

**Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung
im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
des Deutschen Bundestages am 3. Mai 2021**

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

I. Strafbarkeit des Plattformbetreibers de lege lata und bestehende Lücken

Im Juli 2016 tötete ein 18-Jähriger im Rahmen eines Attentats beim Münchner Olympia-Einkaufszentrum neun Menschen und verletzte weitere fünf durch Schüsse, bevor er sich im Zuge der anschließenden Festnahme selbst tötete. Die Tatwaffe mit über 500 Schuss Munition hatte er bei einem Waffenhändler im sog. „Darknet“ über eine Plattform erworben. Der Verkäufer der Tatwaffe wurde vom LG München I u.a. wegen fahrlässiger Tötung sowie Verstößen gegen das KrWaffG und das WaffG zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt.¹ Das LG Karlsruhe verurteilte den Betreiber der Plattform u.a. wegen fahrlässiger Tötung sowie Beihilfe zu den Waffendelikten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren.² Gerade dieser Fall zeigt instruktiv, inwiefern Strafbarkeitslücken bestehen und inwieweit § 127 StGB-E diese schließen bzw. nicht schließen würde.

Blickt man auf die vorstehende Tat, sind drei Tatstufen voneinander abzuschichten: *Erstens* das Betreiben der Plattform, *zweitens* der Verkauf der Waffe über die Plattform und *drittens* die Begehung der Tat mittels der über die Plattform erworbenen Waffe.

1. Das Betreiben der Plattform

Das bloße Betreiben einer Plattform, die kriminellen Zwecken dient, ist als solches derzeit nicht strafbar. Diese Lücke möchte der Entwurf schließen. Bedeutung hat dies vor allem für Fälle, in denen auf den nächsten beiden Stufen Strafbarkeitslücken bestehen. Dies bringt der Entwurf auch mit der vorgesehenen Subsidiaritätsklausel zum Ausdruck, wonach die Vorschrift auf Konkurrenzebene zurücktreten soll, wenn die Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

¹ LG München I BeckRS 2018, 5795.

² LG Karlsruhe StV 2019, 400 ff.

2. Beteiligung an Straftaten im unmittelbaren Zusammenhang mit der Plattform

Was eine Beteiligung an konkreten Straftaten anbelangt, die im Zuge von Veräußerungsgeschäften auf der Plattform begangen werden, mag im Einzelfall eine Beihilfe zu diesen Taten in Betracht kommen. So nahm etwa das LG Karlsruhe im Falle des Verkaufs der Waffe für das Münchener Attentat an, dass sich der Betreiber wegen Beihilfe zu den waffenrechtlichen Straftaten des Verkäufers strafbar gemacht hat.³ Allerdings kann gerade bei vollautomatischen Plattformen – wie der Entwurf zu Recht hervorhebt⁴ – im Einzelfall der notwendige Gehilfenvorsatz fehlen, wenn es praktisch an jeglicher Konkretisierung fehlt.⁵

3. Beteiligung an Straftaten, die im Anschluss an das Plattformgeschäft begangen werden

Eine Beihilfe zu Taten auf der dritten Stufe – im Münchner Fall die Tötungsdelikte im Rahmen des Attentats – ist regelmäßig zu vernein, da sich der Vorsatz zur Tötung eines Menschen kaum erweisen lassen wird, da der illegale Kauf einer Waffe aus ganz unterschiedlichen Motiven heraus erfolgen kann.⁶ Insoweit kann – wiederum abhängig von den Umständen des Einzelfalles – etwa beim Verkauf von Waffen eine Strafbarkeit des Plattformbetreibers wegen fahrlässiger Tatbegehung in Betracht kommen, wenngleich auch das nicht unstreitig ist.⁷ Damit bleiben aber im Einzelfall Lücken bzw. Unsicherheiten hinsichtlich der Strafbarkeit bestehen.

3. Angesichts dessen, dass eine Strafbarkeit des Plattformbetreibers auf den Stufen zwei und drei nicht immer gegeben sein bzw. sich nicht nachweisen lassen wird, ist es vertretbar, die Strafbarkeit bereits an das Betreiben einer kriminellen Zwecken dienenden Plattform zu knüpfen. Da § 127 StGB-E weder die Beteiligung an einer Tat noch ein bloßes Vorschubleisten verlangt,⁸ kommt der Vorschrift als abstraktes Gefährdungsdelikt präventive Wirkung zu. Da das Unrecht der später begangenen Straftaten unerheblich ist, liegt das zu schützende Rechtsgut in der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, da einem unbegrenzten Adressatenkreis Waren und Dienstleistungen zugänglich gemacht werden.⁹ Die Legitimation der Strafbarkeit liegt letztlich darin begründet, dass die Plattform kriminellen Zwecken dient. Hingegen stellt das bloße Betreiben einer Plattform, die nicht der Förderung von

³ LG Karlsruhe StV 2019, 400 ff.

⁴ BT-Drs. 19/28175, S. 8.

⁵ Freilich ist zu beachten, dass der Gehilfenvorsatz „weit“ gefasst ist; vgl. auch die Stellungnahme des kriminalpolitischen Kreises (KriK), S. 2.

⁶ Vgl. auch LG Karlsruhe StV 2019, 400 (402); näher *Greco*, ZIS 2019, 435 (443 ff.).

⁷ Ablehnend *Ceffinato*, JuS 2017, 403 (407 f.); *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 85. Der Schutzzweck des Waffenrechts liegt aber gerade darin, dass rechtswidrig erworbene Waffen vom Käufer nicht zur Schädigung Dritter eingesetzt werden; daher kann beim Plattformbetreiber ebenso wie beim Verkäufer die objektive Zurechnung und damit eine Strafbarkeit im Einzelfall bejaht werden; LG Karlsruhe StV 2019, 400 (404) LG München I BeckRS 2018, 5795 Rn. 678; *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241 (244); *Greco*, ZIS 2019, 435 (448 f.).

⁸ Vgl. auch *Gerhold*, ZRP 2021, 44.

⁹ BT-Drs. 19/9508, S. 11.

Straftaten dient, sondern von Usern im Einzelfall nur hierzu ausgenutzt wird, als bloße sog. neutrale Beihilfe¹⁰ kein strafwürdiges Unrecht dar¹¹ und ist daher von § 127 StGB-E zu Recht aus dem Anwendungsbereich herausgenommen.

II. Vereinbarkeit mit den Haftungsprivilegierungen nach Telemediengesetz und der Richtlinie über den elektronischen Rechtsverkehr (Richtlinie 2000/31/ EG)

Gegen die Einführung einer Strafbarkeit des Betriebes krimineller Handelsplattformen wird mitunter eingewendet, dass dies nicht mit den Haftungsprivilegierungen des TMG und daher auch nicht mit der Richtlinie über den elektronischen Rechtsverkehr in Einklang stünde.¹² Das überzeugt jedoch nicht. Richtigerweise verstößt § 127 StGB-E nicht gegen Art. 3 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31/ EG, da kriminelle Plattformen schon vom Regelungszweck nicht erfasst werden, jedenfalls aber ein Abweichen vom Herkunftslandprinzip über Art. 3 Abs. 4 und Abs. 5 RL zur Bekämpfung von Straftaten gerechtfertigt ist.¹³

Diese Sichtweise bestätigt nunmehr auch der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen in einem aktuellen Vorlageverfahren des BGH zum EuGH.¹⁴ In diesem Fall ermöglichte es der Betreiber einer Internetvideoplattform, dass Nutzer Videos mit urheberrechtlich geschützten Inhalten ohne Zustimmung der Rechtsinhaber öffentlich zugänglich machten. Die zweite Vorlagefrage zum EuGH lautet: Fällt die Tätigkeit des Betreibers einer Internetvideoplattform unter den in Frage 1 beschriebenen Umständen in den Anwendungsbereich von Art. 14 Abs. 1 der [Richtlinie 2000/31]? Der Generalanwalt führt insoweit aus: *„Um dies zu erreichen, ist es aber nicht erforderlich, ein solches Verhalten in den Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 einzubeziehen. Nach meiner Auffassung kann und muss eine Antwort auf diese Verhaltensweisen in den Vorschriften der Mitgliedstaaten über die zivilrechtliche Haftung oder gar in ihrem Strafrecht gefunden werden. Die von mir vorgeschlagene Auslegung lässt die Urheber somit in dieser Hinsicht nicht schutzlos.“*¹⁵

Blickt man auf Art. 14 der Richtlinie sowie auf die Umsetzung im Telemediengesetz, so würde das Bereitstellen einer kriminellen Infrastruktur auch inhaltlich keiner Haftungsfreistellung unterfallen.¹⁶ Nach § 10 S. 1 Nr. 1 TMG (Art. 14 Abs. 1 RL) sind

¹⁰ Zu dieser nur *Eisele*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 26 Rn. 111 ff.

¹¹ Daher insoweit eine Beihilfe hinsichtlich des bloßen Betriebes verneinend LG Karlsruhe StV 2019, 400 (401); umgekehrt ist bei kriminellen Plattformen gerade keine neutrale Beihilfe anzunehmen, vgl. *Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112 (114 ff.).

¹² Siehe *Gerhold*, ZRP 2021, 44 (45 ff.).

¹³ Zutreffend die Einschätzung BT-Drs. 19/28175, S. 10 f.; zu dieser Problematik auch *Holzner*, CR 2021, 123 (124).

¹⁴ Verbundene Rechtssachen C-682/18 und C-683/18, ECLI:EU:C:2020:586, Vorabentscheidungsersuchen des Bundesgerichtshofs (Deutschland).

¹⁵ Schlussantrag Rn. 105.

¹⁶ Im Ergebnis auch *Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112 (114 ff.).

Hosting-Provider für fremde Informationen, die sie für einen Nutzer speichern, (nur) dann nicht verantwortlich, wenn sie keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information haben. Eine Pflicht zur (proaktiven) Suche nach rechtswidrigen Inhalten – etwa mit Hilfe eines Filtersystems – besteht gemäß § 7 Abs. 2 TMG (Art. 15 Abs. 2 RL) dabei nicht.¹⁷ Hintergrund für diese Privilegierung ist, dass der Provider lediglich Speicherplatz anbietet.¹⁸ Wenn die Plattform jedoch von Anfang an primär zu kriminellen Zwecken errichtet wurde¹⁹ oder wie im Fall des Münchner Attentäters der Betreiber eine entsprechende illegale Kategorie auf der Plattform schafft, kann man die Haftungsprivilegierung bereits nach § 7 Abs. 1 TMG versagen, soweit sich der Anbieter die kriminellen Inhalte im Einzelfall durch bewusste Übernahme zu eigen macht²⁰ oder jedenfalls die Privilegierung des § 10 TMG verneinen, wenn über das rein privilegierte Hosting hinaus, d.h. das Anbieten von Speicherplatz, weitere Handlungen des Betreibers – wie die Schaffung oder Aufrechterhaltung von kriminellen Zwecken dienenden Kategorien – hinzukommen.²¹ Letztlich wird man in diesen Fällen auch die erforderliche positive Kenntnis voraussetzen können, wenn die Plattform gerade auf solche kriminelle Zwecke ausgerichtet ist.²² Damit hinreichende Kenntnis vorliegt, muss der Anbieter nach h.M. zumindest die Fundstelle der rechtswidrigen Information kennen,²³ was aber gerade der Fall ist, wenn er weiß, dass in einzelnen von ihm geschaffenen Bereichen kriminelle Inhalte vorhanden sind.

Damit bleibt festzuhalten, dass § 127 StGB-E mit den Haftungserleichterungen für Provider auch dann vereinbar ist, wenn man Plattformen, die kriminellen Zwecken dienen, nicht von vornherein aus dem Bereich der Richtlinie und den Regelungen des TMG herausnimmt. Im Übrigen überrascht es, dass teilweise vertreten wird, dass die in § 127 StGB-E enthaltenen Verhaltensweisen schon de lege lata als Beihilfetaten strafbar wären und daher die Vorschrift unnötig wäre, andererseits aber für § 127 StGB-E eine Unvereinbarkeit mit europäischem Recht angenommen wird. Denn dies müsste dann ja konsequenterweise auch für die (angeblich) identische, bereits bestehende Beihilfestrafbarkeit gelten.

¹⁷ EuGH Urt. v. 16.2.2012 – C-360/10, Abl. EU 2012 C 98, 6 f. Nr. 33 ff.; LG Oldenburg NStZ 2011, 655 (656).

¹⁸ So ausdrücklich *Bode*, ZStW 127 (2016), 937 (981).

¹⁹ So formuliert der BGH bei Urheberverletzungen umgekehrt: „Das Geschäftsmodell der Beklagten ist nicht von vornherein auf Rechtsverletzungen angelegt. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass legale Nutzungsmöglichkeiten des Dienstes der Beklagten, für die ein beträchtliches technisches und wirtschaftliches Bedürfnis besteht, in großer Zahl vorhanden und üblich sind“; vgl. BGH ZUM-RD 2013, 514 (517); *Bode*, ZStW 127 (2016), 937 (984 f.).

²⁰ Vgl. nur BGH NJW 2008, 1882 (1883 f.); *Greco*, ZIS 2019, 435 (448).

²¹ Anders aber *Gerhold*, ZRP 2021, 44 (45).

²² Vgl. auch *Greco*, ZIS 2019, 435 (448).

²³ *Eisele*, Computer- und Medienstrafrecht, 2013, § 4 Rn. 17; *Kudlich*, JA 2002, 798 (801).

III. Die Regelung des § 127 StGB-E im Einzelnen

1. Erfasste Handelsplattformen

a) Der Begriff der Handelsplattform („virtuelle Infrastruktur“) und der Server-Infrastruktur

Die Verwendung des Begriffes „Handelsplattform“ als virtuelle Infrastruktur überzeugt in der Sache.²⁴ Freilich könnte man auch von „digitaler“ Infrastruktur sprechen. Der Begriff der Plattform findet bereits in § 1 Abs. 1 Netzwerkdurchsetzungsgesetz Verwendung. In § 127 Abs. 2 StGB-E wird der Begriff zudem durch die dort enthaltene Legaldefinition konturiert. Der Begriff des Handels wird mit Recht weit gefasst, so dass es weder auf einen kommerziellen Handel noch eine Gewinnerzielungsabsicht ankommt.²⁵ Im Hinblick auf die von § 127 Abs. 1 S. 2 StGB-E erfassten Delikte ist es konsequent, „Menschen“ (vgl. etwa §§ 232 ff. StGB) miteinzubeziehen. Problematischer ist dies hinsichtlich „Inhalten“, da damit auch internetbasierte Kommunikation, die dem Meinungs austausch dient, erfasst werden könnte und hier am ehesten eine zu weite Ausdehnung der Strafbarkeit im Raume steht. Soweit eine solche Kommunikation kriminellen Geschäften mit Menschen, Waren oder Dienstleistungen dient, würde diese bereits über diese Begriffe hinreichend erfasst. Soweit mit dem Begriff „Inhalt“ Kinder- oder Jugendpornografie (vgl. etwa §§ 184b, 184 c StGB) erfasst werden soll, kann man diese aber auch unter den Begriff „Waren“ subsumieren. In § 298 StGB wird der Warenbegriff etwa sehr weit verstanden, erfasst wird prinzipiell alles, was Gegenstand des Wirtschaftsverkehrs sein kann; Körperlichkeit ist gerade nicht erforderlich.²⁶

b) Einbeziehung von frei zugänglichen Handelsplattformen

Zutreffend ist, dass – anders als noch im Bundesratsentwurf²⁷ – keine „technische Vorkehrung“ als Zugangshindernis verlangt wird.²⁸ Dass die Verwendung des sog. Tor-Browsers, der auf dem Mozilla-Firefox-Browser aufbaut, dort bereits als solche angesehen wurde, verkannte die technischen Gegebenheiten, da dieser von jedermann rechtmäßig binnen kürzester Zeit auf dem Rechner installiert werden kann. Zudem ist nicht ersichtlich, warum derjenige, der Plattformen für illegale Waren oder Dienstleistungen ohne jegliche Barrieren und damit für Straftäter leicht zugänglich anbietet, privilegiert werden sollte.

²⁴ Die Bedenken in der Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 19/28175, S. 18, teile ich nicht.

²⁵ BT-Drs. 19/28175, S. 14.

²⁶ Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 298 Rn. 10.

²⁷ Gesetzentwurf des Bundesrates, BT-Drs. 19/9508; zur Kritik Kusche, JZ 2021, 27 (28).

²⁸ BT-Drs. 19/28175, S. 14.

c) Ausrichtung des Zwecks auf die Ermöglichung oder Förderung von rechtswidrigen Taten und subjektiver Tatbestand

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, dass die Regelung mit Recht Plattformen ausklammert, die von einzelnen Nutzern lediglich im Einzelfall zu Straftaten missbraucht werden, indem etwa verbotswidrige Käufe abgewickelt oder Betrugsstraftaten begangen werden.²⁹ Dies folgt bereits aus dem Wortlaut, wonach der Zweck der Plattform auf die Ermöglichung oder Förderung von Straftaten „ausgerichtet“ sein muss. Dies kann zwar auch durch eine spätere Umstrukturierung oder Umwidmung der Plattform durch den Betreiber erfolgen, ansonsten entspricht die Straffreiheit aber der Haftungsprivilegierung des § 10 S. 1 Nr. 1 TMG.

Der kriminelle Zweck („Handelsplattform..., deren Zweck darauf ausgerichtet ist, die Begehung von rechtswidrigen Taten zu ermöglichen oder zu fördern“) ist ein objektives Tatbestandsmerkmal, das zumindest vom Eventualvorsatz erfasst sein muss.³⁰ Es kann allerdings entgegen der Begründung³¹ nicht in Anlehnung an die kriminelle Vereinigung nach § 129 StGB bestimmt werden, denn dort beruht die Zwecksetzung auf der Willensübereinstimmung der Beteiligten zur Begehung von Straftaten. Zwischen dem Plattformbetreiber und den Anbietern bedarf es jedoch gerade keiner Willensübereinstimmung, andernfalls bereits eine Beteiligungsstrafbarkeit hinsichtlich der Verkäufe anzunehmen wäre. Richtigerweise hat eine Orientierung an § 202c Abs. 1 Nr. 2 StGB aus dem Computerstrafrecht zu erfolgen. Dort werden Computerprogramme erfasst, deren Zweck die Begehung einer Straftat nach § 202a oder § 202b StGB ist. Insoweit kommt es nach h.M. auf eine „verobjektivierte“ Zwecksetzung³² an, so dass nicht allein der subjektive Wille des Betreibers maßgeblich ist.³³ Die Plattform muss m.E. demnach vom Betreiber dem kriminellen Zweck gewidmet sein („ausgerichtet“) und dieser Zweck muss sich sodann nach außen manifestieren. Anhaltspunkte für die notwendige Gesamtschau zur Bestimmung des Zwecks können neben der Struktur und den Kategorien der Plattform³⁴ sein, dass die Nutzung nur für registrierte Personen und nur anonym erfolgen und nur mit der virtuellen Währung Bitcoin gezahlt werden kann, sodass illegale Verkäufe ersichtlich verschleiert werden sollten.³⁵ Hingegen wird man mit der Heranziehung des Darknets oder Deep Web als Indiz für den illegalen Zweck entgegen der Begründung³⁶ zurückhaltend sein müssen, da auch dort in großen Teilen legale Inhalte geboten werden.

²⁹ BT-Drs. 19/28175, S. 13.

³⁰ BT-Drs. 19/28175, S. 14.

³¹ Vgl. aber BT-Drs. 19/28175, S. 14.

³² Vgl. BT-Drs. 16/3656 S. 12; BVerfG ZUM 2009, 745 f.; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 201a Rn. 4;

³³ Zu § 127 StGB-E auch *Eisele*, FS Sieber (im Erscheinen); *Kusche*, JZ 2021, 27 (29 ff.).

³⁴ BT-Drs. 19/28175, S. 13; *Kusche*, JZ 2021, 27 (32).

³⁵ LG Karlsruhe StV 2019, 400 (402); ferner *Safferling/Rückert*, in: Analysen und Argumente, 2018, Ausgabe 291, 1 (10)

³⁶ Vgl. aber BT-Drs. 19/28175, S. 13.

Da die kriminelle „Ausrichtung“ der Plattform von einer Zwecksetzung bzw. Widmung des Betreibers getragen sein muss, weil das Merkmal „ausgerichtet“ nach dem Wortlaut ein finales Element in sich trägt, dürften Fälle des Eventualvorsatzes keine praktische Bedeutung erlangen. Ähnlich wie in § 127 Abs. 1 S. 2 StGB-E könnte man daher absichtliches oder wissentliches Handeln verlangen.³⁷ Dies hätte zudem den Vorteil einer Eingrenzung, wenn sogleich (d) eine Erweiterung des Tatbestandes vorgeschlagen wird. Zudem würde damit nochmals der Gleichlauf mit § 10 TMG („Kenntnis“) betont. Dass dies regelungstechnisch kein Problem ist, zeigt die entsprechende Formulierung für die Qualifikation des § 127 Abs. 4 StGB-E.

d) Ausrichtung der (gesamten) Plattform auf einen kriminellen Zweck

Einerseits erscheint es verständlich, dass nur einzelne rechtswidrige Taten, die ohne Beteiligung des Betreibers über dessen Handelsplattform abgewickelt werden, der Plattform keinen kriminellen Zweck verleihen. Andererseits muss man sehen, dass der kriminelle Zweck der Plattform leicht dadurch umgangen werden könnte, dass ein großes legales Umfeld um einige, wenige kriminelle Kategorien gebaut wird. An diesem Punkt ist § 127 StGB-E aus meiner Sicht zu eng. Die Plattform „Deutschland im Deep Web“, über die der Waffenkauf für das Münchner Attentat abgewickelt wurde, war ganz überwiegend ein Kommunikationsforum mit legalen Inhalten; Unterstrukturen zu kriminellen Zwecken waren nur vereinzelt vorhanden, so dass § 127 StGB-E diesen Fall wohl gar nicht erfasst hätte, da die Plattform nicht (überwiegend) auf Straftaten ausgerichtet war. Daher sollten m.E. auch einzelne, bewusst vom Betreiber angelegte kriminelle Unterstrukturen der Plattform in die Strafbarkeit einbezogen werden.³⁸ Die notwendige Eingrenzung hierfür könnte dadurch erreicht werden, dass nur absichtliches und wissentliches Handeln einbezogen ist (schon c).

Dies könnte wie folgt formuliert werden: *Wer absichtlich oder wissentlich eine Handelsplattform im Internet betreibt, deren Zweck insgesamt **oder in einzelnen Teilen** (oder Kategorien) darauf ausgerichtet ist, die Begehung von rechtswidrigen Taten zu ermöglichen oder zu fördern, wird (...) bestraft.*

Durch das Wort „ausgerichtet“ und das Erfordernis von *dolus directus* würde eine hinreichende Beschränkung auch für einzelne Kategorien erreicht, weil diese gerade der Ermöglichung oder Förderung rechtswidriger Taten „gewidmet“ und die Absicht bzw. das Wissen des Betreibers auf die jeweiligen kriminellen Kategorien gerichtet sein müssen.

³⁷ Für eine Beschränkung auf Absicht plädiert *Kusche*, JZ 2021, 27 (34).

³⁸ Im Ergebnis wohl auch *Kusche*, JZ 2021, 27 (32).

e) Gleichstellung von Server-Infrastrukturen nach § 127 Abs. 1 S. 2 StGB-E

Mit dem Bereitstellen von Server-Infrastrukturen nach § 127 Abs. 1 S. 2 StGB-E für Taten i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E wird dem Betreiben der Handelsplattform die vorgelagerte Unterstützung gleichgestellt und damit im Sinne einer vertatbestandlichen Beihilfe täterschaftlich sanktioniert. Insoweit bleibt allerdings unklar, ob es um die reine Bereitstellung von Hardware gehen soll oder prinzipiell auch Hosting-Provider erfasst sein sollen. Zutreffend wird im subjektiven Tatbestand nur *dolus directus* 1. und 2. Grades erfasst, so dass Eventualvorsatz ausgeschlossen ist. Dies entspricht der Regelung des § 10 TMG und den europarechtlichen Vorgaben, da das bloße Anbieten von Speicherplatz privilegiert ist und nur bei positiver Kenntnis vom rechtswidrigen Inhalt eine Haftung zu begründen vermag. Sollten diese Anforderungen erfüllt sein, wird im Falle einer Tat nach § 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E allerdings immer eine Beihilfe vorliegen und diese auch nachzuweisen sein. Fehlt es hieran, so würde § 127 StGB-E auch die versuchte Beihilfe pönalisieren, was aber m.E. nicht zwingend geboten ist.

2. Katalog der rechtswidrigen Taten

Zutreffend sind Verbrechen als schwerwiegende Straftaten grundsätzlich in den Katalog des § 127 Abs. 1 S. 3 StGB-E einbezogen. Im Übrigen ist die vom Bundesrat geforderte Einbeziehung von Taten nach §§ 242 ff., 253 und § 261 StGB, §§ 106 bis 108a UrhG sowie § 20 Abs. 1 Nr. 5 VereinsG³⁹ abzulehnen. Hinsichtlich des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Kinderpornografie sind die jüngsten Reformen zu berücksichtigen, so dass diese Taten – sofern nunmehr Verbrechen – bereits ohne explizite Nennung einbezogen sind. Die Einbeziehung des illegalen Kulturgüterhandels nach § 83 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5, Abs. 4 Kulturgutschutzgesetz ist hingegen sinnvoll.⁴⁰

3. Qualifikationen

a) Die Qualifikationen für Gewerbsmäßigkeit und Bandenmitgliedschaft folgen dem üblichen Konzept im StGB. Ebenso ist es gut vertretbar, Plattformen einzubeziehen, die auf die Ermöglichung oder Förderung von Verbrechen ausgerichtet sind und auf denen vor allem Verbrechen als Dienstleistung (z.B. „Auftragskiller“) angeboten werden. Angesichts des hohen Strafrahmens mit Verbrechenscharakter ist die Beschränkung auf *dolus directus* 1. und 2. Grades sinnvoll. Jedoch stellt sich auch hier die Frage, ob die Plattform insgesamt auf die Ermöglichung oder Förderung von Verbrechen ausgerichtet sein muss, was nur selten der Fall wäre und auch hinsichtlich des Vorsatzes kaum nachweisbar wäre. Deshalb muss es m.E. auch hier genügen, dass gerade einzelne Unterstrukturen der Plattform auf Verbrechen ausgerichtet sind. Denn ansonsten wäre von der Qualifikation derjenige nicht

³⁹ BT-Drs. 19/28175, S. 21.

⁴⁰ Siehe auch BT-Drs. 19/28175, S. 29.

erfasst, der bewusst eine Unterkategorie für Auftragsmorde schafft, während die Plattform im Übrigen aber nur Vergehen betrifft. Damit liefe die Qualifikation weitgehend leer.

b) Die Schaffung einer gesonderten Qualifikation für Taten nach § 184b StGB mit kinderpornografischen Inhalten mit einer Mindestfreiheitsstrafe von zwei Jahren – wie vom Bundesrat gefordert⁴¹ – ist zu hoch gegriffen und führt zu Friktionen gegenüber anderen schweren Verbrechen.⁴² Entsprechende Fälle können über § 127 Abs. 3 StGB-E sachgerecht erfasst werden.

4. Subsidiaritätsklausel

Nach der vorgesehenen Subsidiaritätsklausel soll die Vorschrift auf Konkurrenzebene im Wege sog. formeller Subsidiarität zurücktreten, wenn die Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. Dabei muss man sehen, dass die Subsidiaritätsklausel keine Bedeutung erlangen würde, wenn man allein in der Errichtung der Handelsplattform den Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit sehen würde, da eine Strafbarkeit wegen Beteiligung an den späteren kriminellen Geschäften erst zeitlich mit großem Abstand erfolgen wird. Sinn erhält die Klausel nur dann, wenn man das Betreiben der Plattform durch Aufrechterhaltung der Infrastruktur als Dauerdelikt versteht, so dass das Betreiben zeitlich mit der Begehung der einzelnen Taten einhergeht.

5. Auslandssachverhalte und Strafanwendungsrecht

Da Handelsplattformen ihren Standort im Ausland haben können, ist die Erweiterung im Hinblick auf das Strafanwendungsrecht nach § 5 Nr. 5a lit. b StGB-E zu begrüßen. Denn nach neuerer Rechtsprechung haben abstrakte Gefährdungsdelikte und Eignungsdelikte keinen Erfolg i.S.d. § 9 StGB, so dass bei reinen Auslandshandlungen keine Inlandstat i.S.d. § 3 StGB vorliegen kann.⁴³ Zutreffend wird entsprechend der Konzeption des § 5 StGB und der amtlichen Überschrift „Auslandstaten mit besonderem Inlandsbezug“ jedoch ein inländischer Anknüpfungspunkt in Form des aktiven Personalitäts- bzw. Domizilprinzips verlangt, um dem völkerrechtlichen Nichteinmischungsgrundsatz Rechnung zu tragen.⁴⁴ Dies entspricht etwa auch der Lösung für § 86 a StGB in § 5 Nr. 3b StGB.

Auch wenn das zusätzliche Erfordernis aufgenommen ist, dass die Plattform darauf ausgerichtet sein muss, die Begehung von rechtswidrigen Taten im Inland zu ermöglichen oder zu fördern, würde ohne den zusätzlichen personellen

⁴¹ BT-Drs. 19/28175, S. 20 ff.

⁴² BT-Drs. 19/28175, S. 29.

⁴³ BGH NStZ 2015, 81 f. zu § 86a; BGH NStZ 2017, 146 (147) zu § 130 III; BGH NJW 2018, 2742 (2743) zu § 261; OLG Hamm NStZ-RR 2018, 292 (293) zu § 130 I; anders noch BGHSt 46, 212 (220 ff.).

⁴⁴ Insb. BT-Drs. 19/28175, S. 26, Gegenäußerung der Bundesregierung.

Anknüpfungspunkt de facto allein das Betreiben einer Plattform im Ausland der deutschen Strafgewalt unterliegen. Damit würde es sich letztlich um die Einführung eines (versteckten) Weltrechtsprinzips handeln. Denn wenn die Plattform keine Zugangsbeschränkung enthält, können entsprechende Leistungen über die Plattform regelmäßig auch im Inland erworben werden. Ausgenommen vom deutschen Strafanwendungsrecht wären lediglich rein national begrenzte Plattformen im Ausland. Damit ist entgegen der Stellungnahme des Bundesrates⁴⁵ dieser Fall nicht mit § 5 Nr. 10a StGB vergleichbar, der beim Sportwettenbetrug daran anknüpft, dass sich die Tat auf einen Wettbewerb bezieht, der im Inland stattfindet. Denn insoweit gibt es für die jeweilige Sportwette über einen konkreten Wettbewerb gerade einen klaren Bezugspunkt im Inland, während der Handel über die Plattform sich auch auf das Inland beziehen kann, aber keineswegs explizit muss.

6. Strafprozessuale Befugnisse

Auch wenn man grundsätzlich einer Ausdehnung strafprozessualer Befugnisse (Telekommunikationsüberwachung, Online-Durchsuchung und Verkehrsdatenerhebung) skeptisch gegenübersteht, so handelt es sich bei digitalen Plattformen doch um praktisch sinnvolle Maßnahmen, da ansonsten die Ermittlungen deutlich erschwert wären.

Entscheidend ist auch hier, dass die Ausrichtung auf einen kriminellen Zweck von der nach Außen tretenden Widmung des Betreibers abhängig gemacht wird. Wird zudem der Tatbestand auf absichtliches und wissentliches Handeln beschränkt, so besteht nicht die Gefahr, dass dem Betreiber de facto die Pflicht zur proaktiven Suche nach rechtswidrigen Inhalten auferlegt wird, weil ansonsten die Gefahr eines Anfangsverdachts entstünde. Eine derartige Eingrenzung dient damit zugleich der Wahrung der verfassungsrechtlichen Grundlagen.

Bei der Onlinedurchsuchung nach § 100b StPO stellt sich freilich nach der Formulierung erneut das Problem, ob es nicht ausreichen muss, dass sich nur einzelne Unterstrukturen der Plattform auf die Katalogtaten beziehen, da andernfalls die Regelung weitgehend leerlaufen würde, weil selten die gesamte Plattform sich auf Katalogtaten beziehen wird.

⁴⁵ BT-Drs. 19/28175, S. 20.