 100a, 100b, 100g und mittelbar § 100c StPO problematisch. Die Indizien des tatsächlichen Angebots und der Lokalisierung der Plattform im Darknet/Deep Web können dabei auch genügen, einen „qualifizierten Anfangsverdacht“ iSd §§ 100a ff. StPO zu begründen und dadurch zu massiven Grundrechtseingriffen führen.

Angesichts der Eingriffsschwellen, welche das BVerfG für die §§ 100a, 100g StPO auf einen (schwere Straftat) und §§ 100b, 100c StPO auf der anderen (besonders schwere Straftat) fordert,⁸⁹ erscheint es mehr als zweifelhaft, ob § 127 Abs. 3 und 4 StGB-E diese Anforderungen erfüllen. Dies gilt in besonderem Maße für § 127 Abs. 3 StGB-E, weil – wie oben gezeigt – die Gewerbsmäßigkeit den Regel- und nicht den Ausnahmefall für viele Plattformen darstellt. Der Unrechtsgehalt der „versuchten Beihilfe“ oder „Beihilfe zur versuchten Beihilfe“ scheint jedenfalls in

⁸⁷ Bartl/Moßbrucker/Rückert, Angriff auf die Anonymität im Internet, https://www.reporter-ohne-grenzen.de/fileadmin/Redaktion/Dokumente/Internetfreiheit/20190630_Darknet_Paragraf_StN-Bartl-Mossbrucker-Rueckert.pdf, S. 13 ff.

⁸⁸ Vgl. auch Ceffinato ZRP 2019, 161.

⁸⁹ BVerfG NJW 2012, 833 und BVerfGE 133, 277 (373 Rn. 226).

vielen Fällen nicht ausreichend zu sein, als schwere⁹⁰ bzw. besonders schwere⁹¹ Straftat eingeordnet zu werden. Dies gilt umso mehr als viele der in § 127 Abs. 1 S. 3 StGB-E aufgelisteten „Haupttaten“ auf deren Förderung der Zweck der Plattform ausgerichtet sein muss, selbst nicht in den Katalogen der §§ 100a, 100b, 100g StPO aufgeführt sind. Beispielsweise sind Straftaten nach §§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen nach § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG taugliche Anlasstat für § 100a StPO, zahlreiche Straftaten aus dem Nebenstrafrecht (NpSG, AMG, Anti-Doping-Gesetz) sind keine tauglichen Anlasstaten für § 100b StPO. Die Verstöße gegen das Marken- und Designrecht sind in keinem der Straftatenkataloge aufgeführt. Das führt zu der Konsequenz, dass zwar der Betrieb einer Plattform zur Förderung solcher Delikte bei Gewerbsmäßigkeit selbst ohne Vorliegen/Nachweises auch nur einer einzigen über die Plattform begangenen Tat eine taugliche Anlasstat für die Maßnahmen nach §§ 100a – c, 100g StPO darstellt, die Delikte selbst jedoch nicht. Dieses Problem ist vom Gesetzentwurf selbst nur für § 100b StPO gelöst, indem dort eine Zweckausrichtung auf die Förderung von in § 100b StPO genannten Straftaten gefordert wird. Für §§ 100a und 100g StPO gilt dies nicht. Dies ist nicht nur angesichts des – im Vergleich zu den Haupttaten – herabgesetzten Unrechtsgehalts unverständlich, sondern steht auch im Widerspruch zur Subsidiaritätsklausel nach § 127 Abs. 1 S. 1 a.E. StGB-E. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass das BVerfG nicht allein deshalb eine Straftat als „schwer“ oder gar „besonders schwer“ akzeptiert, weil der Gesetzgeber einen (zu) hohen Strafrahmen wählt, sondern es ganz entscheidend auf die geschützten Rechtsgüter ankommt.⁹²

⁹⁰ BVerfG NJW 2012, 833.

⁹¹ BVerfGE 133, 277 (373 Rn. 226).

⁹² BVerfG NJW 2012, 833 (836).