



LUDWIG-
MAXIMILIANS-
UNIVERSITÄT
MÜNCHEN

PROF. DR. MARK A. ZÖLLER
LEHRSTUHL FÜR DEUTSCHES, EUROPÄISCHES
UND INTERNATIONALES STRAFRECHT UND
STRAFPROZESSRECHT, WIRTSCHAFTSSTRAFRECHT
UND DAS RECHT DER DIGITALISIERUNG



Professor-Huber-Platz 2 · 80539 München

Herrn
stellvertretenden Vorsitzenden des Ausschusses
für Recht und Verbraucherschutz
des Deutschen Bundestages
Prof. Dr. Heribert Hirte, MdB
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Prof. Dr. Mark A. Zöller

Geschäftsführer des
Instituts für Digitalisierung
und das Recht der Inneren
Sicherheit (IDRIS)

Telefon +49 (0)89 2180-3542

Mark.Zoeller@jura.uni-
muenchen.de

www.jura.uni-muenchen.de

Dienstadresse
Ludwigstr. 29/IV. OG, Raum 406
80539 München

München, 29.04.2021

Schriftliche Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung

**„Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit des
Betreibens krimineller Handelsplattformen im Internet und des Bereitstellens
entsprechender Server-Infrastrukturen“
(BT-Drucksache 19/28175)**

**im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und
Verbraucherschutz am 5. Mai 2021**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,
für die Einladung zur oben genannten Anhörung und die Gelegenheit zur
Stellungnahme möchte ich mich herzlich bedanken. Zu dem Gesetzentwurf darf ich
wie folgt Stellung nehmen.

I. Vorbemerkungen

Der Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit des
Betreibens krimineller Handelsplattformen im Internet und des Bereitstellens

entsprechender Server-Infrastrukturen vom 1. April 2021¹ will Fälle des Handels mit Menschen sowie inkriminierten Waren und Dienstleistungen angemessen erfassen.² Hierzu wird die Einführung eines neuen Straftatbestandes mit der sperrigen Überschrift „Betreiben krimineller Handelsplattformen im Internet; Bereitstellen von Server-Infrastrukturen“ (§ 127 StGB-E) vorgeschlagen. Ergänzend hierzu sollen effektive Ermittlungsmöglichkeiten zur Aufklärung der vorgenannten Straftaten geschaffen werden.³ Inhaltlich knüpft der Gesetzentwurf an eine von Nordrhein-Westfalen angestoßene Bundesratsinitiative an, die anschließend in den Bundesrat eingebracht wurde und in dem nicht weiter verfolgten „Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes – Einführung einer eigenständigen Strafbarkeit für das Betreiben von internetbasierten Handelsplattformen für illegale Waren und Dienstleistungen“ vom 17. April 2019⁴ mündete. Der nun zwei Jahre später vorgelegte Gesetzentwurf der Bundesregierung geht allerdings inhaltlich über den Bundesratsentwurf deutlich hinaus. Insbesondere wird an einen umfangreichen Straftatenkatalog angeknüpft und die Beschränkung auf Handelsplattformen im sog. Darknet aufgegeben. Im Ergebnis vermag aber auch das in diesem Entwurf verfolgte Regelungskonzept nicht zu überzeugen.

II. Fehlen einer Regelungslücke

1. Vorbemerkungen

Die Bundesregierung macht insbesondere in Fällen, in denen eine Handelsplattform voll automatisiert betrieben wird, eine Regelungslücke aus. In diesen Fällen könnten die Regelungen zur Beihilfe nicht ausreichen, da sie eine Kenntnis der Haupttat zumindest in ihren wesentlichen Merkmalen voraussetzen.⁵ Diese Aussage stellt sich aus strafrechtsdogmatischer Sicht als reine Behauptung dar, die durch nichts näher belegt ist. In Wahrheit ist das Gegenteil der Fall. In zahlreichen wissenschaftlichen Publikationen, die seit den ersten Reformüberlegungen im Jahr 2019 erschienen sind, wird unisono nachgewiesen, dass die geltende Beihilfestrafbarkeit nach § 27 StGB problemlos in der Lage ist, dem Phänomen des Betriebens krimineller Handelsplattformen im Internet gerecht zu werden.⁶ Von diesen, in einschlägigen juristischen Fachzeitschriften zeitlich vor der Veröffentlichung des Gesetzentwurfs

¹ BT-Drs. 19/28175.

² BT-Drs. 19/28175, S. 1.

³ BT-Drs. 19/28175, S. 2

⁴ BR-Drs. 33/19; näher hierzu *Zöller KriPoZ* 2019, 277 ff.

⁵ BT-Drs. 19/28175, S. 1.

⁶ Vgl. nur beispielhaft *Ceffinato ZRP* 2019, 161 ff.; *Oehmichen/Weißenberger KriPoZ* 2019, 174 ff.; *Bachmann/Arslan NZWiSt* 2019, 241 ff.; *Greco ZIS* 2019, 435 ff.; *Laudon StRR* 05/2019, 10 ff.; *Zöller KriPoZ* 2019, 274ff.; *ders. KriPoZ* 2021, 79 ff.; *Kusche JZ* 2021, 27 ff.

publizierten Beiträgen ist keine einzige im Gesetzentwurf der Bundesregierung zitiert oder gar inhaltlich ausgewertet worden. Dass all diese wissenschaftlichen Stellungnahmen den Entwurfsverfassern aus dem Haus des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz schlicht entgangen sein sollten, erscheint kaum realistisch. Insofern lässt sich nur darüber spekulieren, aus welchen Gründen diese durchweg kritischen Stimmen vollständig „unterschlagen“ und damit den verfassungsmäßig zur Entscheidung berufenen Bundestagsabgeordneten nicht zur Meinungsbildung unterbreitet werden.

2. Möglichkeit der Verfolgung als täterschaftliche Verhaltensweise

Sachlich ist schon der Ausgangspunkt für die Begründung einer Strafbarkeitslücke verfehlt. Schließlich steht den deutschen Strafverfolgungsbehörden *de lege lata* bereits ein umfangreiches materiell-rechtliches Instrumentarium zur Verfügung, um das Betreiben krimineller Handelsplattformen im Internet oder das Bereitstellen der hierfür erforderlichen Server-Infrastruktur bereits **als täterschaftliche Verhaltensweisen zu ahnden**.

Dies gilt zunächst im besonders praxisrelevanten Bereich der **Betäubungsmittelstraftaten**. Insofern ist darauf hinzuweisen, dass § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 8 BtMG die Werbung für Betäubungsmittel entgegen § 14 Abs. 5 BtMG unter Strafe stellt.⁷ Unter einer solchen Werbung ist der an Dritte gerichtete Hinweis auf die Bereitschaft des Werbenden zu verstehen, Betäubungsmittel zu liefern. Zwar kann es je nach Gestaltung der Handelsplattform im Einzelnen an dem hierfür erforderlichen Hinweis auf eigene Liefermöglichkeiten des Plattformbetreibers fehlen. Dann aber kommt eine Strafbarkeit nach § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 10 BtMG in Betracht,⁸ der es unter Strafe stellt, einem anderen eine Gelegenheit zum unbefugten Erwerb oder zur unbefugten Abgabe von Betäubungsmitteln zu verschaffen oder zu gewähren, eine solche Gelegenheit öffentlich oder eigennützig mitzuteilen oder einen anderen zum unbefugten Verbrauch von Betäubungsmitteln zu verleiten. Vor allem aber ist zu berücksichtigen, dass **Handelsplattformen** üblicherweise gerade **nicht aus uneigennütigen Motiven heraus betrieben** werden. Vielmehr fungieren die Betreiber regelmäßig als Treuhänder bei der Zahlungsabwicklung und erhalten hierfür Gebühren und Umsatzbeteiligungen.⁹ Dann aber kann je nach den Umständen des Einzelfalls sogar ein Handelstreiben mit Betäubungsmitteln (§§ 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 29a Abs. 1 Nr. 2, 30 Abs. 1 Nr. 1 und 2, 30a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 BtMG) in Betracht kommen, unter dem nach vorherrschender Ansicht jede eigennützige, auf

⁷ Zöller, KriPoZ 2019, 274 (280); ders. KriPoZ 2021, 79 (83).

⁸ So auch Bachmann/Arslan, NZWiSt 2019, 241 (243).

⁹ Bachmann/Arslan, NZWiSt 2019, 241 (242); Greco, ZIS 2019, 435 (440).

Umsatz gerichtete Tätigkeit zu verstehen ist, auch wenn diese sich nur als gelegentlich, einmalig oder ausschließlich vermittelnd darstellt.¹⁰ Insoweit ist anerkannt, dass grundsätzlich auch die Förderung fremder Betäubungsmittelgeschäfte durch Broker, Kommissionäre, Handelsvertreter und Handelsmakler als (täterschaftliches) Handeltreiben einzustufen ist.¹¹

Ähnlich wie im Betäubungsmittelstrafrecht stellt sich auch die Rechtslage im Bereich des **unerlaubten Waffenhandels** dar. Hier ist insbesondere § 52 Abs. 1 Nr. 1 und 2c Waffengesetz (WaffG) zu beachten.¹² Nach § 1 Abs. 4 WaffG i.V.m. Anlage 1, Abschnitt 2 Nr. 9 fällt unter den dort genannten Begriff des Handeltreibens auch die Vermittlung des Erwerbs, des Vertriebs oder des Überlassens von Waffen.

Im Bereich **Kinderpornografie** kommt eine Strafbarkeit wegen (täterschaftlicher) Verbreitung, Erwerb und Besitz kinder- und jugendpornografischer Inhalte nach den §§ 184b, 184c StGB in Betracht. Insbesondere genügt für ein Zugänglichmachen i.S. von § 184b Abs. 1 Nr. 1 und 2 und § 184c Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB bereits das Betreiben einer Webseite, die dem Einstellen von Dateien dient.¹³

Auch der Straftatbestand der **Bildung krimineller Vereinigungen** (§ 129 StGB) wird im vorliegenden Gesetzentwurf vorschnell beiseitegeschoben. Er sei nicht geeignet, Strafbarkeitslücken zu schließen, da in der Regel nicht die für den Tatbestand erforderliche Festigkeit der Organisationsstruktur erreicht werde.¹⁴ Zudem sei das Tätigwerden in einem übergeordneten gemeinsamen Interesse bei Plattformen nur selten erfüllt. Insofern wird – anders als noch im Regierungsentwurf vom 10. Februar 2021 – nunmehr durchaus anerkannt, dass der in § 129 Abs. 2 StGB legaldefinierte Vereinigungsbegriff durch das 54. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 17.7.2017¹⁵ in Umsetzung europäischer Vorgaben erheblich erweitert worden ist. Allerdings werden aus dieser Erkenntnis nicht die richtigen Schlüsse gezogen. Nach aktueller Rechtslage stellt der **Vereinigungsbegriff** nur noch **stark herabgesetzte Anforderungen an das organisatorische Element**. Die Vereinigung ist danach ein von einer Festlegung der Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss. Es ist somit nur noch in gewissem Umfang eine instrumentelle Vorausplanung und Koordinierung erforderlich.¹⁶ Warum die Einbindung der Betreiber von

¹⁰ BGHSt 6, 246 (247); 50, 252 (256); Patzak, in: Körner/Patzak/Volmer, Betäubungsmittelgesetz, 9. Aufl. (2019), § 20 Teil 4 Rn. 23.

¹¹ Näher Patzak (Fn. 10), § 29 Teil 4 Rn. 97 m.w.N.

¹² Bachmann/Arslan, NZWiSt 2019, 241 (243).

¹³ Ziegler, in: BeckOK-StGB, § 184b Rn. 12 und § 184c Rn. 9; Bachmann/Arslan, NZWiSt 2019, 241 (243).

¹⁴ BT-Drs. 19/28175, S. 8 f.

¹⁵ BGBl. I S. 2440; dazu Zöller, KriPoZ 2017, 26 ff.

¹⁶ BT-Drs. 18/11275, S. 11.

Handelsplattformen im Internet in solche losen Organisationsstrukturen nur selten in Betracht kommen kann,¹⁷ erläutert die Entwurfsbegründung nicht. Zudem ist zu beachten, dass neben der Gründung und der mitgliedschaftlichen Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung nach § 129 Abs. 1 S. 2 StGB auch die **Unterstützung einer solchen Vereinigung** unter Strafe steht. Eine Vereinigung unterstützt, wer als Nichtmitglied deren Tätigkeit oder Bestrebungen, sei es direkt oder über eines ihrer Mitglieder, fördert.¹⁸ Ebenso wie bei dem vorgeschlagenen § 127 StGB-E handelt es sich auch bei der Unterstützung einer kriminellen Vereinigung um eine zur Täterschaft verselbständigten Form der Beihilfe.¹⁹ Eine solche Förderung kann in vielfältiger Art und Weise geschehen, insbesondere auch durch das Bereitstellen von Materialien und Tatwerkzeugen.²⁰ Nichts anderes aber ist das Betreiben von Internet-Handelsplattformen oder das Bereitstellen von Servern für Gruppierungen, deren Mitglieder damit Straftaten begehen wollen. Überwindet man also die – heute nur noch niedrig anzusetzende – Schwelle der Annahme einer Vereinigung i.S. der §§ 129 ff. StGB, dann dürfte sich regelmäßig zumindest auch die Verwirklichungsform einer (täterschaftlichen) Unterstützung einer solchen Vereinigung begründen lassen.²¹

Vor allem aber ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den Betreibern von illegalen Handelsplattformen im Internet **regelmäßig nicht um Einzelpersonen** handelt. Zu komplex gestalten sich die damit verbundenen Aufgaben und Erfordernisse. Eine kriminelle Vereinigung kann somit nicht nur durch ein Zusammenwirken von Plattformbetreibern, Anbietern und Kunden bestehen. Vielmehr können auch die Plattformbetreiber für sich genommen, also unabhängig von den dort aktiven Käufern und Verkäufern, eine kriminelle Vereinigung bilden. So hat etwa die Generalstaatsanwaltschaft Koblenz im aktuell am LG Trier verhandelten sog. Cyberbunker-Verfahren Anklage gegen vier Niederländer, drei Deutsche und einen 39 Jahre alten Bulgaren erhoben.²² Nach dem Ergebnis der Ermittlungen hatten die Angeschuldigten klare Absprachen getroffen und eine feste Rollenverteilung mit eindeutig definierten Aufgaben. Ein 60-jähriger Niederländer gilt als Kopf der

¹⁷ So BT-Drs. 19/28175, S. 9.

¹⁸ BGHSt 29, 99 (101); 32, 243 (244); 51, 345 (348); BGH NStZ 2014, 210; Schäfer, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 129 Rn. 107; Gazeas, in: AnwK-StGB, 3. Aufl. (2020), § 129 Rn. 36 Zöller, Terrorismusstrafrecht (2009), S. 533.

¹⁹ BGH NStZ-RR 2018, 72 (73); Gazeas, in: AnwK-StGB, § 129 Rn. 37.

²⁰ BGHR § 129a Abs. 3 Unterstützen 5.

²¹ Zöller KriPoZ 2021, 79 (84)

²² Vgl. Pressemitteilung der Generalstaatsanwaltschaft Koblenz vom 7.4.2020 „Landeszentralstelle Cybercrime der Generalstaatsanwaltschaft Koblenz erhebt Anklage gegen acht Tatverdächtige im Verfahren gegen die Betreiber des "Cyberbunkers", abrufbar unter <https://gstko.justiz.rlp.de/de/startseite/detail/news/News/detail/landeszentralstelle-cybercrime-der-generalstaatsanwaltschaft-koblenz-erhebt-anklage-gegen-acht-tatve/>.

Gruppe, der alle geschäftlichen Entscheidungen getroffen haben soll. Ein 50-jähriger Niederländer fungierte offenbar als eine Art Manager, der für die Verteilung der Arbeitsaufgaben unter den übrigen Mitarbeitern zuständig war. Einem 52-jährigen Deutschen oblag die Buchhaltung und die Kontrolle des Zahlungsverkehrs mit den Kunden. Die übrigen Angeschuldigten waren als Administratoren tätig, sorgten für die Abwicklung der Kundenaufträge in technischer Hinsicht und hielten die IT-Infrastruktur aufrecht. Die Generalstaatsanwaltschaft Koblenz wertet diesen Sachverhalt strafrechtlich als Gründung und Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung. Im Rahmen dieser kriminellen Vereinigung hosteten die Angeschuldigten in wechselnder Beteiligung verschiedene Darknet- und Clearnet-Marktplätze und leisteten dadurch nach Ansicht der Ermittler Beihilfe zu den von ihren Kunden begangenen Straftaten, zu denen insbesondere Betäubungsmitteldelikte, aber auch andere Delikte wie z.B. der Handel mit gefälschten Dokumenten, Malware, illegal erlangten Zugangsdaten zu Packstationen, PayPal-Konten sowie illegal erlangten Kreditkarten, aber auch das Angebot von Mordaufträgen und kinderpornografischer Inhalte zählten.

3. Beihilfestrafbarkeit (§ 27 StGB)

Darüber hinaus **genügt die geltende Konstruktion der Beihilfestrafbarkeit nach § 27 StGB** vollkommen, um den hier in Rede stehenden Verhaltensweisen strafrechtlich gerecht zu werden, die nicht die Voraussetzungen für täterschaftlich verwirklichte Tatbeiträge erfüllen.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung geht – wie schon die Vorgängerentwürfe – bei der Begründung der Notwendigkeit eines neuen Straftatbestands von der These aus, dass die im subjektiven Tatbestand für eine Beihilfestrafbarkeit erforderlichen Konkretisierungsanforderungen an die Haupttat bei den plattformbetreibenden Personen regelmäßig nicht vorliegen.²³ Auch diese These ist allerdings durch nichts näher belegt. Das überrascht schon deshalb, weil die Anforderungen an den Beihilfevorsatz bekanntlich nicht sonderlich streng²⁴ und vor allem deutlich geringer anzusetzen sind als etwa beim Anstifter.²⁵ Speziell die Rechtsprechung lässt insoweit die Erfassung des wesentlichen Unrechtsgehalts und der Angriffsrichtung der vom Gehilfen geförderten Haupttat genügen.²⁶ Zwar genügt der Wille, irgendeinen

²³ BT-Drs. 19/28175, S. 1.

²⁴ Greco, ZIS 2019, 435 (443).

²⁵ BGHSt 42, 135; Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 27 Rn. 19; Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 906.

²⁶ BGHSt 42, 135 (139); BGH NStZ 2011, 311; 2017, 274; wistra 2012, 302.

Straftatbestand zu erfüllen, noch nicht.²⁷ Ausreichend ist jedoch, wenn der Gehilfe zumindest eine grobe Vorstellung von den vom Haupttäter zu verwirklichenden Delikten (z.B. Betäubungsmittelstraftaten, Waffenverkäufe, Austausch kinderpornografischer Inhalte etc.) besitzt. Weder die Person des Haupttäters noch die einzelnen Tatumstände wie z.B. Tatort oder Tatzeit müssen dem Hilfeleistenden bekannt sein.²⁸

Vor diesem Hintergrund dürfte an der **ausreichenden Konkretisierung des Gehilfenvorsatzes für Plattformbetreiber** regelmäßig kein Zweifel bestehen. Die Vorstellung, dass jemand eine Handelsplattform im Internet betreibt und sich dann überhaupt nicht dafür interessiert, was auf dieser Plattform von wem angeboten und nachgefragt wird, erscheint schon psychologisch betrachtet nicht nur wenig plausibel, sondern geradezu naiv. Solche Konstellationen mögen allenfalls bei Betreibern von Servern vorkommen, deren Geschäftsmodell gerade in der Anonymität der von ihnen erbrachten Dienstleistung besteht. Teilweise lässt sich auch schon vom Namen der Plattform zumindest für bestimmte Deliktskategorien auf Wissen und Wollen des Betreibers schließen. Wer die von ihm betriebene Plattform „Chemical Revolution“, „Orange Chemicals“, „Fraudsters“, „Dutch Drugs“ oder „Cocaine Market“ nennt, wird wohl kaum ernsthaft vortragen können, er habe nichts davon geahnt, dass dort illegale Substanzen und Dienstleistungen angeboten wurden.²⁹ Schon die Bezeichnung soll schließlich entsprechende illegale Aktivitäten anziehen. Wessen Plattform schon den äußeren Anschein eines kriminellen Marktplatzes trägt, der führt bewusst und gewollt kriminell Gleichgesinnte zusammen, indem er den Betrieb gerade an den Bedürfnissen seiner kriminellen Klientel ausrichtet.³⁰ Entsprechendes gilt, wenn für die Plattform an anderer Stelle in einem erkennbar kriminellen Kontext, meist ebenfalls im Internet, geworben wird.³¹ Noch deutlicher tritt der Gehilfenvorsatz zutage, wenn der Plattformbetreiber in die auf seiner Plattform abgewickelten Geschäfte aktiv ordnend, gestaltend oder regulierend eingreift, etwa indem er mithilfe der von ihm genutzten Hard- und Software auf seiner Webseite nach dem Vorbild legaler Verkaufsplattformen explizit Angebotskategorien für illegale Waren und Dienstleistungen erstellt, Foren- und Bewertungssysteme für Käufer und Verkäufer betreut, Treuhandmodelle für die Zahlung des Kaufpreises anbietet und dafür Gebühren und Kommissionen erhält.

Die **vollautomatische Abwicklung der Transaktionen** ändert hieran nichts und vermag es insbesondere auch nicht, den wenig konkretisierungsbedürftigen

²⁷ BGH BeckRS 2012, 8602.

²⁸ BGHSt 42, 135 (137); BGH NSTz 2012, 264; *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241 (243).

²⁹ So i. Erg. auch *Greco*, ZIS 2019, 435 (446); *Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112 (115).

³⁰ Vgl. *Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112 (115).

³¹ *Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112 (115).

Gehilfenvorsatz auszuschließen. Typischerweise geht es den Betreibern gerade durch die Art und Weise der konkreten Ausgestaltung der Plattform sowie der weiteren dort angebotenen Dienstleistungen um die Zusammenführung von potenziellen Straftätern. Schließlich verdienen die Plattformbetreiber in Gestalt von Serviceentgelten, Kommissionen oder Provisionen an den über die Plattform abgewickelten Geschäften. Insofern wird regelmäßig nicht nur von sicherem Wissen i.S. von *dolus directus* 2. Grades, sondern sogar von Absicht i.S. von *dolus directus* 1. Grades auszugehen sein. Dienstleistungen werden nur in den seltensten Fällen aus altruistischen Motiven angeboten. Auch wer beispielsweise – ohne dass dort Entgelte gezahlt werden müssen – ein Forum zum Tausch von kinderpornografischem Material betreibt, will typischerweise von dem Zuwachs an illegalem Bild- und Videomaterial jenseits finanzieller Interessen zumindest zu privaten, regelmäßig auch sexuellen Zwecken profitieren. Damit verliert die Plattform ihren Alltagscharakter, so dass das von ihrem Betreiber geschaffene Risiko für Rechtsgutsverletzungen durch Straftatbegehung gerade nicht mehr sozialadäquat ist.³²

4. Fahrlässigkeitsstrafbarkeit

Schließlich hat eine im juristischen Schrifttum viel beachtete, im vorliegenden Gesetzentwurf aber nicht näher ausgewertete Entscheidung des LG Karlsruhe vom 19.12.2018³³ deutlich gemacht, dass je nach Fallgestaltung grundsätzlich auch eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit für Betreiber krimineller Handelsplattformen im Internet in Betracht kommt. Hier ging es um den Betreiber der Darknet-Plattform „Deutschland im Deep Web“ mit dem Pseudonym „luckyspax“. Die Plattform untergliederte sich in verschiedene Kategorien, die ursprünglich primär als Diskussionsforen dienen sollten. Spätestens ab Anfang 2014 enthielt die Kategorie „Spackentreff“ aber auch Unterkategorien wie „Betrug und Täuschung“, „Waffen“ (Herstellung, Vertrieb, sachgerechte Verwendung) oder „Drogen“. Über diese Plattform wurde vom Verkäufer „Rico“ eine Pistole vom Typ Glock 17 mit über 500 Schuss Munition an einen 18-Jährigen veräußert, der mit dieser Waffe im Rahmen eines Amoklaufs beim Olympia-Einkaufszentrum München neun Menschen tötete und weitere fünf Menschen verletzte. Anschließend tötete sich der Amokschütze mit dieser Schusswaffe selbst. Insofern hat das LG Karlsruhe das Verhalten des Angeklagten als Schöpfer und Administrator der Plattform als fahrlässige Tötung (§ 222 StGB) bzw. fahrlässige Körperverletzung (§ 229 StGB) eingestuft und die

³² Vgl. *Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112 (116).

³³ LG Karlsruhe, StV 2019, 400 ff.; dazu etwa *Eisele*, JuS 2019, 1122 ff.; *Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112 ff.

objektive Sorgfaltspflichtverletzung darin gesehen, dass er die Unterkategorie „Waffen“ nach dem Pariser Anschlag auf die Redaktion von Charlie Hebdo im Jahr 2015 kurzzeitig unsichtbar, ca. einen Monat später und damit noch vor dem entscheidenden Waffenverkauf allerdings für registrierte Nutzer wieder sichtbar geschaltet hatte. Dieses Verhalten wurde zugleich als Straftatbestand der Beihilfe zum vorsätzlichen unerlaubten Erwerb einer halbautomatischen Kurzwaffe gem. § 52 Abs. 1 Nr. 2b, 2 Abs. 2 WaffG i.V.m. Anlage 2 Abschnitt 2 Unterabschnitt 1 Satz 1 zum WaffG i.V.m. § 27 StGB gewertet, was schon damit ein sorgfaltswidriges Fehlverhalten darstellte.³⁴

5. Tatnachweis

Ungeachtet der Frage nach der materiell-rechtlichen Strafbarkeit besteht daneben stets das Problem der Nachweisbarkeit durch Strafverfolgungsbehörden und Strafjustiz im Einzelfall. Allerdings wird in der Begründung des vorliegenden Gesetzentwurfs nicht dargelegt, warum der Nachweis einer Beihilfestrafbarkeit auch bei vollautomatisiert betriebenen Internetplattformen aussichtslos oder doch zumindest deutlich weniger aussichtsreich sein soll als bei den traditionellen Beihilfekonstellationen in der analogen Welt. Bei den durch § 127 StGB-E inkriminierten Verhaltensweisen handelt es sich faktisch um eine zur Täterschaft hochgestufte bzw. verselbständigte Erscheinungsform der Beihilfe. **Warum der Tatnachweis hier leichter gelingen soll als bei der klassischen Beihilfe, etwa zu einem Betäubungsmittel- oder Waffendelikt, leuchtet nicht ein.**³⁵ Vor allem aber zeigt die bereits erwähnte Entscheidung des LG Karlsruhe vom 19.12.2018, dass sich insbesondere der Nachweis der Gehilfenstrafbarkeit auch in der Praxis durchaus erbringen lässt.³⁶ Hier hat das Gericht in geradezu mustergültiger Weise differenziert und im Ergebnis noch nicht in dem bloßen Erstellen, der Inbetriebnahme sowie der Aufrechterhaltung einer Diskussionsplattform im sog. Darknet, wohl aber in der dort erfolgten (Wieder-)Einstellung einer eigenen Kategorie für Waffen und Drogen mehrere Fälle der Beihilfe zu Straftaten nach dem BtMG und dem WaffG angenommen.³⁷

³⁴ LG Karlsruhe, StV 2019, 400 (403).

³⁵ *Oehmichen/Weißenberger*, KriPoZ 2019, 174 (178); *Zöller*, KriPoZ 2019, 274 (280).

³⁶ *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241 (244); *Zöller* KriPoZ 2021, 79 (87).

³⁷ LG Karlsruhe, StV 2019, 400 (401 f.).

III. Extensiver Straftatenkatalog

Ungeachtet der grundlegenden Bedenken gegenüber der Einführung eines neuen § 127 StGB ist auch die konkrete Ausgestaltung des vorgeschlagenen Gesetzestextes zu bemängeln. Dies gilt zunächst für den viel zu weit geratenen Straftatenkatalog, der ganz offensichtlich einem „Wunschverzeichnis von Internetermittlern“ gleichkommt, aber die Grenzen des Verhältnismäßigen erkennbar sprengt. Nach dem Entwurfstext soll zunächst das Betreiben von Handelsplattformen kriminalisiert werden, deren Zweck auf die **Ermöglichung oder Förderung sämtlicher Verbrechen i.S. von § 12 Abs. 1 StGB** ausgerichtet ist. Damit werden alle Verbrechenstatbestände des deutschen Strafrechtssystems – ohne jede rechtsgutsbezogene bzw. thematische Eingrenzung (z.B. Internetkriminalität) – zu Bezugstaten des § 127 StGB-E. Erfasst sind damit beispielsweise auch bloße Angebote mit praktischen Tipps zur Begehung von Raubüberfällen.³⁸ Hinzu kommt ein fast **uferloser Katalog von Vergehenstatbeständen**, der ebenfalls **keine klare Beschränkung auf den Bereich Cybercrime** aufweist. Das erscheint schon deshalb als **unverhältnismäßig** und damit rechtsstaatswidrig, weil § 127 StGB-E als **abstraktes Gefährdungsdelikt** konzipiert ist, das die Strafbarkeit der Plattformbetreiber weit in das zeitliche Vorfeld der eigentlichen Straftatbegehung auf der jeweiligen Plattform vorverlagert. Und wer hierfür nur die nötige Server-Infrastruktur bereitstellt, wird bereits **„im Vorfeld des Vorfelds“** strafrechtlich erfasst.

IV. (Verdeckte) Anhebung des Strafniveaus

Der Gesetzentwurf vermittelt im Übrigen auch ein höchst unscharfes Bild vom Verhältnis des Grundtatbestands nach § 127 Abs. 1 S. 1 StGB zu den in § 127 Abs. 3 und 4 StGB vorgesehenen Qualifikationstatbeständen und würde damit in der Rechtspraxis zwangsläufig zu einer nur **notdürftig kaschierten Anhebung des Strafniveaus im Vergleich zur geltenden Rechtslage** führen

Als qualifizierender Umstand nach **§ 127 Abs. 3 StGB-E** kommt zunächst die Gewerbsmäßigkeit des Handelns in Betracht. **Gewerbsmäßig** handelt, wer sich aus der wiederholten Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einigem Umfang und einer gewissen Dauer verschaffen will.³⁹ Genau dies aber ist die **typische Intention** nicht nur der Betreiber krimineller Handelsplattformen, sondern auch derjenigen, die hierfür die erforderliche Server-Infrastruktur zur Verfügung stellen. In den mit dem vorliegenden Gesetzentwurf adressierten Fallkonstellationen

³⁸ Zöller KriPoZ 2021, 79 (81).

³⁹ BGHSt 1, 383; BGH, NStZ 1996, 285 (286); BGH, NJW 1998, 2913 (2914); Zöller, Strafrecht BT I, 2. Aufl. (2015), Rn. 54.

handelt es sich typischerweise um kommerzielle Geschäftsmodelle, die ihren Initiatoren möglichst schnell, anonym und unkompliziert sowie über einen möglichst langen Zeitraum möglichst hohe Gewinne einbringen sollen. Die **Gewerbsmäßigkeit** stellt daher in den hier in Rede stehenden Fallkonstellationen nicht den Ausnahme-, sondern den **Regelfall** dar. Ähnliches dürfte auch in Bezug auf das Merkmal der Bandenmitgliedschaft gelten. Als **Bande** gilt der Zusammenschluss von mindestens drei Personen, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im Einzelnen ungewisse Taten eines gewissen Deliktstyps zu begehen.⁴⁰ Wie das aktuelle Beispiel des Cyberbunkers von Traben-Trarbach belegt, in dem die Generalstaatsanwaltschaft Koblenz sogar gegen insgesamt acht Akteure Anklage erhoben hat, setzt der Betrieb einer weltweit verfügbaren Internet-Plattform schon aus organisatorischen, technischen und logistischen Gründen meist das Zusammenwirken von drei oder mehr Personen voraus, die untereinander durchaus durch eine Bandenmitgliedschaft verbunden sein können.

Nach **§ 127 Abs. 4 StGB-E** sollen derartige Verhaltensweisen sogar als **Verbrechen** behandelt werden, wenn der Betreiber der Handelsplattform beabsichtigt oder weiß, dass die Plattform den Zweck hat, Verbrechen zu ermöglichen oder zu fördern. Auch insoweit ist davon auszugehen, dass der Betreiber einer Plattform üblicherweise gut darüber informiert ist, was dort vor sich geht. Zudem wird es ihm schon mit Blick auf die damit für ihn verbundenen Vorteile (Gebühren, Provisionen, Kommissionen etc.) und seine damit korrespondierende Gewinnerzielungsabsicht regelmäßig darauf ankommen, mit seinen Dienstleistungen Straftaten zu ermöglichen oder zu fördern. Und unter den so ermöglichten oder geförderten Straftaten werden häufig auch Verbrechen sein, wenn man neben der – statistisch sicher zu vernachlässigenden – Vermittlung von Mordaufträgen, nur die Tatsache bedenkt, dass es sich etwa bei Betäubungsmittelstraftaten nach den §§ 29a, 30 und 30a BtMG um Verbrechen i.S. von § 12 Abs. 1 StGB handelt.

Insgesamt zeigt sich damit, dass die im Entwurf zur Begründung von Qualifikationen nach § 127 Abs. 3 und 4 StGB-E herangezogenen Merkmale beim Betreiben von kriminellen Handelsplattformen im Internet **gerade den Regelfall strafrechtlich relevanten Verhaltens abbilden**. Dies dürfte in der Strafrechtspraxis dazu führen, dass für den Grundtatbestand des § 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E im Verhältnis zu den Qualifikationstatbeständen nur ein vergleichsweise schmaler Anwendungsbereich verbleibt. Die Folge wäre die bereits angesprochene, nur notdürftig verdeckte,

⁴⁰ BGH, NStZ-RR 2013, 209; BGH, NStZ 2015, 648; Zöller, BT I, Rn. 84.

ungerechtfertigte und unverhältnismäßige Anhebung des Strafniveaus im Kampf gegen internetbasierte Kriminalität.⁴¹

V. Strafanwendungsrecht

Auch die ergänzend zur Einführung eines neuen § 127 StGB vorgeschlagene strafanwendungsrechtliche Ergänzung für bestimmte Auslandstaten durch § 5 Nr. 5b StGB-E vermag nicht vollends sachlich zu überzeugen. Zum einen ist im deutschen Strafanwendungsrecht bis heute **nicht eindeutig geklärt, wann gerade bei abstrakten Gefährdungsdelikten von einem Inlandsbezug bei ausländischem Tatort auszugehen ist.**⁴² Zum anderen bringt das Merkmal, dass der Täter – sofern er nicht Deutscher ist – seine Lebensgrundlage im Inland haben muss, wenig Rechtssicherheit, da das **Domizilprinzip keinen völkerrechtlich zweifelsfrei anerkannten Anknüpfungspunkt** für die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts darstellt.⁴³

VI. Wirkungslosigkeit strafprozessualer Ermittlungsinstrumente

Ein wesentlicher „Baustein“ im Gesetzentwurf der Bundesregierung ist schließlich eine begleitende **Ausweitung der strafprozessualen Befugnisse in Art. 2.** Danach sollen den Strafverfolgungsbehörden bei einem Anfangsverdacht für einen Qualifikationstatbestand nach § 127 Abs. 3 oder 4 StGB sämtliche Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen nach § 100a StPO und sämtliche Formen zur Erhebung von Verkehrsdaten nach § 100g StPO ermöglicht werden. Und selbst für die besonders eingriffsintensive Online-Durchsuchung nach § 100b StPO soll § 127 Abs. 3 und 4 StGB-E zur Anlasstat werden, sofern der Zweck der Handelsplattform auf die Förderung oder Ermöglichung von Straftaten ausgerichtet ist, die ihrerseits bereits im Straftatenkatalog des § 100b Abs. 2 StPO enthalten sind. Einmal mehr soll also mit der Schaffung eines zusätzlichen abstrakten Gefährdungsdelikts ein Hebel auch für die **zeitliche Vorverlagerung von strafprozessualen Eingriffsbefugnissen** geschaffen werden.

Auch mithilfe dieser Ausweitung strafprozessualer Ermittlungsbefugnisse wird jedoch das **zentrale Problem bei der Strafverfolgung von Betreibern krimineller Handelsplattformen im Internet nicht gelöst: die Identifizierung der Plattformbetreiber.**⁴⁴ Angesichts der insbesondere im Darknet eingesetzten

⁴¹ Zöller KriPoZ 2021, 79 (88).

⁴² Vgl. nur Zöller, in: AnwK-StGB, § 9 Rn. 17 ff. m.w.N.

⁴³ S. etwa Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. (2018), § 3 Rn. 82.

⁴⁴ So der treffende Hinweis von Bachmann/Arslan, NZWiSt 2019, 241 (246).

Anonymisierungs- und Verschlüsselungstechnologie⁴⁵ bleibt die ganz überwiegende Zahl der technikgestützten Ermittlungsmaßnahmen von vornherein aussichtslos.⁴⁶ Dies gilt insbesondere auch für „klassische“ Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen (§ 100a Abs. 1 S. 1 StPO) sowie Auskünfte über Verkehrsdaten (§ 100g StPO). Wenn man schlicht nicht weiß, wo sich im Internet aktive Kriminelle befinden und wer sich hinter ihren Pseudonymen verbirgt, dann lässt sich auch nichts überwachen. Insofern dürfte auch die in Art. 2 des Regierungsentwurfs vorgesehene Ausweitung der strafprozessualen Überwachungsmaßnahmen durch Aufnahme von § 127 Abs. 3 und 4 StGB-E in den Katalog der dort genannten Anlassstraftaten weitgehend **wirkungslos** bleiben.⁴⁷ Eine Ausnahme kann grundsätzlich nur für die sog. Quellen-Telekommunikationsüberwachung nach § 100a Abs. 1 S. 2 und 3 StPO sowie die Online-Durchsuchung nach § 100b StPO gelten, die gerade auf die Umgehung von Verschlüsselungen und digitalen Zugangssicherungen abzielen. Allerdings setzen diese Ermittlungsmethoden die Entwicklung und den Einsatz von sog. Staatstrojanern unter Ausnutzung von IT-Sicherheitslücken voraus und sind in der Praxis mit einem derart **hohen Aufwand** verbunden, dass sie sich selbst zur Aufklärung von über Internetplattformen abgewickelte Erscheinungsformen von schwerstkrimineller, z.B. der Vermittlung von Mordaufträgen, Betäubungsmittelgeschäften in massivem Ausmaß, schweren Fällen von Kinder- und Jugendpornografie oder Menschenhandel, mangels ausreichender staatlicher Ressourcen kaum durchführen lassen. Der Straftatenkatalog des § 127 Abs. 1 S. 3 StGB-E reicht aber noch deutlich darüber hinaus. Auch insofern ist zu befürchten, dass der vorliegend zu begutachtenden Gesetzentwurf lediglich „ins Blaue hinein“ Effektivitätssteigerungen bei der Bekämpfung von Cyberkriminalität verspricht, von denen höchst zweifelhaft ist, ob sich diese praktisch jemals erreichen lassen.

VI. Fazit

Das hier von der Bundesregierung verfolgte Gesetzgebungsvorhaben ist schon aus grundsätzlichen Erwägungen in seiner Gänze abzulehnen. Hierfür sprechen insbesondere die folgenden Gesichtspunkte:

- Es fehlt bereits an einer Regelungslücke, die durch die Einfügung eines neuen § 127 in das Strafgesetzbuch zu schließen wäre. Vielmehr genügt das geltende

⁴⁵ Hierzu etwa *Greco*, ZIS 2019, 435 (436 ff.); *Zöller*, KriPoZ 2019, 274 (275 f.).

⁴⁶ Vgl. *Schulze*, APuZ 2017, 23 ff.; *Krause*, NJW 2018, 678 (679); *Safferling*, DRiZ 2018, 206; *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241 (244); *Zöller*, KriPoZ 2019, 274 (276).

⁴⁷ Ebenfalls krit. bereits zum Bundesratsentwurf *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241 (247): „Bei realistischer Betrachtung dürfte der praktische Nutzen jedoch recht überschaubar sein...“.

deutsche Strafrecht vollkommen den Herausforderungen, die an die strafrechtliche Verfolgung von Personen zu stellen sind, die kriminelle Handelsplattformen im Internet betreiben oder entsprechende Server-Infrastrukturen bereitstellen.

- Ungeachtet dessen ist der Straftatenkatalog des § 127 Abs. 1 S. 3 StGB-E viel zu weit geraten und nicht auf typische Erscheinungsformen internetbasiert begangener Straftaten beschränkt. Jedenfalls im Zusammenspiel mit der weiten Vorverlagerung der Strafbarkeit durch die Schaffung eines abstrakten Gefährdungsdelikts verletzt die vorgeschlagene Gesetzesfassung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als spezifische Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips.
- Die Erschwerungsgründe der Qualifikationstatbestände in § 127 Abs. 3 und 4 StGB-E stellen in der Praxis nicht den Ausnahme-, sondern den Regelfall dar, sodass für den Grundtatbestand des § 127 Abs. 1 StGB-E nur ein geringer Anwendungsbereich verbleiben würde. Dies alles würde zu einer massiven Verschärfung des Strafniveaus im Vergleich zur bisherigen Rechtslage führen.
- Die vorgeschlagene Ergänzung des Strafanwendungsrechts in § 5 Nr. 5b StGB-E bleibt inhaltlich unklar und ist in Teilen völkerrechtlich bedenklich.
- Schließlich dürfte die vorgesehene Erweiterung der strafprozessualen Eingriffsbefugnisse in der Ermittlungspraxis weitgehend wirkungslos bleiben.

Insofern **ist dringend zu empfehlen, von dem Gesetzesvorhaben insgesamt Abstand zu nehmen**. Konkrete Änderungsvorschläge im Detail erübrigen sich damit. Den unproblematischen Ausweg bietet insoweit die treffende Formulierung im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD aus dem Jahr 2017. Dort heißt es zu Recht wie folgt: „Wo Strafbarkeitslücken bestehen, werden wir eine Strafbarkeit für das Betreiben krimineller Infrastrukturen einführen, um speziell im Internet eine Ahndung von Delikten wie z.B. das Betreiben eines Darknet-Handelsplatzes für kriminelle Waren und Dienstleistungen einzuführen.“ Entscheidend sind die ersten drei Worte dieser Formulierung („Wo Strafbarkeitslücken bestehen...“). Diese Strafbarkeitslücken sind schlicht nicht vorhanden.

München, den 29. April 2021