



Deutscher Bundestag

Ausschuss für Recht und
Verbraucherschutz

Wortprotokoll der 146. Sitzung

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Berlin, den 3. Mai 2021, 14:00 Uhr

Berlin, Paul-Löbe-Haus, Saal 2.600

Vorsitz: Stellvertretender Vorsitzender
Dr. Heribert Hirte, MdB

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Einziges Tagesordnungspunkt

Seite 8

Gesetzentwurf der Bundesregierung

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

BT-Drucksache 19/28175

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:

Ausschuss für Inneres und Heimat

Gutachtlich:

Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

Berichterstatter/in:

Abg. Ingmar Jung [CDU/CSU]

Abg. Florian Post [SPD]

Abg. Roman Johannes Reusch [AfD]

Abg. Dr. Jürgen Martens [FDP]

Abg. Friedrich Straetmanns [DIE LINKE.]

Abg. Canan Bayram [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



Teilnehmende Abgeordnete	Seite 3
Sprechregister Abgeordnete	Seite 5
Sprechregister Sachverständige	Seite 6
Anlagen:	
Stellungnahmen der Sachverständigen	Seite 31

**Mitglieder des Ausschusses**

	Ordentliche Mitglieder	Unter- schrift	Stellvertretende Mitglieder	Unter- schrift
CDU/CSU	Heil, Mechthild	<input type="checkbox"/>	Amthor, Philipp	<input type="checkbox"/>
	Heveling, Ansgar	<input type="checkbox"/>	Frei, Thorsten	<input type="checkbox"/>
	Hirte, Dr. Heribert	<input checked="" type="checkbox"/>	Gutting, Olav	<input type="checkbox"/>
	Hoffmann, Alexander	<input type="checkbox"/>	Hauer, Matthias	<input type="checkbox"/>
	Jung, Ingmar	<input checked="" type="checkbox"/>	Launert, Dr. Silke	<input type="checkbox"/>
	Lehrieder, Paul	<input type="checkbox"/>	Lindholz, Andrea	<input type="checkbox"/>
	Luczak, Dr. Jan-Marco	<input type="checkbox"/>	Maag, Karin	<input type="checkbox"/>
	Müller, Axel	<input checked="" type="checkbox"/>	Middelberg, Dr. Mathias	<input type="checkbox"/>
	Müller (Braunschweig), Carsten	<input checked="" type="checkbox"/>	Nicolaisen, Petra	<input type="checkbox"/>
	Oellers, Wilfried	<input type="checkbox"/>	Noll, Michaela	<input type="checkbox"/>
	Sensburg, Dr. Patrick	<input type="checkbox"/>	Schipanski, Tankred	<input type="checkbox"/>
	Steineke, Sebastian	<input type="checkbox"/>	Throm, Alexander	<input type="checkbox"/>
	Thies, Hans-Jürgen	<input type="checkbox"/>	Vries, Kees de	<input type="checkbox"/>
	Ullrich, Dr. Volker	<input type="checkbox"/>	Weisgerber, Dr. Anja	<input type="checkbox"/>
	Warken, Nina	<input type="checkbox"/>		
Wellenreuther, Ingo	<input type="checkbox"/>			
SPD	Brunner, Dr. Karl-Heinz	<input type="checkbox"/>	Miersch, Dr. Matthias	<input type="checkbox"/>
	Dilcher, Esther	<input type="checkbox"/>	Müller, Bettina	<input type="checkbox"/>
	Fechner, Dr. Johannes	<input checked="" type="checkbox"/>	Nissen, Ulli	<input type="checkbox"/>
	Groß, Michael	<input type="checkbox"/>	Özdemir (Duisburg), Mahmut	<input type="checkbox"/>
	Lauterbach, Prof. Dr. Karl	<input type="checkbox"/>	Rix, Sönke	<input type="checkbox"/>
	Post, Florian	<input checked="" type="checkbox"/>	Schieder, Marianne	<input type="checkbox"/>
	Rawert, Mechthild	<input type="checkbox"/>	Vogt, Ute	<input type="checkbox"/>
	Scheer, Dr. Nina	<input type="checkbox"/>	Wiese, Dirk	<input type="checkbox"/>
	Steffen, Sonja Amalie	<input type="checkbox"/>	Yüksel, Gülistan	<input type="checkbox"/>
AfD	Brandner, Stephan	<input type="checkbox"/>	Curio, Dr. Gottfried	<input type="checkbox"/>
	Jacobi, Fabian	<input type="checkbox"/>	Hartwig, Dr. Roland	<input type="checkbox"/>
	Maier, Jens	<input type="checkbox"/>	Haug, Jochen	<input type="checkbox"/>
	Maier, Dr. Lothar	<input type="checkbox"/>	Seitz, Thomas	<input type="checkbox"/>
	Peterka, Tobias Matthias	<input checked="" type="checkbox"/>	Storch, Beatrix von	<input type="checkbox"/>
	Reusch, Roman Johannes	<input type="checkbox"/>	Wirth, Dr. Christian	<input type="checkbox"/>
FDP	Buschmann, Dr. Marco	<input type="checkbox"/>	Ihnen, Ulla	<input type="checkbox"/>
	Helling-Plahr, Katrin	<input type="checkbox"/>	Schinnenburg, Dr. Wieland	<input type="checkbox"/>
	Martens, Dr. Jürgen	<input checked="" type="checkbox"/>	Skudelny, Judith	<input type="checkbox"/>
	Müller-Böhm, Roman	<input type="checkbox"/>	Thomae, Stephan	<input type="checkbox"/>
	Willkomm, Katharina	<input type="checkbox"/>		



	Ordentliche Mitglieder	Unter- schrift	Stellvertretende Mitglieder	Unter- schrift
DIE LINKE.	Akbulut, Gökay Mohamed Ali, Amira Movassat, Niema Straetmanns, Friedrich	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	Jelpke, Ulla Lay, Caren Möhring, Cornelia Renner, Martina	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	Bayram, Canan Keul, Katja Rößner, Tabea Rottmann, Dr. Manuela	<input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	Kühn (Tübingen), Christian Künast, Renate Mihalic, Dr. Irene Schauws, Ulle	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>



Sprechregister Abgeordnete

	Seite
Canan Bayram (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	16, 24
Dr. Johannes Fechner (SPD)	17
Stellvertretender Vorsitzender Dr. Heribert Hirte (CDU/CSU)	8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 24, 25, 26, 28, 29, 30
Ingmar Jung (CDU/CSU)	16
Dr. Jürgen Martens (FDP)	17
Niema Movassat (DIE LINKE.)	18, 25
Tobias Matthias Peterka (AfD)	16, 25, 29
Florian Post (SPD)	17, 25



Sprechregister Sachverständige

	Seite
Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski, LL.M. (UPenn) Universität des Saarlandes Jun.-Prof. für Strafrecht und Strafverfahrensrecht	8, 24, 25
Prof. Dr. Jörg Eisele Eberhard Karls Universität Tübingen Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht	12
Thomas Goger Generalstaatsanwaltschaft Bamberg Zentralstelle Cybercrime Bayern Zentrum zur Bekämpfung von Kinderpornografie und sexuellem Missbrauch im Internet Oberstaatsanwalt, ständiger Vertreter des Leitenden Oberstaatsanwalts	9, 22, 29
Prof. Dr. Matthias Jahn Goethe-Universität Frankfurt am Main Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtstheorie Richter am Oberlandesgericht Frankfurt am Main; Kriminalpolitischer Kreis	10, 21
Dr. Oliver Piechaczek Deutscher Richterbund, Bund der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte e. V., Berlin Mitglied des Präsidiums; Staatsanwalt	11, 21, 26
Dr. Christian Rückert Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Völkerrecht Wissenschaftlicher Mitarbeiter (Senior Researcher, Head of Cybercrime Research Group)	13, 19, 26



Seite

Thomas Wullrich

14, 19

Staatsanwaltschaft Stuttgart

Stellvertretender Leiter der Hauptabteilung V (Bekämpfung der Rauschgift- und Organisierten Kriminalität) und Leiter der Abteilung 25 (IuK-Kriminalität)

Oberstaatsanwalt

Prof. Dr. Mark A. Zöller

15, 18, 28

Ludwig-Maximilians-Universität München

Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und das Recht der Digitalisierung



Der stellvertretende Vorsitzende **Dr. Heribert Hirte**: Ich eröffne die 146. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz mit einer öffentlichen Anhörung. Ich begrüße die Kolleginnen und Kollegen, die im Saal sitzen, sowie diejenigen, die uns per Webex zugeschaltet sind – wie auch ich. Ich begrüße die Sachverständigen, die uns erstmals vollständig per Webex zugeschaltet sind, begrüße die Vertreterinnen und Vertreter der Bundesregierung, die ebenfalls per Webex zugeschaltet sind, sowie, auch wenn ich Sie jetzt nicht sehen kann, die Zuhörerinnen und Zuhörer auf der Tribüne. Gegenstand der heutigen Anhörung ist der Gesetzentwurf der Bundesregierung, mit dem die Schaffung eines neuen Straftatbestands des Betriebes krimineller Handelsplattformen sowie der Bereitstellung von Server-Infrastrukturen für entsprechende Handelsplattformen beabsichtigt wird. Der Entwurf steht vor dem Hintergrund, dass die Regelungen zur Täterschaft und Teilnahme gerade in Fällen vollautomatisiert betriebener Handelsplattformen nicht immer geeignet seien, den Handel mit Menschen sowie inkriminierten Waren und Dienstleistungen im Internet angemessen zu erfassen. Vorweg einige Hinweise zum Ablauf: Sie, die Sachverständigen, erhalten zunächst die Gelegenheit zu einer kurzen Eingangsstellungnahme. Wir beginnen dabei alphabetisch, heute also mit Herrn Brodowski. An die Sachverständigen dabei die Bitte, sich kurz zu fassen und nicht länger als vier Minuten zu sprechen. Im Saal läuft eine Uhr, die wir auch hier bei uns in Webex sehen. Nach dreieinhalb Minuten gibt es eine akustische Vorwarnung. Zeigt die Anzeige rot, sind die 4 Minuten abgelaufen. Die zugeschalteten Sachverständigen sowie alle anderen per Webex zugeschalteten Teilnehmer bitte ich, die Mikrofone auszuhalten, solange Sie nicht sprechen. An den Vortrag der Stellungnahmen schließen sich die Fragerunden an, eine oder mehrere, je nachdem, wie viele Fragen gestellt werden. An die Kolleginnen und Kollegen: Sie kennen das bewährte Verfahren. Sie haben zwei Fragen, entweder zwei Fragen an einen Sachverständigen oder an zwei unterschiedliche Sachverständige. Wenn Sie per Webex teilnehmen, bitte ich Sie, Ihre Fragen im Chat mitzuteilen – das Sekretariat informiert mich dann darüber. Die Sachverständigen werden dann in der ersten Fragerunde in

umgekehrter alphabetischer Reihenfolge, heute also beginnend mit Herrn Zöllner, um ihre Antworten gebeten. Dabei auch die Bitte, sich kurz zu halten. In der zweiten Fragerunde werden wir dann in alphabetischer Reihenfolge vorgehen. Noch einige weitere Hinweise: Diese Anhörung ist öffentlich und wird auf Video aufgezeichnet. Die Ausstrahlung erfolgt am Dienstanachmittag, den 4. Mai, im Parlamentsfernsehen. Nach der Ausstrahlung ist die Aufzeichnung der Sitzung in der Mediathek abrufbar. Das Sekretariat fertigt auf der Grundlage einer Tonaufzeichnung zudem ein Wortprotokoll an. Bild- und Tonaufnahmen von der Tribüne oder per Webex sind nicht gestattet. Ebenfalls nicht gestattet sind Beifalls- oder Missfallensbekundungen von der Tribüne. Rein vorsorglich weise ich darauf hin, dass Störungen in der Sitzung nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht oder Strafrecht geahndet werden können. Soviel zur Einleitung. Herr Brodowski, Sie haben jetzt als Erster das Wort. Bitte schön.

SV Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski: Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren. Das Betreiben einer sogenannten kriminellen Handelsplattform im Internet ist bereits jetzt häufig bei empfindlicher Kriminalstrafe verboten. Es gibt auch keine europarechtliche oder sonstige Pflicht, hier strafrechtssetzend tätig zu werden. Und doch halte ich es für vertretbar, wenn der Gesetzgeber in klar konturiertem und begrenztem Umfang tätig wird. Denn kriminelle Handelsplattformen sind in den dunklen Ecken des Internets ein praktisches Problem. Die Strafverfolgungspraxis kann häufig Ermittlungserfolge erzielen – so auch heute. Doch die Praxis berichtet zugleich glaubhaft davon, dass diesem Phänomen mit dem bisherigen Instrumentarium des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts nicht hinreichend begegnet werden kann. Es ist gut begründbar, in der breitflächigen Förderung spezifischer Formen der Kriminalität ein eigenständiges Unrecht zu sehen, das durch die bloße Konstruktion einer Beihilfestrafbarkeit nicht hinreichend abgebildet wird. Große Sorgen, meine sehr geehrten Damen und Herren, bereitet mir aber die Streubreite der vorgeschlagenen Vorschrift. Es muss für jede und jeden klar erkennbar sein, dass Plattformen mit rechtmäßigem Geschäftsmodell keine Strafe und keine Strafverfolgung zu befürchten haben.



Anderenfalls wird eine gut gemeinte Strafvorschrift zu einem Hemmnis für rechtmäßigen Meinungs-, Informations-, und Warenaustausch über Internetplattformen, für die IT-Sicherheitsforschung und für die Digitalisierung. Daher sollten Plattformen, die sich einer effektiven Compliance verschrieben haben und sich an das Telemediengesetz und das NetzDG (Netzwerkdurchsetzungsgesetz) halten, nichts zu befürchten haben. Das sollte im Gesetz klaggestellt werden. Auch der schillernde Begriff des Zwecks und die Konstruktion des bloß bedingten Vorsatzes tragen zu einer Unschärfe bei, die mehr Schaden als Nutzen anrichtet. Jede weitere Ausdehnung des Deliktskatalogs in § 127 Absatz 1 Satz 3 StGB-E droht den Tatbestand weiter zu verwässern. Entscheidend ist doch Folgendes: Diejenigen Plattformen, an die wir bei kriminellen Handelsplattformen im Internet denken, lassen sich auch mit einer stärker fokussierten Strafvorschrift erfassen. Anders als bei dem Grundtatbestand erschließt sich mir nicht, warum mit § 127 Absatz 1 Satz 2 StGB-E die ohnehin strafbare Beihilfe zum Betreiben einer kriminellen Handelsplattform tatbestandlich verselbständigt werden soll. Auch der Begriff der „Server-Infrastrukturen“ ist viel zu unklar, sorgt für Spannungen zur E-Commerce-Richtlinie und riskiert, die eigentlich klare Intention des Gesetzentwurfs zu verwässern. Der allgemeine Teil des StGB bietet mit der allgemeinen Beihilfestratbarkeit genügend Möglichkeiten. Auf § 127 Absatz 1 Satz 2 StGB-E sollte verzichtet werden. Gleiches gilt für den Definitionsversuch in § 127 Absatz 2 StGB-E. Strafprozessrechtlich ist es konsequent, bei diesem IT-lastigen Tatbestand auch an die besonderen Eingriffsbefugnisse der §§ 100a ff. StPO zu denken. Aber auch hier, meine sehr geehrten Damen und Herren, darf der Gesetzentwurf nicht über das Ziel hinausschießen. Nur wenn die Handelsplattform darauf ausgerichtet ist, Katalogtaten zu ermöglichen oder zu fördern, ist auch das Betreiben der Handelsplattformen selbst eine schwere bzw. besonders schwere Straftat. Diese Begrenzung ist bislang nur bei der sogenannten Online-Durchsuchung, also im Katalog des § 100b StPO vorgesehen. Und diese Begrenzung sollte auch bei den anderen beiden Katalogen, also in den §§ 100a und 100g StPO, ergänzt werden. Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Brodowski, das war eine Punktlandung. Als Nächster hat Herr Eisele das Wort... Es kam gerade die Meldung, er hätte das Meeting verlassen. Er wählt sich offenbar neu ein, so sieht es jedenfalls aus. Warten wir einige Sekunden und schauen mal... Sonst machen wir es einfach so: Herr Goger, sind Sie schon bereit?

SV **Thomas Goger**: Ja. Sehr geehrte Damen und Herren, aus Sicht einer seit über sechs Jahren auf die Verfolgung von Cybercrime spezialisierten Staatsanwaltschaft ist es sehr zu begrüßen, dass sich der Gesetzgeber dem Phänomen von Angeboten im Netz zuwendet, die oft schon nach dem äußeren Erscheinungsbild ausschließlich kriminellen Zwecken dienen. Unabhängig davon, ob hier derzeit Strafbarkeitslücken bzw. Nachweis- oder Feststellungsprobleme bestehen, verwirklichen diese Plattformen ein Unrecht, das über das der geförderten Taten deutlich hinausgeht. In Rede steht hier als Rechtsgut die Integrität der redlichen Online-Wirtschaft. Ich erlaube mir aber anzuregen, einzelne Aspekte im weiteren Verfahren noch einmal zu überprüfen. Erstens ist daran zu erinnern, dass der Gesetzgeber die Praxis kürzlich mit der Erschaffung eines neuen § 100k StPO überrascht hat, der die Erhebung von Nutzungsdaten bei Telemediendiensten regelt. Diese Norm enthält in Absatz 2 einen gänzlich neuen Straftatenkatalog. Es wird aus systematischen Gründen dringend empfohlen, diesen Katalog um den jetzt neu zu schaffenden Straftatbestand des § 127 StGB-E zu erweitern. Zweitens will ich deutlich machen, wie Ermittlungen gegen kriminelle Plattformen ablaufen. Zunächst geht es um die Lokalisierung des Serverstandorts. Wenn dies gelungen ist, muss eine Überwachung der Datenströme erfolgen, um die Betreiber identifizieren zu können. Dies setzt immer TKÜ-Maßnahmen voraus. Gerade in den Katalog des § 100a Absatz 2 StPO wird die neue Norm allerdings nur mit ihren Qualifikationen aufgenommen. Das bedeutet, dass Ermittlungen zum Grundtatbestand kaum erfolgreich geführt werden können. Mir ist klar, dass diese Frage politisch sensibel ist, ich bitte aber dringend zu prüfen, ob nicht zumindest die Fälle des § 127 Absatz 1 StGB-E auch in den Katalog des § 100a StPO aufgenommen werden können, die



sich ihrerseits auf eine der bisherigen Katalogtaten beziehen. In materiell-rechtlicher Hinsicht habe ich zwar Bedenken, in § 127 StGB-E einen Straftatenkatalog zu formulieren, wenn dieser aber, wovon ich ausgehe, beibehalten werden sollte, muss er jedenfalls sorgfältiger gefasst und an einigen Stellen auch erweitert werden. Nicht nachvollziehbar ist zum Beispiel, dass die Erpressung fehlt. Dies bedeutet, dass Plattformen, welche sich der Vermittlung oder Bereitstellung von Ransomware-Diensten widmen, allenfalls unter dem Gesichtspunkt der Datenveränderung unter die Norm fallen. Das schwerwiegendere Delikt der Erpressung wird nicht aufgeführt. Insoweit ist die Gegenäußerung der Bundesregierung, es sei nicht ersichtlich, wie eine solche Tat durch eine Plattform gefördert werden könnte, falsch. Bereitstellung von Tools, Anwerbung von Affiliates, Veröffentlichung ausgespähter Daten: All das erfolgt bei Ransomware regelmäßig über entsprechende Plattformen. Es wäre deswegen zwingend geboten, zumindest diesen Tatbestand in den Katalog mit aufzunehmen. Schließlich stimme ich dem Bundesrat dahingehend zu, dass eine höhere Strafdrohung bei Plattformen geboten ist, die dem Austausch von Kinderpornografie dienen. Da haben wir gerade heute eine Nachrichtenlage, die einmal mehr deutlich macht, worum es hier in Quantität und Qualität geht. Hier spielen Plattformen mit Tausenden von Mitgliedern eine entscheidende Rolle. Die Betreiber schaffen den Marktplatz für den Tausch von Material, das schwerste sexuelle Gewalt gegen Kinder zeigt. Um dem deutlich erhöhten Unrechtsgehalt Rechnung zu tragen, sollte jedenfalls für diesen Deliktsbereich der Strafrahmen in der Qualifikation des § 127 Absatz 4 StGB-E noch einmal deutlich auf Freiheitsstrafe von nicht unter 3 Jahren angehoben werden. Dies ist schon deswegen geboten, weil diese Tatmodalität über den Besitz entsprechender Inhalte deutlich hinausgeht. Wir haben aber momentan auch ein Gesetzgebungsvorhaben, das am kommenden Freitag, meine ich, im Bundesrat abschließend beraten wird, das für den schlichten Besitz tatsächlicher oder wirklichkeitsnaher Kinderpornografie allein schon Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr vorsieht. Deswegen ist es aus systematischen Gründen zwingend erforderlich, für die schwerwiegendere Tatmodalität des

Bereitstellens dieser Plattformen im Strafrahmen nochmal deutlich darüber hinauszugehen. Wie gesagt, der heutige Tag macht sehr deutlich, warum das erforderlich ist. Herzlichen Dank zunächst für die Aufmerksamkeit.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Goger. Herr Eisele ist noch nicht wieder eingewählt, deshalb würde ich sagen, wir machen weiter im Alphabet. Der Nächste ist Herr Jahn.

SV **Prof. Dr. Matthias Jahn**: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren Kollegen. Ein Tatbestand des Betreibens krimineller Handelsplattformen im Internet und des Bereitstellens entsprechender Server-Infrastrukturen, wie von der Bundesregierung vorgeschlagen, ist mangels Bestehens sachwidriger Strafbarkeitslücken einerseits und angesichts der Gefahr einer Überkriminalisierung im bloßen Vorfeld eine Rechtsgutsverletzung andererseits, nicht erforderlich. Sachangemessene Lösungen für eine fraglos im Einzelfall bestehende Strafbedürftigkeit können insbesondere in den szenetypischen Deliktsbereichen – ich nenne hier drei Felder: Betäubungsmittelkriminalität, Waffenkriminalität und Arzneimittelstrafrecht – aufgrund der jeweils weit formulierten Tathandlungen über die Dogmatik der Täterschaft bereits heute erreicht werden. Und wie die Praxis ebenfalls demonstriert, ermöglicht jenseits dieser drei szenetypischen Deliktsbereiche die weit gespannte Dogmatik der Beihilfe im Übrigen eine passgenaue und vor allem einzelfallbezogene Erfassung des Unrechts, wenn es beim Betrieb krimineller Handelsplattformen tatsächlich zur Verwirklichung kriminellen Unrechts kommt. Dass die einschlägige Praxis funktionsfähig ist, hat nicht zuletzt das Landgericht Karlsruhe in einer aufsehenerregenden Entscheidung demonstriert, die den Fall des Münchner Amoklaufs betrifft. Es ist eine langjährige Freiheitsstrafe ausgeworfen worden, und dem BGH war die Sache so einleuchtend, dass er die Revision mit einem Formularbeschluss im Wesentlichen verworfen hat. Meine Damen und Herren: *Deutschland im Deep Web, Elysium*, heute Morgen *Boystown*. Wer angesichts solcher Ermittlungserfolge der Praxis – ich kann hier aus der Perspektive Frankfurts insbesondere, eben haben wir etwas von Bamberg gehört, die mittlerweile mehr als zehnjährige Aktivität der



Zentralstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität bei der GenSta (Generalstaatsanwaltschaft) Frankfurt nennen, die an allen drei Ermittlungskomplexen, die ich eben genannt habe, beteiligt war. Wer angesichts solcher eindrucklicher Ermittlungserfolge Strafbarkeitslücken das Wort redet, der kennt die Praxis nicht. Wir haben im Übrigen, das ist ja eben schon angedeutet worden, die Gefahr, dass zu viel Beifang legale Wirtschaftstätigkeit im Clearweb in Zukunft zu einer potentiell strafrechtlich relevanten Tätigkeit werden lässt. Ich knüpfe mit diesem Gedanken an Überlegungen an, die in diesem Kontext und an diesem Ort vor wenigen Wochen im Bereich der Geldwäsche erörtert werden mussten. Ich meine also empfehlen zu können, dass der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages dem Regierungsentwurf, der hier heute zur Debatte steht, nicht näher treten sollte. Aus fachlicher Sicht ist seine Ablehnung geboten. Er ist nicht erforderlich und die Dogmatik der Beihilfe ermöglicht angemessene Lösungen. In einem berühmten Satz, der heute aufgerufen werden sollte: Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu machen, meine Damen und Herren, dann ist es notwendig, kein Gesetz zu machen. So der weise Rat von Montesquieu an den Gesetzgeber. Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Jahn. Ich kriege gerade eine Nachricht: Herr Eisele ist noch nicht da. Dann können wir weitermachen im Alphabet, und der Nächste ist Herr Piechaczek.

SV Dr. Oliver Piechaczek: Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren. Der Deutsche Richterbund begrüßt den Gesetzentwurf, über den wir heute beraten, in seiner Gesamtheit ausdrücklich. Plattformen im Internet, auf denen verbotene Gegenstände und Dienstleistungen angeboten und nachgefragt werden, spielen für bestimmte Deliktsfelder eine zunehmend wichtige Rolle. In unserer Strafverfolgungspraxis – Herr Goger hat ja schon darauf hingewiesen – besteht nicht selten die Schwierigkeit, strafwürdiges Verhalten mit dem geltenden Regelungsregime adäquat zu erfassen. Denken wir da beispielsweise nur an Fälle, in denen Plattformen vollautomatisiert betrieben werden. Mit den bisherigen strafrechtlichen Konstruktionen ist diese Form der Kriminalität

nicht immer angemessen zu erfassen, es verbleiben in der Tat Regelungslücken. Und genau diese Regelungslücken würden mit der Einfügung des § 127 StGB-E geschlossen. Wir von Seiten des Deutschen Richterbundes haben bereits zu dem Referentenentwurf umfangreich Stellung genommen und lediglich punktuelle Änderungen angeregt. Wir freuen uns sehr darüber, dass diese Anregungen zu einem nicht unerheblichen Teil aufgegriffen wurden. Das betrifft beispielsweise den § 127 Absatz 3 StGB-E, der nun neben der gewerbsmäßigen auch die bandenmäßige Begehung mit einer höheren Strafandrohung vorsieht. Und auch der Katalog des § 100g Absatz 2 StPO ist maßvoll und gezielt erweitert worden, sodass wir die Möglichkeit haben, auch retrograde Verkehrsdaten zu erheben – das begrüßen wir ausdrücklich. Zwei problematische Punkte bleiben nach meiner Auffassung. Das ist erstmal der Begriff „Handelsplattform“. Zur Verwendung des Begriffs haben wir Bedenken. Diese Formulierung ist nicht ganz zielgenau für das zu erfassende Unrecht. Plattformen im Bereich der Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung sind gerade vielfach nicht auf einen Handel im Sinne eines entgeltlichen Austauschs ausgerichtet. Die Legaldefinition, die § 127 Absatz 2 StGB-E nun vorsieht, schafft insoweit nach unserem Dafürhalten keine Abhilfe, denn der Begriff „Handel“ hat eben eine wirtschaftliche Prägung, er ist wirtschaftlich konnotiert, und das führt dazu, dass wir die Gefahr einer einschränkenden Auslegung haben, sofern eine Plattform nicht wirtschaftlich orientiert betrieben wird – und das ist in der Praxis nicht eben selten der Fall. Wir regen daher an, die Formulierung „Plattform im Internet“ zu wählen. Der zweite Punkt, den ich kritisch sehe, und da pflichte ich jetzt Herrn Goger voll und ganz bei, ist der Betrieb von Foren, in denen Kinderpornografie ausgetauscht und verbreitet wird. Diese ganzen Fahndungserfolge, die ja schon benannt wurden, dokumentieren, dass der ganz große Teil von kinderpornografischen Inhalten in solchen geschlossenen Foren und Boards im Darknet in Umlauf gebracht wird. Es ist zuzugeben: § 127 Absatz 4 StGB-E ermöglicht nun, derartige Fälle zu subsumieren und adäquat zu bestrafen, aber es bleibt eben bei einer Mindeststrafe von einem Jahr. Diese wiederum, auch das hat



Herr Goger schon ausgeführt, da schließe ich mich an, soll aber bald gelten, wenn der bloße Besitz eines einzelnen kinderpornografischen Inhalts in Rede steht. Da sehe ich Wertungswidersprüche. Man muss sich klarmachen: Der Betrieb einer Plattform, auf der kinderpornografische Inhalte zirkulieren, der weist ein signifikant höheres Unrecht auf, als der Besitz eines einzelnen Inhalts. Und man kann sogar noch weiter gehen: Diese Plattformen bilden das Rückgrat, die tragende Infrastruktur für den Austausch kinderpornografischer Inhalte, und das dokumentiert die Praxis. Aus diesem Grunde halten wir, gezielt für diesen Sektor, eine Sonderregelung für erforderlich. Auch da schließe ich mich der Meinung von Herrn Goger an, eine Mindeststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe ist insoweit angemessen. Aus systematischen Gründen wäre es überdies klug, das auch direkt im 13. Abschnitt zu regeln, etwa bei § 184b StGB. Ich komme zum Ende und danke für die Aufmerksamkeit.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Piechaczek. Als Handelsrechtler ist es immer schön zu hören, an welcher Stelle der Begriff „Handel“ aufgegriffen wird, und wo er vielleicht doch nicht stimmt. Insofern lerne ich auch hier noch etwas dazu. Ich kann das dann gerne, wenn ich mich wieder mit allgemeinen Fragen beschäftige, an dieser Stelle weitergeben, und wir werden sehen, was daraus gemacht wird. Ich habe gerade die Nachricht bekommen, Herr Eisele hat sich wieder zugeschaltet. Es geht zurück in unserer Runde und er hat jetzt als Nächster das Wort.

SV Prof. Dr. Jörg Eisele: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich bin schnell von der Uni nach Hause gerannt, und da scheint das Internet stabiler zu sein. Aus meiner Sicht bestehen keine Zweifel, dass der Gesetzgeber grundsätzlich legitimiert ist, das Betreiben krimineller Handelsplattformen unter Strafe zu stellen. Es ist von den Freiheitsrechten sicherlich nicht gedeckt, Foren zum Verkauf von Waffen oder zur Ermittlung von Auftragsmördern einzurichten oder zu betreiben. Natürlich hat der Gesetzgeber dabei darauf zu achten, dass legitime Geschäftsmodelle nicht kriminalisiert werden. Der Blick ist daher auf das zentrale Merkmal des kriminellen Zwecks zu richten. Mit diesem

Merkmal steht und fällt die Berechtigung und die praktische Bedeutung des Tatbestandes. Insoweit kommt es richtigerweise auf eine verobjektivierte Zwecksetzung an. Entsprechend muss die Plattform vom Betreiber dem kriminellen Zweck gewidmet sein und dieser Zweck muss sich sodann nach außen manifestieren. Anhaltspunkte können neben der Struktur und den Kategorien der Plattform sein, dass die Nutzung nur anonym erfolgen und nur mit der virtuellen Währung Bitcoin gezahlt werden kann, sodass illegale Transaktionen verschleiert werden. Die Schwierigkeit besteht nun darin zu sagen, wann eine Plattform kriminell ist, das heißt, zu wie viel Prozent dürfen legale bzw. illegale Inhalte darin enthalten sein? Da Plattformen oft ein breites Angebot von freiem Meinungs austausch, legalen Geschäften bis hin zu illegalen Geschäften beinhalten können, ist der bloße Blick auf den Gesamtcharakter der Plattform problematisch. Der Kauf der Waffen via Darknet, mit denen das Münchner Attentat im Olympia-Einkaufszentrum begangen wurde, hätte von dem neuen Tatbestand gar nicht erfasst werden können, da die Plattform dort überwiegend legale Kategorien mit nur einzelnen kriminellen Unterkategorien enthalten hatte. Daher sollte man neben der kriminellen Plattform insgesamt auch kriminelle Unterkategorien erfassen. Um einer zu weiten Strafbarkeit entgegenzuwirken, sollte man dafür den Vorsatz auf Absicht und Wissentlichkeit beschränken, wie dies bereits in § 127 Absatz 1 Satz 2 und Absatz 4 StGB-E vorgesehen ist, sodass zumindest Kenntnis hinsichtlich der kriminellen Kategorie erforderlich ist. Strafbarkeitslücken wären nicht zu befürchten, und dies hätte auch den Vorteil, dass sich die Regelung harmonisch in das Gefüge von Artikel 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr einfügt, und zudem Provider, anders als bei Eventualvorsatz, zu keiner proaktiven Suche verpflichtet wären. Soweit die Plattform auf kriminelle Zwecke beschränkt bleibt, droht aus meiner Sicht auch keine Divergenz mit der Richtlinie. Bezieht man den kriminellen Zweck nicht auch auf einzelne Unterkategorien, liefe im Übrigen die Qualifikation des § 127 Absatz 4 StGB-E und die Regelung des § 100b Absatz 2 Nr. 1 StPO-E weitgehend leer, weil es sich ansonsten um Plattformen handeln müsste, die insgesamt auf Verbrechen oder überwiegend auf Verbrechen



bzw. die genannten Katalogtaten bezogen sein müssten – was kaum je der Fall sein wird. Ob das Bereitstellen von Cyber-Infrastrukturen besonders erfasst werden muss, erscheint fraglich. Soweit hier nur bei positiver Kenntnis von dem kriminellen Zweck an das Bereitstellen von Hardware angeknüpft wird, wird regelmäßig bereits eine Beihilfe zu § 127 Absatz 1 StGB-E vorliegen. Abschließend zur Definition der Handelsplattform nach § 127 Absatz 2 StGB-E: Die ist möglicherweise problematisch, weil hier „Inhalte“ und damit auch internetbasierte Kommunikation, die dem Meinungs austausch dient, erfasst werden könnten. Soweit eine solche Kommunikation kriminellen Geschäften mit Menschen, Waren oder Dienstleistung dient, würde dies bereits über diese Begriffe hinreichend erfasst. Soweit mit dem Begriff „Inhalt“ etwa Kinder- oder Jugendpornografie erfasst werden soll, kann man dies auch schon unter dem Begriff der „Waren“ subsumieren, weil § 298 StGB den Warenbegriff auch auf unkörperliche Gegenstände ausdehnt. Zusammengefasst sollte darüber nachgedacht werden, auch kriminelle Unterkategorien einzubeziehen und den Vorsatz auf Absicht und Wissentlichkeit zu beschränken. Herzlichen Dank.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Eisele. Schon wieder kommt das Handelsrecht, und wenn man an § 1 HGB (Handelsgesetzbuch) anknüpft, dann weiß man, dass das eigentlich weiter gemeint ist – das diskutieren wir an einer anderen Stelle. Als Nächster hat jetzt in der Reihenfolge des Alphabets Herr Rückert das Wort.

SV Dr. Christian Rückert: Sehr geehrte Damen und Herren, die vom Gesetzentwurf behauptete Gesetzeslücke besteht nicht. In vielen Fällen ist, wie Herr Jahn ausgeführt hat, das Verhalten der Betreiber/-innen krimineller Plattformen bereits durch Spezialvorschriften strafbar. Zu nennen sind hier die §§ 29 ff. des Betäubungsmittelgesetzes, bei denen nicht nur das Handeltreiben extrem weit interpretiert wird, sondern bereits die Mitteilung zur Gelegenheit des Betäubungsmittel-erwerbs selbständig kriminalisiert ist. Im Bereich des Waffenhandels ist nach den §§ 51, 52 des Waffengesetzes bereits die Vermittlung des Vertriebs von Waffen eigenständig strafbar. Und bei Kinderpornoplattformen sind die Betreiber

entweder wegen Verbreitens bzw. öffentlichen Zugänglichmachens nach § 184b Absatz 1 Nr. 1 StGB strafbar oder zumindest wegen des Bewerbens einer kinderpornografischen Schrift nach § 184b Absatz 1 Nr. 4 StGB. In allen anderen Fällen, auch schon von Herrn Jahn ausgeführt, steht eine Strafbarkeit wegen Beihilfe im Raum. Dabei liegt bei den vom Gesetzentwurf adressierten Plattformen regelmäßig auch der notwendige Beihilfevorsatz vor, denn hierfür genügt es bereits, wenn der Gehilfe dem Täter willentlich ein Tatmittel zur Verfügung stellt und damit bewusst das Risiko erhöht, dass durch den Einsatz des Tatmittels, und jetzt kommt es, eine typischerweise geförderte Haupttat verübt wird. Schließlich ist zu bemerken, dass die Strafbarkeitslücke bislang nirgendwo empirisch belegt ist; ganz im Gegenteil: Die schon von Herrn Jahn genannten Verfahren wie *Deutschland im Deep Web*, *Elysium* oder auch das Cyberbunker-Verfahren vor dem LG Trier zeigen, dass die Justiz durchaus in der Lage ist, die Betreiber/-innen krimineller Plattformen zu verfolgen, anzuklagen und am Ende des Tages auch zu verurteilen. Umso schwerer, meine Damen und Herren, wiegen die Probleme des komplett überflüssigen Gesetzentwurfs. Der Entwurf verlagert die Strafbarkeit weit in das sogenannte Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung und verzichtet darauf, auch nur den Nachweis einer einzigen Haupttat, die über die Plattform begangen wurde, zu verlangen. In der Zusammenschau mit dem sehr weit gefassten Straftatenkatalog, der neben den sogenannten weichen Drogen beispielsweise auch den Vertrieb von gefälschten Handtaschen umfasst, erscheint die Kriminalisierung und die Rechtsfolge aus meiner Sicht weder verhältnismäßig noch schuldangemessen. Überdies birgt der Entwurf auch ein großes Missbrauchspotential. Das Abstellen auf die Gesamtschau des tatsächlichen Angebots der Plattform als Hauptindiz für eine kriminelle Zweckausrichtung führt dazu, dass Hosting-Provider einer der E-Commerce-Richtlinie widersprechenden Ermittlungspflicht auf ihren Plattformen nachkommen müssen. Denn wollen sie nicht das Ziel strafrechtlicher Ermittlungen werden, müssen sie die Inhalte auf ihren Plattformen kontrollieren. Das zweite Indiz, die Verortung der Plattformen zum Beispiel im sogenannten Darknet, kann wiederum zu starken Abschreckungseffekten hinsichtlich des Angebots



von anonym nutzbaren Plattformen führen. Dies gilt umso mehr, als die Legaldefinition in § 127 Absatz 2 StGB-E über die Einbeziehung von Inhalten nach § 11 Absatz 3 StGB auch die Anbieter von sicher nutzbaren Kommunikationsdiensten, wie beispielsweise E-Mail- und Messenger-Diensten, von SecureDrops von Journalist/-innen sowie auch von Torknotenpunkten erfassen kann. Die hierdurch verursachten Chilling effects widersprechen meiner Meinung nach der Intention, wie sie in § 13 Absatz 6 des Telemediengesetzes und Artikel 32 der DS-GVO zum Ausdruck kommt. Dem folgend ist auch die Einbeziehung der neuen Vorschriften in die Straftatenkataloge der §§ 100a bis c, 100g oder, wie von Herrn Goger angeregt, auch in 100k StPO abzulehnen. In diesem Zusammenhang möchte ich auch daran erinnern, dass es das Bundesverfassungsgericht für die Definition einer schweren Straftat, wie beispielsweise in § 100a StPO, oder einer besonders schweren Straftat, wie in § 100b StPO, nicht ausreichen lässt, dass der Gesetzgeber einen möglichst hohen Strafraum festlegt. Das Bundesverfassungsgericht verlangt vielmehr, dass auch die Art des bedrohten Rechtsguts und vor allem der Grad der Bedrohung dieses Rechtsguts entsprechend schwer oder nah an der Verletzung ist. Bei dem hier vorliegenden Gesetzentwurf, bei dem in § 127 Absatz 1 Satz 1 StGB letztlich konstruktiv eine versuchte Beihilfe kriminalisiert wird, und im § 127 Absatz 1 Satz 2 StGB-E letztlich eine Beihilfe zur versuchten Beihilfe kriminalisiert wird, die wiederum in vielen Fällen, ich verweise beispielsweise auf den Betäubungsmittelhandel, ihrerseits eine versuchte Beihilfe zu abstrakten Gefährdungsdelikten darstellt, ist dies mehr als zweifelhaft. Dementsprechend halte ich zusammengefasst den Gesetzentwurf für überflüssig und er birgt Missbrauchsgefahren. Er sollte dementsprechend nicht verabschiedet werden. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Vielen Dank, Herr Rückert. Als Nächster hat Herr Wullrich das Wort.

SV Thomas Wullrich: Herr Vorsitzender, sehr geehrte Abgeordnete, sehr geehrte Damen und Herren. Ich bedanke mich für die Einladung und die Gelegenheit zur Stellungnahme. Aus meiner Sicht ist das Gesetzesvorhaben zu begrüßen. Ich

bin in Baden-Württemberg in vergleichbarer Funktion tätig wie Herr Kollege Goger in Bayern und leite seit etwa vier Jahren die Schwerpunktstaatsanwaltschaft Cybercrime. Wir befassen uns unter anderem mit Ermittlungen zu kriminellen Handelsplattformen im Internet. Auch nach meinen Erfahrungen ist die bisherige Rechtslage unbefriedigend. Es sollte der Betrieb illegaler Handelsplattformen selbständig unter Strafe gestellt werden, wie es der Gesetzentwurf vorsieht. Allerdings sehe ich in einigen Punkten Nachbesserungsbedarf, auf die ich im Folgenden in der gebotenen Kürze eingehen möchte. Der erste Punkt ist die personale Anknüpfung im neuen § 5b StGB-E. Nach dem Gesetzentwurf kann bei einer kriminellen Handelsplattform im Internet, die aus dem Ausland betrieben wird, Täter nur ein Deutscher oder eine Person mit Lebensgrundlage in Deutschland sein. Diese Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 127 StGB-E ist aus meiner Sicht abzulehnen. Denn die Strafwürdigkeit des Betriebes krimineller Handelsplattformen hängt weder von der Staatsangehörigkeit des Betreibers noch davon ab, wo dieser seine Lebensgrundlage hat. Der zweite Punkt ist der Katalog der Straftaten, die in den neuen § 127 StGB-E aufgenommen werden sollen. Dieser sollte aus meiner Sicht ergänzt werden. Hierzu hat der Kollege Goger schon Ausführungen gemacht, denen ich mich voll anschließen kann. Neben der von ihm angesprochenen Erpressung möchte ich die Geldwäsche herausgreifen, die bislang ebenfalls nicht im Katalog der Straftaten enthalten ist, häufig aber eine wichtige Rolle in der Praxis spielt. Denn der Straftäter im Cyber-Raum hat ein starkes Interesse daran, dass die Spur des Geldes nicht zu ihm zurückverfolgt werden kann. Hierfür gibt es entsprechende Dienstleistungen, die häufig auf illegalen Handelsplattformen im Internet angeboten werden. Es handelt sich dabei um typische Geldwäscheaktivitäten. Letzter und aus meiner Sicht wichtigster Punkt ist die vorgesehene Neufassung des § 100a StPO-E, also die Überwachung der Telekommunikation, die in dieser Ausgestaltung den Anforderungen der Praxis nicht gerecht wird. In der Begründung zum Gesetzentwurf wird zutreffend ausgeführt, dass die Ermittlungsmaßnahme der Telekommunikationsüberwachung häufig der einzig erfolgversprechende Ansatz sein wird, den Betreiber



einer kriminellen Handelsplattform zu ermitteln. Nach der bisherigen Ausgestaltung wäre aber eine Überwachung der Handelsplattformen oft gar nicht möglich oder zumindest mit erheblichen rechtlichen Unsicherheiten verbunden. Denn der Gesetzentwurf sieht eine Möglichkeit der Telekommunikationsüberwachung nur in den Fällen des § 127 Absatz 3 und Absatz 4 StGB-E vor. Das heißt erstens: Von der Überwachung gänzlich ausgeschlossen ist derjenige, der Cyber-Infrastrukturen für den Betrieb von Handelsplattformen bereitstellt. Zweitens: Eine illegale Handelsplattform kann nur überwacht werden, wenn entweder der Betreiber gewerbsmäßig oder als Bandenmitglied handelt, § 127 Absatz 3 StGB-E. Oder er weiß oder will, dass auf der Plattform Verbrechen stattfinden, § 127 Absatz 4 StGB-E. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, wird zu Beginn der Ermittlungen häufig nicht hinreichend belegbar sein, weil zu diesem Zeitpunkt keinerlei Erkenntnisse zur Person des Betreibers, seiner Motivlage oder generell zur Täterstruktur hinter der illegalen Handelsplattform vorliegen werden. Konsequenz: Eine Überwachung ist nicht möglich und es besteht damit in der Regel keine Chance, den Betreiber der illegalen Handelsplattform zu ermitteln. Alternativ, auch das ist bereits angesprochen worden, könnte man daran denken, eine Überwachung zu gestatten, wenn über die Handelsplattform Straftaten begangen werden, die selbst eine Überwachung der Telekommunikation ermöglichen würden. So weit bis hier, ich bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Wullrich. Als Nächster und Letzter hat das Wort Herr Zöller.

SV Prof. Dr. Mark A. Zöller: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich möchte mich in meinem Eingangsstatement auf zwei Gesichtspunkte beschränken. Der erste Punkt ist, da geht es mir wie den Kollegen Brodowski, Jahn und Rückert, dass es aus meiner Sicht schlicht an einem nachvollziehbaren Anlass für eine solche gesetzliche Neuerung fehlt. Es ist schon angesprochen worden: Aktuelle Strafverfahren zeigen gerade, dass die Strafjustiz gut mit den geltenden Strafvorschriften und auch mit den Ermittlungsbefugnissen zurechtkommt. Beispiel einmal: Das von Herrn Jahn schon angesprochene

Strafverfahren gegen die Betreiber der Darknet-Plattform *Deutschland im Deep Web* vor dem Landgericht Karlsruhe. Auch schon angeklungen ist das gerade am Landgericht Trier laufende Verfahren gegen die Betreiber des sogenannten Cyberbunkers von Traben-Trarbach, aber auch die sicherlich auch nicht ganz zufällig heute bekannt gewordene Abschaltung der Kinderpornografie-Tauschbörse *Boystown*. Ich finde es ehrlich gesagt ein bisschen irritierend, dass von den Strafverfolgungsbehörden einerseits medienwirksam, was auch erfreulich ist, große Ermittlungserfolge gefeiert werden, und dann im gleichen Atemzug nach neuen Regelungen verlangt wird, weil das geltende Recht nicht ausreicht. Es kann nur eins von beidem stimmen, meine ich. In materiell-rechtlicher Hinsicht, auch das ist schon angeklungen, haben wir eine ganze Fülle von Straftatbeständen, die die Geschehnisse auf kriminellen Handelsplattformen im Internet schon täterschaftlich – wir sprechen immer nur über die Beihilfe, aber schon täterschaftlich – erfassen. Auch das ist teilweise genannt worden: Betäubungsmittelrecht, Waffenrecht, aber auch Kinder- und Jugendpornografie und die gelegentlich vergessene Bildung krimineller Vereinigungen, § 129 StGB. Die vor allem aus den Reihen der Justiz behaupteten Strafbarkeitsdefizite im Bereich der Beihilfe scheinen mir schlicht auf einem Missverständnis zu beruhen, denn nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss der Gehilfe gerade nicht jedes Handelsgeschäft im Detail kennen. Es genügt, dass er sozusagen eine grobe Vorstellung von dem vom Haupttäter auf dieser Plattform verwirklichten Delikt hat, dass er also nur generell weiß, dass dort irgendwelche Betäubungsmittel oder Waffen gehandelt werden oder kinderpornografisches Material getauscht wird. Dass die Betreiber solcher Handelsplattformen, auch wenn diese vollautomatisch strukturiert sind, nicht wissen, was auf ihren eigenen Plattformen geschieht, ist durch nichts belegt. Man muss auch sehen: Die meisten von ihnen verdienen massiv an den Einzeltransaktionen in Gestalt von Gebühren, Provisionen oder Kommissionen – je nachdem, wie das Geschäftsmodell strukturiert ist. Oft sagt auch schon der Name der Plattform wirklich alles: *Fraudsters*, *Dutch Drugs*, *Cocaine Market* oder ganz aktuell *Boystown*. Wer sich da als



Strafverfolger vom Vorsatznachweis abschrecken lässt, der beschwert sich vielleicht ein wenig zu stark. Ich möchte noch auf einen zweiten Punkt hinweisen, der mir in der bisherigen Debatte ein bisschen zu kurz kommt. Ich meine nämlich, in Wirklichkeit müssten es die Qualifikationstatbestände der Absätze 3 und 4 sein, die das tatsächliche Kriminalitätsgeschehen faktisch abdecken. Die weit überwiegende Zahl solcher Plattformbetreiber handelt nicht altruistisch, sondern gewerbsmäßig. Die wollen schlicht Geld verdienen. Eine einigermaßen professionelle Handelsplattform kann man aus organisatorischen, technischen und logistischen Gründen meist eben nur mit anderen zusammen betreiben, die dann häufig Bandenmitglieder sind. Das zeigt übrigens auch dieser heute bekannt gewordene Fall *Boystown*. Da ging es um vier Deutsche als Hauptbeschuldigte, von denen drei Server in der Republik Moldau angemietet und betrieben hatten. Für den Grundtatbestand, § 127 Absatz 1 StGB-E, würde dann nur noch ein ganz schmaler Anwendungsbereich bleiben. Das Strafniveau würde über die Qualifikationstatbestände steigen, und auch die Subsidiaritätsklausel dürfte hier meiner Ansicht nach nicht helfen, weil das konkrete Tatverhalten nach § 127 StGB-E gar nicht vergleichbar in anderen Vorschriften abgebildet wird. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Zöllner. Damit sind wir am Ende der Runde der Eingangsstellungnahmen. Ich habe im Chat schon eine ganze Reihe von Wortmeldungen angemeldet bekommen, die ich jetzt der Reihe nach aufrufe. Als Erster, ich lese die Namen schon vor, damit auch alle wissen, in welcher Reihenfolge es dann weitergeht, ist jetzt gleich Herr Jung dran. Dann hat Frau Bayram sich gemeldet, Herr Peterka, dann Herr Martens. Weitere Wortmeldungen werde ich dann noch in Empfang nehmen. Jetzt hat Herr Jung das Wort.

Abg. **Ingmar Jung** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich will nochmal auf die Frage des Anlasses, also der möglichen Strafbarkeitslücke oder auch nicht eingehen. Wir haben mehrmals deutlich gehört, es bestehe gar kein Anlass oder es gebe gar keine Strafbarkeitslücken. Mindestens bei drei Sachverständigen habe ich mir das sehr deutlich notiert, bis hin zu Herrn Jahn, der gesagt hat: Wer Strafbarkeitslücken das Wort rede –

sinngemäß, Herr Professor Jahn –, der kennt die Praxis nicht. Wir haben heute ja bewusst zwei Praktiker benannt, um das zu hören. In der Tat sind beide so ganz explizit auf diesen Anlass nicht intensiv eingegangen, Herr Goger und Herr Wullrich. Deswegen würde ich Sie beide gerne noch mal explizit fragen: Wie schaut es aus in der Praxis? Haben Sie das Bedürfnis nach einer Änderung, also ausdrücklich im materiellen Recht? Bestehen Lücken? Werden Sie in der Strafverfolgung behindert oder besteht das Problem tatsächlich nicht?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Jung. Und nun Frau Bayram.

Abg. **Canan Bayram** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich habe zwei Fragen an Herrn Rückert. Und zwar hat die Bundesministerin Lambrecht den gesetzgeberischen Handlungsbedarf bei der ersten Lesung damit begründet, dass beispielsweise der Täter des Amoklaufs im Münchner Olympia-Einkaufszentrum seine Waffe über eine solche Plattform gekauft habe. Daher müsse man nicht nur eine Strafbarkeit für den Käufer und Verkäufer haben, sondern auch für den Plattformbetreiber. Allerdings wurde doch gerade in diesem Fall der Plattformbetreiber vom Landgericht Karlsruhe rechtskräftig verurteilt, sogar wegen fahrlässiger Tötung. Wie sehen Sie es, dass gerade mit diesem Fall die Notwendigkeit begründet wird? Wäre der Täter durch den neuen Straftatbestand schwerer bestraft worden? Die zweite Frage ist: In Ihrer schriftlichen Stellungnahme bezeichnen Sie die Konstruktion des § 127 Absatz 1 Satz 2 StGB-E als Beihilfe zur versuchten Beihilfe. Können Sie anhand eines Beispiels erläutern, welche Fälle davon umfasst wären und ob dieses Verhalten dann überhaupt strafwürdig wäre?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Bayram. Als Nächster Herr Peterka.

Abg. **Tobias Matthias Peterka** (AfD): Vielen Dank für die bisherigen Ausführungen. Es drängt sich der Eindruck auf, dass hier durchaus Aktionismus seitens des Ministeriums vorliegt, dass man sich vielleicht auch Fachwissen Richtung Internet im nicht-rechtlichen Sinn eingekauft hat, dass dann mit durchaus vorhandenen rechtlichen, dogmatischen Überlegungen etwas zusammen-



gekittet hat, und am Ende ein nicht rundes Produkt dabei herausgekommen ist. Es wurde ja auch angedeutet, von Herrn Rückert zum Beispiel, dass die freie Zugänglichkeit zum Internet, der Austausch von Meinungen, gar nicht richtig bedacht, gar nicht richtig ins Feld geführt wurde. Das habe ich weder bei der ersten Beratung des Gesetzes gesehen noch hier bei den Ausführungen von Sachverständigen der Regierungsfractionen. Deswegen meine erste Frage an Herrn Brodowski, der sich etwas ambivalent ausgedrückt hat: Würden Sie meiner Einschätzung soweit folgen, dass hier schlussendlich der rechtliche Bedarf ein bisschen mit der Realität des Internets, die nicht ganz erfasst wurde, kollidiert ist, und man dann eben die Folgen nicht bedacht hat? Würden Sie mir da zustimmen? Dann die Frage an Herrn Jahn: Es wurde immer wieder argumentiert, wir können mit dem bedingten Beihilfevorsatz hier nicht zu Erfolgen gelangen, was meiner Meinung nach so auch nicht zutrifft. Es wurde noch die Integrität der redlichen Online-Wirtschaft ins Feld geführt, gleichzeitig immer als Beispiel eine automatisierte Plattform gebracht, die man nicht erfassen könnte bisher; dass wegen dieser Sache der Gesetzentwurf notwendig wurde. Herr Jahn, Sie haben sich da auch kritisch geäußert. Fällt Ihnen ein Beispiel ein, wo über eine automatisierte Plattform bisher kein Hintermann erfasst werden kann? Wenn Sie sich dazu bitte äußern. Vielen Dank.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Peterka. Inzwischen sind bei mir drei weitere Wortmeldungen angekommen, nämlich von Herrn Post, Herrn Fechner und Herrn Movassat. Da wir ein bisschen mischen wollen zwischen Opposition und Koalitionsfractionen, würde ich jetzt Herrn Post vor Herrn Martens ziehen und Herrn Post als Nächstem mit seiner Frage das Wort geben.

Abg. Florian Post (SPD): Danke, Herr Vorsitzender. Ich habe eine Frage an Herrn Goger und Herrn Dr. Piechaczek. Es geht nochmal um die sogenannte Regelungslücke, die vorhanden ist. Wir müssen sehr umsichtig sein, wenn es darum geht, neue Straftatbestände zu schaffen. Das scharfe Schwert des Strafrechts sollte immer das letzte Mittel sein, das ist klar. Können Sie uns aus Ihrer Praxiserfahrung berichten, ob es an dem

Punkt, den das Gesetz jetzt regeln möchte, tatsächlich – es wurde schon angesprochen, auch wenn es jetzt Wiederholungen gibt, bitte ich, das zu entschuldigen, aber dann kann man es gar nicht oft genug betonen – eine Strafbarkeitslücke gibt, oder können diese kriminellen Handlungen nicht bereits mit dem Tatbestand der Beihilfe erfasst werden? Also ganz konkret: Sind die Tatbestände durch den Tatbestand der Beihilfe erfasst und gibt es eine Strafbarkeitslücke aus Ihrer Sicht? Danke schön.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Post. Jetzt Herr Martens.

Abg. Dr. Jürgen Martens (FDP): Vielen Dank, Herr Vorsitzender, vielen Dank an die Sachverständigen, die uns hier zur Verfügung stehen. Ich habe eine Verständnisfrage an die Herren Jahn und Zöller. Wenn ich den Gesetzentwurf lese, dann steht in § 127 Absatz 1 Satz 1 StGB-E zunächst: „Wer eine Handelsplattform im Internet betreibt, deren Zweck darauf ausgerichtet ist, die Begehung von rechtswidrigen Taten zu ermöglichen...“. Wenn ich das richtig verstehe, ist es dolus directus 1. Grades im Hinblick auf das, was auf der Plattform passieren soll. Also ich betriebe etwas mit der Absicht, rechtswidrige Taten zu fördern und zu ermöglichen. Ist es dann überhaupt denkbar, dass ich, wenn ich mit dieser Zweckabsicht eine Plattform betriebe, hinterher bei solchen Geschäften, die dort passieren auf der Plattform, mit Erfolg einwenden kann, ich hätte die Begehung rechtswidriger Taten nicht in meinen Vorsatz oder in meine Vorstellung mit aufgenommen? Das ist ein Widerspruch, den ich gehört habe von manchen Sachverständigen, der mir aber mit meinen, zugegebenermaßen rudimentären, juristischen Kenntnissen nicht richtig einleuchten will.

Der stellvertretende Vorsitzende: Danke, Herr Martens. Als Nächster fragt Herr Fechner.

Abg. Dr. Johannes Fechner (SPD): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich hätte eine Frage zu dem geplanten Tatbestandsmerkmal „Server-Infrastrukturen“. Insbesondere zum Begriff „Server“ würde mich interessieren, ob dieser Begriff bestimmt genug ist, oder ob wir hier präzisieren müssen. Die Frage hätte ich gerne an Herrn Professor Brodowski und an Herrn Dr. Piechaczek gestellt.



Der **stellvertretende Vorsitzende**: Danke, Herr Fechner. Als Letzter Herr Movassat.

Abg. **Niema Movassat** (DIE LINKE.): Danke schön. Schönen guten Tag in die Runde und danke für die Statements der Sachverständigen. Wir denken auch, dass keine Strafbarkeitslücken bestehen, die man hier schließen muss. Wir als Linksfraktion sehen den Gesetzentwurf sehr kritisch, dazu haben wir hier ja auch einiges gehört. Ich habe zwei Fragen, beide an Herrn Professor Zöllner. Da geht es einmal um die Frage von Überwachungsinstrumenten und zum anderen um die Vorverlagerungsfrage. Zu den Überwachungsinstrumenten: Wie beurteilen Sie die Regelungen zur Telekommunikationsüberwachung und zur Online-Durchsuchung? Halten Sie die Ausweitung dieser grundrechtsintensiven Ermittlungsinstrumente in diesem Fall noch für verhältnismäßig? Gibt es Evaluationen, welche die Notwendigkeit dieser Ermittlungsinstrumente bestätigen? Die zweite Frage: Wir beobachten die Entwicklung der stetigen Vorverlagerung strafbaren Handelns und der Einführung immer neuer abstrakter Gefährdungslagen mit großer Skepsis. Wird diese aus unserer Sicht bedenkliche Entwicklung mit dem Gesetzentwurf fortgeschrieben, und wenn ja, inwiefern? Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Movassat. Wir sind am Ende der ersten Fragerunde und kommen jetzt zur ersten Beantwortungsrunde. Jetzt hat Herr Zöllner als Erster das Wort mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Martens und Herrn Movassat. Bitte schön.

SV **Prof. Dr. Mark A. Zöllner**: Vielen Dank für die Fragen. Ich fange mit der Frage von Herrn Martens an. Sie hatten nach dem Merkmal des Zwecks gefragt, wenn ich das richtig verstanden habe. Diese Zweckbestimmung ist, so verstehe ich die Gesetzesbegründung an dieser Stelle, vom BMJV (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz) als objektives Tatbestandsmerkmal gedacht. Das heißt, Sie haben ganz Recht, diesbezüglich würde dann natürlich *dolus eventualis* genügen. Das habe ich auch in meiner schriftlichen Stellungnahme ausgeführt. Mein Bedenken ist nur, ich halte das für absolut lebensfremd. Ich habe es eben schon kurz im Eingangsstatement erwähnt: Im Regelfall sind das Geschäftsmodelle. Kinderpornografie ist

vielleicht noch ein Sonderfall, aber auch da erhofft sich, glaube ich, ein Betreiber sehr häufig entsprechendes Bildmaterial. Das heißt also, dieses höchstens in Kauf nehmen oder nicht wissen, was da passiert und wie der Zweck der Plattform ist, noch dazu wenn man sie schon mit einem einschlägigen Namen bezeichnet – *Boystown* ist vielleicht noch ein bisschen ambivalent, anders aber *Cocaine Market* –, dass man da nicht mindestens im Bereich von *dolus directus* 1. oder 2. Grades ist, kann ich mir praktisch kaum vorstellen. Aber da mögen mich die Praktiker vielleicht auch eines Besseren belehren. Dann die Fragen von Herrn Movassat, vielen Dank. Ja, diese Überwachungstools. Ich glaube, dass da viel zu viel hinein-„geheimnist“ wird. Sie müssen immer auch wissen, wo diejenigen, die Sie überwachen wollen, sitzen – und das ist das ungelöste Problem auch dieses Gesetzentwurfs. Das mal so als allgemeine Fragen. Und in der Tat meine ich, dass der Straftatenkatalog für diese weite Vorverlagerung – man muss sich ja klarmachen, hier wird, ganz deutlich ist es bei dem Bereitstellen der Server-Infrastrukturen, im weiten zeitlichen Vorfeld bestraft. Das ist sozusagen das Vorfeld von Taten, die irgendwann später mal auf einer solchen Plattform, wenn sie dann läuft, begangen werden. Man sollte da grundrechtssensibel sein und nicht noch nach dem letzten Tatbestand rufen, den man hier noch in den Katalog reinnehmen könnte. Das sehe ich in der Tat so. Evaluation gibt es zu diesen neuen Maßnahmen kaum. Die TKÜ-Studien (Telekommunikationsüberwachung) sind alle relativ alt, ich nehme an, da legen Sie zu Recht den Finger auf die Wunde. Da wäre in der Tat noch mal Handlungsbedarf. Vielleicht die letzte Bemerkung dazu: Sie müssen sich vorstellen, gerade Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung sind praktisch mit einem enormen Aufwand verbunden. Das heißt, jetzt mal unabhängig von allen Grundrechtsfragen, die ich kritisch sehe: Das können Sie rein aus Kapazitätsgründen nur mit den allerschwersten Vorwürfen machen, und darüber geht das weit hinaus. Sie müssen ja sozusagen den Bundestrojaner erstmal auf den Zielrechner spielen, und wie viel Aufwand das ist, wissen, glaube ich, alle hier in der Runde. Und die zweite Frage, damit bin ich dann auch am Ende, zur Vorverlagerung der Tat: Das ist ein beliebtes Hilfsmittel, dass man einen



materiell-rechtlichen Tatbestand schafft. Also ganz ehrlich, was die Integrität der redlichen Online-Wirtschaft ist, das ist sehr kreativ. Man kann da Rechtsgüter erfinden, aber diese Vorverlagerung bedeutet natürlich immer auch eine zeitliche Vorverlagerung der Überwachungsmethoden und der Ermittlungsbefugnisse – in der Tat. Ich sehe das hier kritisch und sehe auch einfach den Anlass nicht, warum man so weit in den grundrechtssensiblen Vorfeldbereich gehen sollte. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Zöllner. Ich muss jetzt nochmals als Handelsrechtler sagen, der auch mit *Wirecard* beschäftigt ist, da haben wir noch keinen Abschlussbericht, aber ich habe mich immer gefragt: Passt das oder passt das nicht? Aber das ist die Frage, die wir später zu beantworten haben werden. Als Nächster Herr Wullrich mit der Antwort auf die Frage des Herrn Kollegen Jung.

SV **Thomas Wullrich**: Es ging um die Frage, ob aus Sicht der Praxis Strafbarkeitslücken gesehen werden. Das habe ich schon im Eingangstatement und auch in meiner schriftlichen Stellungnahme bejaht. Es gibt natürlich, dem ist zuzustimmen, Fälle, in denen auch mit der bisherigen Rechtslage Erfolge durch die Praxis erzielt worden sind. Man kann aber nicht aus einzelnen Erfolgen erschließen, dass es in anderen Ermittlungsverfahren keine Probleme gibt. Es gibt in zahlreichen Ermittlungsverfahren Probleme mit dem Nachweis. Und diese Ermittlungsverfahren erblicken naturgemäß nie das Licht der Öffentlichkeit. Wenn ich ein Verfahren einstellen muss, weil ich eine Haupttat objektiv nicht nachweisen kann, zu der Beihilfe geleistet werden muss, oder weil ich die subjektive Tatseite nicht nachweisen kann, dann kommen diese Verfahren über das Schreibtischstadium nicht hinaus. Es ist dann auch öffentlich nicht bekannt, dass es hier Nachweisschwierigkeiten gibt. Ich denke, dass es schon in vielen Verfahren ein Problem gibt, eine objektive Haupttat überhaupt nachweisen zu können, zu der Beihilfe geleistet werden kann. Wir sehen auf diesen Handelsplattformen oft nur die Angebote oder Dienstleistungen, die eben dort angeboten werden. Die weitere Geschäftsabwicklung zwischen dem Verkäufer oder dem Dienstleister und dem Interessenten spielen sich häufig im

Verborgenen ab; etwa wenn die Kommunikation in geschlossenen, besonders gesicherten Chaträumen stattfindet, wenn Private Notes, die sich nach Lektüre durch den Empfänger selbst zerstören und für die Ermittlungsbehörden auch nicht wieder herstellbar sind, genutzt werden, oder wenn die Beteiligten ihre Kommunikation gänzlich außerhalb der Plattform durchführen. All dies sind Fälle, wo wir Schwierigkeiten haben, eine hinreichend konkrete Haupttat schon objektiv zu belegen, sodass wir im zweiten Schritt gar nicht mehr zu der Frage kommen, ob diese Haupttat dann von einem Gehilfenvorsatz umfasst wäre. Ich denke, dass es zahlreiche Beispiele aus der Praxis gibt, die belegen, dass ein Regelungsbedarf besteht.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Wullrich. Als Nächster hat das Wort Herr Rückert mit den Antworten auf die beiden Fragen von Frau Bayram.

SV **Dr. Christian Rückert**: Vielen Dank. Zur ersten Frage: Der Fall *Deutschland im Deep Web* wurde ja heute schon mehrfach angesprochen. Er ist geradezu ein Paradebeispiel dafür, dass es mit den jetzt schon vorhandenen materiell-rechtlichen Mitteln gelingt, durchaus beachtliche Freiheitsstrafen zu verhängen. Bei diesem Verfahren ging es unter anderem darum, dass der Attentäter des Münchner Olympia-Einkaufszentrums seine Waffe letztlich über *Deutschland im Deep Web* gekauft hat. Er hat sie nicht online geordert, sondern sich dann mit dem Verkäufer getroffen, aber der Kontakt kam über dieses Forum zustande. Da wurde nicht nur der Verkäufer dieser Waffe, sondern auch der Betreiber, also die Person, die hinter *Deutschland im Deep Web* stand, vom Landgericht Karlsruhe zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt. Das wurde, von Herrn Jahn auch schon ausgeführt, vom Bundesgerichtshof ohne weitere Problematisierung der Urteilsbegründung gehalten. Der Täter wurde unter anderem wegen Beihilfe zu allen möglichen Waffen- und Betäubungsmittelstraftaten und auch wegen fahrlässiger Tötung zu Lasten der Opfer des Attentats beim München Olympia-Einkaufszentrum verurteilt. Insofern ist die Aussage, dass der Anlass für dieses Gesetz deswegen belegt sei, weil dieser Betreiber nicht bestraft hätte werden können, schlicht tatsächlich falsch. Es sollte auch



beachtet werden, dass es sich bei dieser Plattform um eine solche handelt, die weit weg von den zu Recht als besonders gefährlich empfundenen hochprofessionellen Handelsplätzen steht, die im Endeffekt sowas wie *Ebay* im illegalen Bereich sind. Davon war dieses Forum weit entfernt. Es war ein Forum, in dem auch Meinungs Austausch stattfand. Es gab Unterforen, in denen über ganz normale Dinge gesprochen wurde, und es gab Unterforen, in denen dann Betäubungsmittel oder Waffen gehandelt worden sind. Der Betreiber selbst hat an diesen Straftaten gar nicht mitverdient, sondern er hat sich selbst finanziert. Er hat gelegentlich wohl mal Spenden eingenommen von Leuten, die dieses Forum unterstützen wollten, aber an den einzelnen Taten war er selbst monetär gar nicht beteiligt. Und diese Person hat sechs Jahre Gesamtfreiheitsstrafe bekommen. Zugegebenermaßen dürfte da eine Rolle gespielt haben, dass das Attentat mit einer Waffe verübt wurde, die bei ihm gekauft wurde, aber auch ohne diese Straftaten wären wir sicherlich noch bei einer ordentlichen Freiheitsstrafe gelandet. Dementsprechend halte ich es für sehr zweifelhaft, dass § 127 StGB-E hier irgendetwas an der Strafhöhe geändert hätte. Insbesondere wenn man bedenkt, dass die Subsidiaritätsklausel in § 127 Absatz 1 Satz 1 a.E. StGB-E vorgesehen ist. Zur zweiten Frage: Da will ich ein wenig weiter ausholen, wie dieser Straftatbestand konstruiert ist. Dieser § 127 Absatz 1 Satz 1 StGB-E erlässt den Strafverfolgungsbehörden den Nachweis einer einzigen Haupttat. Das heißt, theoretisch ist schon strafbar, wer seine Plattform online schaltet, ohne dass jemals ein einziges Gramm Hasch oder eine einzige gefälschte Handtasche über diese Plattform verkauft worden ist. Dementsprechend habe ich hier letztlich eine versuchte Beihilfe, weil ich noch nicht mal eine Haupttat brauche. Das ist eine Konstruktion, von der wir bisher im normalen Strafrecht AT (Allgemeiner Teil) Abstand genommen haben – zu Recht, weil wir eben die Überlegung haben, ist denn das überhaupt strafwürdig, was hier passiert? Der Satz 2, der geht noch einen Schritt weiter nach vorne. Der sagt, es genügt jetzt auch schon, dass jemand Server-Infrastrukturen – ich komme gleich zur Frage, was das eigentlich sein soll – zur Verfügung stellt. Das heißt, wer Beihilfe leistet zu dieser versuchten Beihilfe zu der späteren

Haupttat, das ist diese weite Verlagerung ins Vorfeld, von der Herr Zöller auch schon gesprochen hat. Und wenn man sich überlegt, was davon alles erfasst sein kann, dann kommt man auch ziemlich schnell dazu, dass dieser Straftatbestand so weit formuliert ist – auch schon durch die Legaldefinition in Absatz 2, der verweist nämlich auf den § 11 Absatz 3 StGB, und da sind auch sogenannte Inhalte erfasst, und in den Inhalten sind auch per Kommunikationstechnologie übertragene Informationen erfasst. Und dann bin ich ganz, ganz schnell bei Messenger-Diensten, da bin ich ganz schnell bei E-Mail Providern, da bin ich ganz schnell bei Infrastrukturen, die Cloud-Leistungen im weiteren Sinne zur Verfügung stellen, und ich bin wahrscheinlich sogar schon in § 127 Absatz 1 Satz 1 StGB-E bei der Möglichkeit, auch Torknotenbetreiber beispielsweise zu erfassen. Da werden auch Inhalte übertragen und die werden, das weiß jeder, durchaus auch in nicht unerheblichem Maße zu Straftaten, die im Katalog enthalten sind, verwendet. Wenn man dann noch einen Schritt weggeht und sich fragt: Was sind Server-Infrastrukturen? Da sagt der Entwurf, das soll letztlich nur Hardware sein – so verstehe ich die Entwurfsbegründung zumindest. Da ist mir schon nicht klar, warum nur Hardware, warum keine Software, also warum den Computer hinstellen „Ja“, warum einen Cloud-Service betreiben „Nein“? Das ist unklar und damit auch von der Bestimmtheit her zumindest problematisch. Ein Beispiel, was das sein könnte: Das kann alles Mögliche sein, streng genommen stellt jeder Internetzugangsdienstleister Hardware zum Betrieb solcher Plattformen zur Verfügung. Jetzt kann man sagen: Na ja gut, dann ist der Vorsatz eingeschränkt auf Wissentlichkeit. Dann muss die Wissentlichkeit, also *dolus directus* 2. Grades, aber zwingend meinen, dass der Betreiber weiß, welche einzelnen Plattformen mithilfe seiner Server-Infrastruktur betrieben werden. Und dann stellt sich wieder die Frage, ob davon das Bulletproof-Hosting erfasst ist, weil da ist das Geschäftsmodell gerade, dass die Betreiber dieser Bulletproof-Hosts nicht wissen, was die Kunden auf ihren Servern treiben. Dementsprechend ist diese zweite Vorschrift wahrscheinlich relativ nutzlos hinsichtlich dessen, was sie tatsächlich erfassen will, gleichzeitig aber eine Gefahr, dass ich darüber Ermittlungsverfahren theoretisch



nahezu gegen jeden beliebigen Betreiber von Infrastrukturen anleiern kann, die anonym und sicher verschlüsselt nutzbar sind. Dementsprechend besteht einfach eine sehr große Gefahr, dass hier Kollateralschäden an Plattformen entstehen, die gesellschaftlichen Nutzen haben, weil sie die Möglichkeit bieten, die Plattform anonym und sicher verschlüsselt zu nutzen. Das ist einfach ein großes Problem, dass hier letztlich das Kind mit dem Bade ausgeschüttet wird, ohne das eigentliche Problem des Strafverfolgers bzw. der Strafverfolgerin tatsächlich zu lösen.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Rückert. Als Nächster hat Herr Piechaczek das Wort mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Post und Herrn Fechner.

SV Dr. Oliver Piechaczek: Zur Frage von Herrn Fechner kann ich sagen, dass das eine ganz einfache Antwort ist: Ich sehe nicht, dass das nicht hinreichend bestimmt ist, wenn man die Entwurfsbegründung hinzunimmt, und ich denke, dass man damit in der Praxis operieren kann. Also diese Frage kann ich recht schnell mit „Ja“ beantworten, dass ich da keine Bedenken habe. Zum Thema Strafbarkeitslücke: Ein Stück weit, das hat Herr Wullrich schon gesagt, ist das ein Fluch der guten Tat. Nur weil es Ermittlungserfolge gibt und weil es da zu Verurteilungen kommt, heißt es noch lange nicht, dass wir den Blick abwenden können von Strafbarkeitslücken, die existieren. Und wie Herr Wullrich schon sagte: Dinge, die einfach am Schreibtisch bleiben, sind eben nicht so schillernd, dass man die dann in der Öffentlichkeit hervorheben kann. Ich möchte auch mal eingehen auf das Thema Strafbarkeitslücke, um auf die Frage von Herrn Post überzuleiten. Es wird immer wieder dieses Urteil des Landgerichts Karlsruhe zu dem Forum *Deutschland im Deep Web* genannt. Man muss das Urteil in seinen Details lesen und wird feststellen, dass es ein Einzelfall mit ganz besonderen Charakteristika war. Das ist kein Fall, den wir standardisiert über alle Fälle drüberlegen können, denen wir in der Praxis begegnen. Solche Feststellungen, wie in diesem Fall, sind nicht an der Tagesordnung, lassen sich nicht immer treffen. Auf eines möchte ich auch mal aufmerksam machen: Wir haben es ja mit szenetypischen Delikten zu tun, das hat Herr Jahn gesagt, das war auch bei Herrn Rückert jetzt

immer das Schlagwort. Das Landgericht Karlsruhe hat hier nicht wegen Beihilfe zu den Taten des Attentäters im Olympiazentrum verurteilt. Wir haben hier keine Beihilfe zum Mord oder zum Totschlag, sondern zu den Waffendelikten. Der Grund, weswegen wir hier nicht zu einer solchen Verurteilung kamen, war das Bestimmtheits-erfordernis des Teilnehmervorsatzes. Da kommen wir nicht so leicht hin, um eine Art Generalvorsatz unterstellen zu können. Der Schuldspruch erfolgte wegen Beihilfe zu Waffendelikten und wegen fahrlässiger Tötung. Und jetzt bringe ich mal, um es plastisch zu machen, ein Beispiel: Wenn es jetzt um ein Forum gegangen wäre mit der Unterkategorie „tabulos“ beispielsweise, etwas Ähnliches hatte er ja in seinem Portfolio, wenn man dort ein Kind zum sexuellen Missbrauch anbieten würde, und das jetzt nicht in dem großen Stil, sondern ein Kind, dann habe ich Zweifel, ob wir hier zu einer adäquaten Verurteilung und auch einer schuldangemessenen Strafe gekommen wären. Wenn überhaupt. Eine Beihilfe mangels generellen Vorsatzes kann man da unter Umständen gar nicht unterstellen. Die §§ 176 ff. StGB hätten das unter Umständen nicht abgedeckt und eine fahrlässige Begehungsweise steht hier nicht unter Strafe. Also deswegen, um das jetzt mal an einem Beispiel festzumachen, und zahlreiche weitere Beispiele sind denkbar, bin ich sehr wohl der Auffassung, dass wir hier Lücken haben.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Als Nächster hat Herr Jahn das Wort mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Peterka und Herrn Martens.

SV Prof. Dr. Matthias Jahn: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich wende mich zunächst der Antwort auf die Frage von Herrn Martens zu. Da geht es in der vorgeschlagenen Gesetzesfassung im Regierungsentwurf um die Bedeutung des Merkmals „Zweck darauf ausgerichtet ist, die Begehung von rechtswidrigen Taten zu ermöglichen“. Herr Zöller hat schon zu Recht gesagt, das ergibt sich aus Seite 14 der Entwurfsbegründung, wie sich das BMJV den Mechanismus vorstellt. Die Entwurfsbegründung sagt, diese Zwecksetzung ist ein objektives Merkmal, und weil es ein objektives Merkmal ist, gelten die allgemeinen Regeln der §§ 15, 16 StGB, das heißt, es genügt diesbezüglich auch der dolus



eventualis, also auch das bloße Wissen darum, dass die Handelsplattform eine entsprechende Zwecksetzung hat. Das führt in der Tat nicht weiter als das geltende Recht, nämlich die geltende Beihilfedogmatik. Genau das ist der Mechanismus, der derzeit der Regelung des § 27 StGB zugrunde liegt. Gerade weil das die schwächste Form der Beteiligung im StGB ist, muss auch der Tatbestandsvorsatz nur ganz schwach ausgeprägt sein, der Gehilfe muss keine Einzelheiten von Ort und Zeit der Tat und auch keine Modalitäten ihrer Begehung im Einzelnen kennen. Das heißt also für den eben gebildeten Beispielsfall zu dem Münchner Amoklauf: Selbstverständlich hat das Landgericht Karlsruhe zu Recht keine Beihilfe zum Mord oder zum Totschlag erwogen, weil insofern schon kein kognitives Vorsatzelement hat bestehen können. Mit einer Waffe, die ich in einem Darknet-Forum kaufe, muss ich nicht notwendigerweise zehn Menschen umbringen. Aber was selbstverständlich verwirklicht ist, ist eine Beihilfe zu einem Waffendelikt oder, hier war es sogar noch schwerer – wir haben ja schon gehört, im Waffengesetz sind die Tathandlungen weit formuliert, das Waffengesetz greift früh ein –, hier lag sogar eine entsprechende Täterschaft vor, bestraft mit einer langjährigen Freiheitsstrafe. Ich glaube sehr wohl, dass dieser Fall, deshalb ist er ja unter anderem in den Fachzeitschriften veröffentlicht worden, als Blaupause dafür taugt, zu demonstrieren, dass Strafbarkeitslücken gerade nicht bestehen. Zweite Antwort auf die Frage von Herrn Peterka, die knüpft gewissermaßen dort an: Herr Peterka fragt sich, wie ist denn das mit Seite 8 der Entwurfsbegründung, nämlich der Behauptung, dass bei automatisierten Plattformen der Beihilfevorsatz versage, ob ich dazu ein Beispiel aus der Rechtsprechung nennen könne. Klare Antwort: Nein, ich kann das nicht, und es ist vor allen Dingen nicht meine Aufgabe. Es wäre Aufgabe der Entwurfsverfasserinnen und -verfasser gewesen, dafür einen Beleg beizubringen, aber das geschieht nicht. Die Antwort darauf kann, da ich in die Recherchekapazitäten des BMJV allergrößtes Vertrauen habe, nur lauten: Es gibt keinen Fall, in dem bisher eine entsprechende Lücke beim Beihilfevorsatz bei automatisierten Plattformen aufgetaucht wäre. Wenn allerdings im Gesetzentwurf genauer recherchiert worden wäre, hätte der Blick fallen

können auf eine Entscheidung des Landgerichts Bochum. Die ist allerdings gefällt worden in der Frühzeit des Internets im Jahre 2000, und es geht auch gar nicht um Internetkriminalität, sondern es geht um Strafbarkeit im Bereich von Geschäftsbanken. Damals hat das Landgericht Bochum, NJW 2000, 1430, einen Mitarbeiter einer westdeutschen Geschäftsbank deshalb wegen Beihilfe verurteilt, weil er ein EDV-gestütztes technisches Abwicklungssystem zur Verfügung gestellt hat, damit Kundinnen und Kunden ihre Identität bei der Überweisung ins Ausland verschleiern können. Man muss nun also nicht unbedingt ein Spitzenjurist sein, um die auffälligen Parallelen zu der behaupteten Strafbarkeitslücke zu sehen, die jetzt angeblich bei den automatisierten Plattformen bestünde. Natürlich wusste auch damals der Bankmitarbeiter dieser westdeutschen Geschäftsbank nichts über den Inhalt der einzelnen Überweisungen, sondern es genügte, dass er ein solches System zur Verfügung gestellt hat, um systematisch Straftaten, nämlich Steuerhinterziehung, zu ermöglichen. Ich will damit nicht behaupten, dass diese Entscheidung über jeden Zweifel erhaben ist und auch noch heute dem Stand der Dogmatik sogenannter neutraler Beihilfe taugt, aber das ist ja hier nicht die Frage. Es geht eben nicht um Geschäftsbanken, sondern es geht um eindeutig kriminell geprägte Kontexte. Antwort also auf die Frage von Herrn Peterka: Es gibt das, was auf Seite 8 der Entwurfsbegründung behauptet wird, auch bezüglich automatisierter Handelsplattformen nicht – nämlich keine Strafbarkeitslücke.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Jahn. Als Nächster Herr Goger mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Jung und Herrn Post.

SV Thomas Goger: Ich glaube, ich kann das zusammenfassen, nachdem die Fragen sich im Großen und Ganzen überlappt haben. Interessanterweise ist das Cyberbunker-Verfahren aus Rheinland-Pfalz angesprochen worden. Da sind die Kolleginnen und Kollegen noch mitten in der gerichtlichen Verhandlung, deswegen wird man erst ex post beurteilen können, wie weit die Argumentation, die man im Ermittlungsverfahren an den Tag gelegt hat, letztlich auch das Gericht überzeugen mag. Die Besonderheit bei dem



Cyberbunker-Verfahren ist aber, dass nach allem, was ich über das Verfahren gehört habe, man dort den verbal rauchenden Colt gefunden hat, den man in vielen anderen Verfahren nicht findet. Nämlich Kommunikation, die tatsächlich Rückschlüsse auf die Kenntnis der Betreiber des Cyberbunkers, auf Haupttaten derer, die die Dienste in Anspruch genommen haben, zugelassen hat. Der Cyberbunker wäre möglicherweise ganz anders weitergegangen, wenn diese Kommunikationsinhalte im Ermittlungsverfahren nicht aufgedeckt worden wären. Ich kann aus unserer eigenen Praxis, wir sind ja auch sehr intensiv unterwegs im Bereich Kinderpornografie, ein Verfahren zumindest andeuten. Ich will mich etwas zurückhalten, weil da noch nicht über die Eröffnung des Hauptverfahrens entschieden wurde. Auch da, kinderpornografisches Forum im Darknet, insgesamt drei Administratoren, hochrangige Moderatoren als Beschuldigte im hier in Bamberg geführten Verfahren. Wir waren heilfroh, dass wir bei den drei Administratoren und Moderatoren auch eigene Verbreitungshandlungen von Kinderpornografie gefunden haben, weil deren Tatbeiträge zwar sehr wesentlich für die Funktionsfähigkeit des kinderpornografischen Forums im Board waren – die hatten für die Aufrechterhaltung dieser kriminellen Plattform ganz entscheidende Beiträge geleistet –, ich weiß aber nicht, ob es gelungen wäre, tatsächlich eine Mittäterschaft oder Beihilfe oder gar bandenmäßige Begehung zu anderen Taten zurechnen zu können, wenn man nicht auch diese eigenen Verbreitungshandlungen gefunden hätte. Das ist tatsächlich ein bisschen das Problem, vor dem wir stehen. Natürlich: Wenn wir vor Boards stehen, die hier auch beschrieben worden sind, die entsprechende Namen tragen, die ganz eindeutig nichts anderem als kriminellen Zwecken dienen, dann ist es schon unsere Aufgabe, ein Stück weit Kreativität zu entwickeln, ob denn das nicht unter den Anfangsverdacht einer bestehenden Norm subsumiert werden kann. Das ist alltägliche Arbeit bei Staatsanwältinnen und Staatsanwälten, und da gelingt auch Vieles. § 129 StGB ist auch schon genannt worden, wird ganz häufig auch als Einstiegsnorm genommen. Man muss aber ehrlich sein, dass wir in dem Stadium einfach in vielen Fällen schlicht noch zu wenig wissen, um uns bei

der Begründung des Anfangsverdachts auf mehr zu stützen, als auf Fiktionen oder schlichte Mutmaßungen. Ein bisschen mehr brauche ich halt für die Bejahung des Anfangsverdachts, auf den ich dann eine ganz konkrete, einschneidende Ermittlungsmaßnahme in der Folge setze, schon. Und da wäre es schon für die strafrechtliche Praxis ganz entscheidend, hier eine Norm zu haben, mit dem § 127 StGB in der Entwurfsfassung, der dieses Verhalten ohne Weiteres pönalisiert, der Staatsanwälte nicht zu der Entscheidung zwingt, kriege ich das irgendwie unter Zuhilfenahme aller denkbaren Auslegungsmöglichkeiten unter irgendeiner Norm „gezwängt“, die mir den Einstieg in die Ermittlungen erlaubt. Das mal zu der Frage Strafbarkeitslücke. Das entscheidende Problem in dem Bereich hat aber der Kollege Wullrich angesprochen. Wir haben es bei diesen Handelsplattformen – ich verwende auch den Begriff der „Handelsplattform“, auch wenn mir das Streichen des „Handels“ ebenfalls deutlich lieber wäre, um keine Auslegungsschwierigkeiten zu bekommen – mit Plattformen zu tun, die automatisiert ablaufen – automatisiert, das klingt ja irgendwie so, als ob da niemand mehr irgendwas machen muss, alles machen Computer –, die automatisiert in dem Sinne ablaufen, dass der Betreiber, die Administratoren im Grunde nur den technischen Rahmen zur Verfügung stellen, die Funktionsfähigkeit der Plattform einigermaßen sicherstellen, dann aber keinerlei weitere Eingriffsmöglichkeiten oder auch nur Einsichtsmöglichkeiten in die konkret über diese Plattform abgewickelten Geschäfte haben. Da kann ich voll Bezug nehmen auf das, was Herr Wullrich ausgeführt hat. Das funktioniert in verschlüsselten Chats, auf die auch die Betreiber nicht zugreifen können. Das heißt, wenn Sie es mit einem ehrlichen Kriminellen zu tun haben, schauen Sie hinterher auch als Ermittlungsbehörde in die Röhre, wenn das Backend sichergestellt ist. Das halte ich schon für sehr gewagt. Auch unter Zugrundelegung dessen, dass sich der Beihilfevorsatz natürlich nicht auf eine außerordentlich bestimmte Haupttat erstrecken muss, sondern dass es reicht, dass die Haupttat im Einzelnen einigermaßen umschreibbar sein muss. Da halte ich es schon für gewagt, am Ende zum Beispiel die Anklage wegen eines Betäubungsmitteldelikts formulieren zu müssen, deren Anklagesatz im



Wesentlichen lautet: Wir legen ihm zur Last, irgendwelche Drogen in irgendwelcher Menge an irgendwelche Abnehmer weiterveräußert zu haben. Mehr Konkretisierung kann ich nicht leisten, weil mir eben diese ganzen Einzelgeschäfte in der Konstellation nicht bekannt sind. Dass das gleichwohl strafwürdig ist, da bin ich der festen Überzeugung, weil diese Plattformen sich auch in keiner Grauzone bewegen, das steht für mich außer Frage, und das wäre genau der Punkt, an dem der § 127 StGB-E eingreifen würde. Deswegen, das ist vielleicht der letzte Satz, ist es nicht erst seit vorgestern eine dringende Bitte von Strafverfolgungsbehörden – das ganze Projekt war schon Gegenstand vor, ich glaube, mittlerweile vier Jahren der Länderarbeitsgruppe Digitale Agenda für das Straf- und Strafprozessrecht, mehrerer Initiativen im Bundesrat. Sie würden uns an der Stelle tatsächlich das Leben erleichtern, eindeutig kriminelle Plattformen besser zu greifen, wenn wir für dieses Kriminalitätsphänomen auch eine passende Norm hätten und uns nicht irgendetwas aus dem Sammelsurium des StGB im Sonstigen zusammenschustern müssten.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Goger. Sie haben schon wieder den „Handel“ aufgegriffen. Das hat mich dazu gebracht, nochmal ins HGB zu gucken. Da weiß man, dass Handel der Austausch von Waren ist. Aber in § 1 Absatz 2 HGB steht drin: Jedes Gewerbe ist ein Handelsgewerbe. Also eigentlich das, was Sie sagen, das finden wir an anderer Stelle schon in unserem Gesetz, ist aber auch nicht jedem im Kopf. Ich habe die Zeit dafür genutzt. Als Letzter hat das Wort Herr Brodowski mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Peterka und Herrn Fechner.

SV Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Zunächst zur Frage von Herrn Fechner, ob der in § 127 Absatz 1 Satz 2 StGB-E verwendete Begriff der „Server-Infrastruktur“ noch präziser gefasst werden sollte. Abgesehen von prozessualen Folgeproblemen dieses Satzes, auf die Herr Wullrich schon hingewiesen hat, sehe ich hier tatsächlich die Möglichkeit, die Zielrichtung des Gesetzentwurfs noch klarer zum Ausdruck zu bringen. Denn „Server-Infrastrukturen“ oder auch der in der Gesetzesbegründung verwendete Begriff der

„Hardware-Infrastruktur“ ist kein in der Rechtsordnung eingeführter Begriff. Sinn und Zweck dieses Satzes, dieses eigenständigen Tatbestandes, wenn man ihn schaffen will, ist allerdings klar: Er soll sich beziehen auf die sogenannten Hosting-Provider im Sinne von Artikel 14 der E-Commerce-Richtlinie oder § 10 Telemediengesetz. Dieses Konzept eines Hosting-Providers, diese Konstruktion, ist rechtlich eingeführt. Wenn man eben diesen Begriff hier übernehmen würde, gewänne man an systematischer Klarheit und könnte dadurch auch klar abgrenzen, das Network-Provider, Access-Provider und so weiter gerade nicht erfasst sind. Zur Frage von Herrn Peterka: Ihre Hypothese, die Bundesregierung habe die Folgen für das Internet nicht bedacht, teile ich nicht. Die Bundesregierung setzt sich in der Begründung dieses Gesetzentwurfs ausdrücklich damit auseinander, dass Plattformen mit rechtmäßigem Geschäftsmodell nicht erfasst sein sollen, und sucht dies insbesondere dadurch zu erreichen, dass dieses Merkmal des Zwecks objektiv zu bestimmen ist und von einem entsprechenden Vorsatz getragen sein muss. Auch setzt sich diese Begründung ausführlich mit der E-Commerce-Richtlinie auseinander. Über Formulierungen und deren mögliche Optimierung lässt sich im demokratischen Gesetzgebungsverfahren natürlich noch sprechen, aber ihre Hypothese, danach hatten Sie mich gefragt, teile ich ausdrücklich nicht. Vielen Dank.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Brodowski. Wir sind am Ende der ersten Antwortrunde und für die zweite Fragerunde hat sich bereits Frau Bayram gemeldet, die ich hiermit um Ihre Frage bitte.

Abg. Canan Bayram (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich habe eine Frage, die geht an Herrn Rückert und an Herrn Zöller. Es ist ja in der Vergangenheit bereits einige Male gelungen, große kriminelle Plattformen durch kriminalistische Arbeit aufzudecken und die Täter zu bestrafen. Was würde aus Ihrer Sicht die Arbeit vereinfachen? Ein neuer Straftatbestand oder eine bessere technische und personelle Ausstattung der Ermittlungsbehörden? Und wie müsste diese Ausstattung aussehen? Wenn der Herr Vorsitzende mir das erlauben würde, weil sich sonst wenige Kollegen melden,



dann würde ich diese Frage auch gerne an Herrn Piechaczek stellen, an einen Dritten sozusagen.

Der stellvertretende Vorsitzende: Können wir gerne machen, denn wir haben ja noch etwas Zeit. Ihre Bitte wird genehmigt. Vielleicht für diejenigen, die das nicht wissen: Wir haben normalerweise bei uns im Rechtsausschuss keine Kontingentierung der Fragen nach Fraktionen, wie das bei anderen Ausschüssen der Fall ist, sondern wir gehen kollegialiter miteinander um. Letztlich wird alles beantwortet, was gefragt wird, und was in die zwei Stunden der Anhörung hineinpasst – das ist die eigentliche Obergrenze. Deshalb hat jetzt in jedem Fall nochmal Herr Peterka das Wort.

Abg. Tobias Matthias Peterka (AfD): Vielen Dank für die Antworten. Ich bleibe dabei, dass viele Dinge im Internet nicht bedacht wurden, gerade die Ambivalenz, die Herr Rückert eigentlich sehr gut angesprochen hat, dass bei diesen automatischen Plattformen zum Beispiel, oder wenn man anonyme Foren zur Verfügung stellt, dass man dann schlussendlich strafbar wird, auch wenn das Modell „gehijacked“ wird und dort Angebote kommen, die ich gerade nicht in Betracht gezogen habe. Deswegen halte ich weiterhin den bedingten Beihilfevorsatz für absolut machbar. Vielen Dank auch für die Antwort von Herrn Dr. Jahn. Ich habe natürlich gehofft, dass diese Antwort kommt, dass es eben keine bisher nachgewiesene Lücke bei dieser Strafbarkeit von automatisierten Plattformen gibt. Ich weise erneut darauf hin: Das Internet beruht gerade darauf, dass ich natürlich alles automatisiere, was zu automatisieren geht. Das könnte man bitte mal genau bedenken. Deswegen meine Frage jetzt an Herrn Piechaczek, ob er ein Beispiel hat, wo eine eventualis-Strafbarkeit, Beihilfe technisch, für eine automatisierte Plattform denn so gar nicht in Betracht käme, ob ihm ein konkretes Beispiel einfällt.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Peterka. Als Nächster Herr Post.

Abg. Florian Post (SPD): Danke, Herr Vorsitzender. Meine Frage richtet sich an Herrn Professor Brodowski. Mit dem Gesetzentwurf sollen ja weitere Ermittlungsbefugnisse zur Verfolgung des neuen Tatbestands geschaffen werden. Das heißt, dieser wird jeweils in den Anlasskatalog der §§

100a Telekommunikationsüberwachung, 100b Online-Durchsuchung und 100g StPO Erhebung von Verkehrsdaten aufgenommen. Diese Maßnahmen sind immer auch mit Einschränkungen von Grundrechten verbunden, und eine Erweiterung bedarf natürlich der gründlichen Abwägung. Halten Sie in diesem Fall die Schaffung von den genannten Ermittlungsbefugnissen für angemessen bzw. sehen Sie Bedarf für Konkretisierungen? Danke schön.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Kollege. Als Letzter Herr Movassat.

Abg. Niema Movassat (DIE LINKE.): Danke schön. Meine Frage geht an Herrn Rückert und Herrn Zöllner: Besteht durch die in der Entwurfsbegründung eingeführten Indizien für die Zweckausrichtung der Plattform auf die Förderung rechtswidriger Taten – genannt werden ja Gesamtschau des Angebots und Lokalisierung der Plattform im Deep Web/Darknet – die Gefahr, dass ein Anfangsverdacht auch gegen legale Plattformen begründet werden kann, also insbesondere solche legalen Plattformen, die ihren Nutzerinnen und Nutzern anonyme und verschlüsselte Nutzungsmöglichkeiten einräumen? Und könnte es dadurch zu Abschreckungseffekten kommen, dass solche legalen Plattformen, die aber eben anonymisiert sind, angeboten werden?

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Movassat. Damit wären wir am Ende der zweiten Fragerunde. Wir gehen jetzt wieder alphabetisch vor. Als Erster hat das Wort Herr Brodowski mit der Antwort auf die Frage von Herrn Post.

SV Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski: Vielen Dank. Herr Posts Frage richtet sich auf die strafprozessualen Eingriffsbefugnisse. Wir haben es hier mit einem Tatbestand zu tun, der letztlich nur über Informationstechnologie begangen werden kann. Deswegen halte ich es hier in diesem konkreten Fall für legitim, auch über strafprozessuale Befugnisse zum verdeckten Zugriff auf solche als Tatmittel verwendete Informationstechnologie nachzudenken. Allerdings ist hier von Verfassungen wegen einer Restriktion vorzusehen, und diese sieht der Gesetzentwurf der Bundesregierung schon im § 100b Absatz 2 StPO-E vor, dass nämlich die



über diese Handelsplattform ermöglichte oder geförderte Tat selbst eine Katalogtat sein muss, damit diese Tat des Betreibens einer Handelsplattform im Internet selbst die erforderliche besondere Schwere erreicht. Genau dieselbe Konstruktion wäre meiner Ansicht auch beim Katalog des § 100g StPO erforderlich und auch im Katalog des § 100a StPO, der dann wiederum auch Anlass bietet für die Maßnahme nach § 100k StPO gemäß des dortigen Verweises. In diesem Fall halte ich tatsächlich eine Erweiterung dieser Kataloge für erforderlich, allerdings auch hier mit einem klaren Fokus darauf, dass die Katalogtat eine besonders schwere oder, im Fall des § 100a StPO, eine schwere Straftat sein muss. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Als Nächster ist Herr Piechaczek dran mit den Antworten auf die Fragen von Frau Kollegin Bayram und Herrn Peterka.

SV Dr. Oliver Piechaczek: Danke schön. Zunächst zu der Frage von Frau Bayram: Natürlich, ich bin ja letztlich hier auch Vertreter des Deutschen Richterbundes, ist die Frage der technischen und personellen Ausstattung die zentrale Frage, um Ermittlungserfolge in diesem Bereich aufweisen zu können. Wenn man sieht, was in Bamberg geleistet wird, was in Frankfurt und auch in Stuttgart von darauf spezialisierten Stellen geleistet wird, dann zeigt das natürlich, dass wenn man Kapazitäten, Personen mit ausgesprochener Fachkenntnis auf dem Gebiet zusammenzieht, dann ist es möglich, solche Ermittlungserfolge zutage zu fördern. Und natürlich läuft das über Personal und das läuft über technische Ausstattung – das ist keine Frage. Gleichwohl bedeutet das, und das ist zumindest meine Auffassung der Rechtspolitik, dass straffälliges Verhalten nicht aus dem Blick verloren werden darf, wenn denn aus der Fachpraxis Hinweise auf Strafbarkeitslücken erfolgen. Zu der Frage von Herrn Peterka: Diese automatisierten Plattformen. Auch hier kann ich Ihnen eine für Sie wünschenswerte Antwort geben: Mir ist kein Fall bekannt. Aber zweierlei bitte ich doch zu bedenken. Das eine ist, dass zumindest solche Fälle, wenn sie denn strafrechtlich für uns nicht greifbar sind, dann auch einer Veröffentlichung nicht zugeführt werden. Herr Goger hat das sehr schön

verdeutlicht, was uns beschäftigt, wenn wir ermitteln. Wir müssen einen konkreten Anklagesatz niederlegen. Wir müssen Ross und Reiter benennen, und das führt dann häufig dazu, dass Verfahren schon eingestellt werden, beziehungsweise wir sozusagen in der Ermittlungs-Pipeline bleiben und nicht zu einer Anklage und dementsprechend auch nicht zu einer Verurteilung kommen. Das ist das eine. Das andere hat Herr Goger auch gesagt, wie das funktioniert, auch Herr Wullrich. Wenn so eine vollautomatisierte Plattform aufgesetzt wird, haben wir häufig keine Ahnung mehr und können nicht mehr nachvollziehen, wenn die Kommunikation im Anschluss verschlüsselt ist, wie das weiterläuft. Dass das aber trotzdem strafwürdig ist, darüber haben wir jetzt schon mehrfach gesprochen, und das ändert an diesem Umstand nichts. Danke schön.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Piechaczek. Als Nächster ist Herr Rückert dran mit den Antworten auf die Fragen von Frau Bayram und Herrn Movassat.

SV Dr. Christian Rückert: Vielen Dank. Die erste Frage, was ich für sinnvoller halte, den neuen Straftatbestand oder die technische oder personelle Ausstattung, kann ich klar beantworten: eindeutig die technische und personelle Ausstattung. Ich habe ausgeführt und wurde unterstützt von weiteren Kollegen, dass das materielle Strafrecht, das wir haben, ausreicht, um die Täterinnen und Täter zu bestrafen. Wir haben aber auch von Herrn Goger gehört, dass häufig Schwierigkeiten in der Ermittlung bestehen. Die bestehen zum einen eben aufgrund der verwendeten Verschlüsselungs- und Anonymisierungstechnologie, die bestehen zum anderen aber sicherlich auch deswegen, weil zu wenig Personal zur Bewältigung der großen Fälle da ist. Man muss sich überlegen, um wie viele Straftaten es teilweise geht, nicht nur hinsichtlich der Betreiberinnen oder Betreiber, sondern auch hinsichtlich der Nutzerinnen und Nutzer – man will ja nicht nur die Betreiber bestrafen, sondern auch die bestrafen, die die Drogen verkauft haben oder die die kinderpornografischen Inhalte auf den Plattformen zum Download zur Verfügung gestellt haben. Hier geht's gerade bei den großen Plattformen um ganz, ganz viele Straftaten, und da braucht man schlicht und ergreifend schon



alleine deshalb mehr Personal, das daran arbeiten kann, insbesondere in den spezialisierten Strafverfolgungseinheiten. Da gibt es ja neben den genannten Staatsanwaltschaften, hier Herr Goger aus Bamberg und die auch schon genannte ZIT in Frankfurt (Zentralstelle zur Bekämpfung der Internet- und Computerkriminalität), auch bei den Polizeieinheiten des Bundes und der Länder spezialisierte Einheiten, ganz große beispielsweise beim Bundeskriminalamt. Hier, glaube ich, ist es einfach sinnvoll, Geld in die Hand zu nehmen und dort mehr Personal einzustellen. Und wenn wir von Personal reden, dann ist es natürlich gerade bei solchen technisch komplexen Ermittlungen sehr sinnvoll, kompetente IT-Forensiker/-innen und Informatiker/-innen zur Verfügung zu haben. Und da besteht einfach aus meiner Sicht ein ganz großes Problem darin, dass die gezahlten Tariflöhne schlicht und ergreifend für viele kompetente Informatiker/-innen und IT-Forensiker/-innen nicht attraktiv sind. Was hier diskutiert werden sollte, ist eine Flexibilisierung des Tarifsystems sowohl auf Bundes- als auch auf Länderebene, um einfach kompetentes Personal zu gewinnen, das die technischen Ermittlungen übernehmen kann. Was man auch nicht ganz vergessen sollte ist, dass es nicht nur um technische Ermittlungen geht, sondern ganz viel auch um Realwelt-Ermittlungen. Ganz oft beginnen solche Ermittlungsverfahren damit, dass beispielsweise der Zoll in Frankfurt irgendein Paket rauszieht, in dem Drogen vorhanden sind, und man dann weiterverfolgt, wo kam das her, wo soll es hingehen. Dann werden Überwachungsmaßnahmen gemacht, also schlicht und ergreifend klassische Beinarbeit, und darüber wird dann sozusagen nach und nach das Netzwerk aufgedeckt. Auch dafür brauchen wir Personal. Und wenn man dann mal Tatverdächtige ermittelt hat, dann wäre eine Sache, über die man nachdenken sollte, den Ermittlerinnen und Ermittlern sowohl rechtlich als auch technisch Hilfestellung dahingehend zu geben, Accounts zu übernehmen und zu nutzen, die auf den Plattformen von diesen Verkäufer/-innen und Käufer/-innen genutzt werden, um dann eben weitere personelle verdeckte Ermittlungen durchzuführen. Also, klare Antwort: Den neuen Gesetzentwurf brauchen wir nicht. Es ist viel

sinnvoller, Geld in die Hand zu nehmen, den Tarif zu flexibilisieren, um Personal zu gewinnen, das die bisher schon sehr erfolgreichen Ermittlungen noch weiter unterstützen kann. Eine Ergänzung vielleicht an der Stelle noch: Eine Sache, die man auch nicht aus dem Blick verlieren sollte ist, wenn man technische Ermittlungen sagt, meint man auch die Verwendung von Software. Und die Verwendung von Software bedeutet in ganz vielen Fällen im Moment, dass man die ankaufen muss, das heißt kommerzielle Software verwenden muss, was zu dem Problem führt, dass die Ermittlerinnen und Ermittler oft nicht den Vollzugriff auf die Software haben und teilweise auch für die Ermittler/-innen selbst sich die Programme als Black Box darstellen, also sie gar nicht so genau wissen, wie sie funktionieren, was der Gerichtsfestigkeit von daraus gewonnenen Beweisen nicht unbedingt gut tut. Deswegen sollte man auch darüber nachdenken, Geld zur Verfügung zu stellen für die Entwicklung eigener Software oder zumindest für die Beteiligung an der Entwicklung eigener Software. Ich kann hier auf ein Projekt verweisen, an dem auch Herr Goger beteiligt ist, ein Pilotprojekt des bayerischen Justizministeriums mit der GenSta in Bamberg, das den sogenannten *Dark Web Monitor* testet. Da geht es um ein Programm, das das Darknet durchsuchbar macht, um eben Informationen und damit Beweismittel für entsprechende Ermittlungen zur Verfügung zu stellen. Es gibt vergleichbare Projekte auch im Bereich der Nachverfolgung von Zahlungsströmen in Kryptowährungssystemen, die meistens die finanzielle Seite solcher Plattformen abbilden. Zur zweiten Frage: Ich habe es sowohl in meiner schriftlichen Stellungnahme als auch mündlich heute schon stark betont, ich möchte es gerne nochmal machen. Genau die in der Gesetzesbegründung ausgeführten Hauptindizien für eine kriminelle Zweckausrichtung halte ich für höchst problematisch. Das gilt einmal bezüglich des Zweckindizes, dass es auf das Angebot ankommen soll. Da besteht das Problem darin, dass ich eben, um zu vermeiden, dass solche Ermittlungen gegen mich als Provider geführt werden können, letztlich regelmäßig kontrollieren muss, was die Kunden auf meiner Plattform so treiben. Das widerspricht nicht nur dem Konzept, das in § 10 des Telemediengesetzes



und eben auf Grundlage von Artikel 14 der E-Commerce-Richtlinie gemacht worden ist, sondern macht letztlich auch bestimmte Geschäftsmodelle unmöglich. Es macht die Geschäftsmodelle unmöglich, legale Geschäftsmodelle, bei denen sich die Plattformbetreiber gerade ganz bewusst datenschutzfreundlich dafür entscheiden, überhaupt nicht zu wissen, was auf ihren Plattformen vorgeht, sondern die Nutzerinnen und Nutzer eben sicher sein können, dass sie nicht ausgelesen werden, wie bei der Nutzung zahlreicher anderer kommerzieller Angebote. Das gilt, zweitens, haben Sie auch angesprochen, gerade auch für die Möglichkeit, anonym und sicher verschlüsselte Plattformen zu nutzen, die unter anderem im Darknet sind: Man sollte nicht vergessen, dass im Darknet jetzt nicht nur Kriminelle am Werk sind, sondern das Darknet auch genutzt wird, beispielsweise von Journalisten und Journalistinnen, um sogenannte SecureDrops zu betreiben, bei denen Informanten, Whistleblower und Aktivist/-innen in autokratischen Systemen sicher Nachrichten verschicken können. Wenn ich jetzt als Indiz darauf abstelle, dass eine solche Plattform gerade im Darknet betrieben wird, dann sage ich letztlich auch hier: Dieses Geschäftsmodell ist nicht mehr möglich oder zumindest gefährlich, weil eben über diese Indizien ein Anfangsverdacht begründet werden kann. Das kann dann eben, da bin ich tatsächlich der Meinung, zu Abschreckungseffekten führen, dass eben diese gesellschaftlich wünschenswerten Nutzungen, wie sie der Gesetzgeber auch selbst in anderen Gesetzen zum Ausdruck bringt – ich verweise nochmal auf § 13 Absatz 6 TMG bzw. jetzt Artikel 32 DS-GVO. Wir wollen, dass die Nutzerinnen und Nutzer anonyme und sicher verschlüsselte Plattformen nutzen können. Ich kann auch ganz konkret sagen: Herr Goger hat es angesprochen, dieses Gesetzesvorhaben ist mittlerweile vier Jahre alt, es wird ständig darüber diskutiert, und ich werde jedes Mal, wenn das Thema aufkommt, wieder von Betreiberin/-innen beispielsweise von Torknoten darauf angesprochen: „Kann ich das jetzt überhaupt noch machen oder muss ich jetzt befürchten, strafrechtlichen Ermittlungen ausgesetzt zu sein, nur weil ich einen Torknoten betreibe?“ Also diese Abschreckungseffekte gibt es nicht nur, wenn ich das Gesetz verabschiede,

sondern schon wenn ich androhe, ein solches Gesetz zu verabschieden.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Interessante Schlussbemerkung. Jetzt hat Herr Zöller das Wort, der dieselbe Frage nochmal beantworten muss, wiederum von Frau Bayram und Herrn Movassat.

SV Prof. Dr. Mark A. Zöller: Ich werde mich kurz fassen. Die Frage war ja: Neuer Straftatbestand oder bessere technische oder personelle Ausstattung, was wäre mir lieber? Da ich ja dezidiert hier die Meinung vertreten habe und das auch im Kollegenkreis hier ebenfalls teilweise so gesehen wird, dass dieser Gesetzentwurf wirklich überflüssig ist, bleibt nur noch die Option bessere technische und personelle Ausstattung. Da hat Herr Rückert das meiste schon gesagt. Es muss uns, glaube ich, allen klar sein. Und da meine ich uns allen als Gesellschaft, dass wir hier bei solchen Fachkräften im Wettbewerb mit der Privatwirtschaft sind. Vielleicht, nur um das Ganze noch mal plastisch zu machen, ein Beispiel, was mir von dem rheinland-pfälzischen Leiter der Zentralstelle Cybercrime bei einem Vortrag noch im Gedächtnis geblieben ist, der gesagt hat: „Ich habe jetzt tatsächlich zwei Stellen bekommen, ich habe zwei halbe Stellen TV-L 6.“ Und dann kam die nächste Frage: „Und was in Gottes Namen soll ich damit jetzt bitte anfangen?“ Also selbst wenn ich die sozusagen zusammenwerfe, dann habe ich eine volle Stelle TV-L 6, das ist im Universitätsbereich eine Sekretariatsstelle. Das bringt es, glaube ich, ganz gut auf den Punkt, wo wir eigentlich ansetzen müssten. Dann die zweite Frage von Herrn Movassat nach den Indizien, die hier in der Gesetzesbegründung genannt sind. Ich tue mich mit damit genauso schwer wie Herr Rückert, ich halte sie auch für relativ nichts-sagend. Das eine Kriterium ist ja die Gesamtschau des Angebots, was hier natürlich nur beispielhaft genannt wird, was aber schon zeigt, dass es an diesen Indizien, die uns wirklich treffsicher in die richtige Richtung krimineller Verhaltensweisen führen, letztendlich fehlt. Da ist wieder dieser *Deutschland im Deep Web*-Fall ein wunderschönes Beispiel, denn das war eigentlich keine, es ist glaube ich heute schon angeklungen, klassische kriminelle Plattform, wie die, die heute jetzt abgeschaltet worden ist, sondern das war in



erster Linie ein Forum, und dann gab es eben sehr unterschiedliche und komplizierte Unterforen, und in einem dieser Unterforen gab es beispielsweise eine Kategorie „Waffen“, die zwischenzeitlich übrigens mal abgeschaltet war – da kam nämlich zwischendurch der Anschlag von Charlie Hebdo in Frankreich noch dazwischen. Die Problematik klingt im Gesetzentwurf an, dass natürlich die Unterwanderung auch von legalen Angeboten ein Problem ist, dass man irgendwie in den Griff kriegen muss, das aber sicher kein Indiz ist. Der zweite Punkt, die Verortung: Damit ist im Wesentlichen die Frage gemeint: Clearweb oder Darknet? Auch das ist von Herrn Rückert schon gesagt worden. Dieses Darknet ist nicht per se illegal. Es zieht natürlich Illegale mit illegalen Geschäftsmodellen an, aber, was wenige wissen, es ist ursprünglich mit erheblichen Fördermitteln der US-amerikanischen Nachrichtendienste ins Leben gerufen worden, und davon profitieren wir alle mit unseren Diensten, auch wenn wir da nicht gerne darüber sprechen. Nämlich, dass man auch sozusagen auf feindlichem Territorium als Agent eines Staates mit der Heimat einigermaßen geschützt kommunizieren kann. Das muss man eben auch sehen, jetzt neben den Journalisten und den Dissidenten die Herr Rückert genannt hat, die geraten dann eben auch in den Fokus. Also so ganz kann man diese Abschreckungseffekte, die hier angesprochen sind, natürlich nicht wegleugnen, wenn man so unklare Indizien hat. Da würde ich mir doch ein bisschen was Genaueres wünschen – also das kann nicht der Weisheit letzter Schluss sein. Vielen Dank.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Zöllner. Das war jetzt die letzte Antwort in dieser Runde. Mit Blick auf die Uhr können wir die eine Frage, die Herr Peterka noch stellen möchte, noch nehmen. Sie haben das Wort.

Abg. Tobias Matthias Peterka (AfD): Vielen Dank. Ich werde hier immer mehr zum Fan des Grünen-Sachverständigen, aber ich danke auch Herrn Piechaczek für die Antwort, dass er diese Beihilfeanknüpfung verneint hat und gerade noch mal drauf hingewiesen hat, dass man diesen selbständigen neuen Tatbestand wollte, was ja jetzt ein bisschen untechnisch gesprochen auf eine Gefährderhaftung hinausläuft. Dass ich eine Plattform betreibe, und wenn ich diesen Ansatz habe, sie gerade anonym zu betreiben, das Risiko

eingehet, dass mir hier der Tatbestand um die Ohren fliegt, weil ein Zweck angenommen wird, der dann wie auch immer recherchiert wird. Deswegen meine Frage noch abschließend an Herrn Goger: Wenn jetzt eine anonymisierte Plattform als Geschäftsmodell betrieben wird, wo z. B. in einem Land die Presse oder die Opposition sich darüber anonym unterhält und auch meinetwegen Waren, seien es digitale, austauscht, und ein anderer Nutzerkreis dies nicht tut, und stattdessen dazu übergeht, dort Waffen zu verschieben, was ist dann der Ansatz dieser Zweckfeststellung für die Plattform? Wird dann nach 50 Prozent gegangen? Wann bin ich dann strafbar für dieses Betreiben einer Plattform, die den entsprechenden Zweck als Ausrichtung aufweist? Wie wird das abgegrenzt? Danke.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Herr Peterka. Herr Goger.

SV Thomas Goger: Da kann ich auf die Gesetzesbegründung Bezug nehmen, da kommt diese ominöse Gesamtschau ins Spiel, und da gibt es doch bei lebensnaher Betrachtung eine ganze Reihe von Kriterien, die mir helfen. Ich will das so deutlich sagen: Die Plattformen, die ich im Blick habe, da erschließt sich mir nicht mehr, wo der Graubereich liegen sollte. Die sind ganz eindeutig im schwarzen Bereich. Ich habe eindeutige Namen, ich habe eindeutige Schwerpunktsetzungen, ich habe eindeutig gesetzte Anzeigen auf den Plattformen, die den Betreibern Einnahmen generieren sollen, ich habe meistens in vielen Fällen auch nicht nur ein eindeutig kriminelles Geschäftsfeld, ich habe ganz oft – nehmen Sie *Crimenetwork* z. B., da findet sich die ganze Palette im Wesentlichen des Strafgesetzbuches im Angebot und nahezu jeder der Katalogtaten, die der Entwurf vorsieht. Es bleibt uns gar nichts anderes übrig, als auszulegen, selbstverständlich im Lichte der Grundrechte und im Lichte dessen, dass „Zweck“ schon auch eine subjektive Zweckbestimmung voraussetzt. Das haben wir nun im § 127 StGB-E nicht das erste Mal, wenn er so Gesetz werden sollte. Wir haben eine vergleichbare Auslegungproblematik auch im § 202c StGB, dem Vorbereiten des Ausspähens von Daten. Auch da hat die Praxis und die Rechtsprechung mittlerweile überhaupt keine Probleme mehr, diese dual-use-Problematik einigermaßen vernünftig



und abgrenzbar in den Griff zu bekommen. Ich kann mir schlechterdings, um das Beispiel aufzugreifen, das vorhin mal gebracht worden ist, nicht vorstellen, wie unter diese Norm z. B. das Betreiben eines Torknotens subsumiert werden sollte. Der Betrieb eines Torknotens erfolgt nicht mit dem Zweck, die genannten Katalogtaten zu begehen. Der Betrieb des Torknotens erfolgt mit dem Zweck, die wertneutrale Technik des Tornetzes am Laufen zu halten. Die Abgrenzung fällt mir eigentlich relativ leicht, weil mir, das kann jetzt vielleicht ein Stück weit auch Betriebs- oder Farbenblindheit des Staatsanwaltes sein, nicht klar ist, über welche rechtstatsächliche Grauzone wir tatsächlich reden, in der dann möglicherweise die Gefahr der Überpönalisierung bestünde. Ich glaube, die Gesetzesbegründung an der Stelle mit den genannten Indizien und der Gesamtschau, die trifft sehr gut, und die stellt uns vor keine anderen Auslegungsprobleme, die wir nicht aus anderen Normen auch gut kennen. Im Übrigen haben wir ja, wenn wir als Staatsanwälte über das Ziel hinausschießen sollten, auch noch Ermittlungsrichter, die uns entsprechende Beschlüsse auch gerne mal ablehnen.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Goger. Das war jetzt fast ein schönes Schlusswort, so würde ich das sagen, weil es noch mal den Bogen rüber zur entscheidenden Justiz schlägt. Weitere Wortmeldungen, weitere Fragen sehe ich in dieser Runde nicht. Damit sind wir am Ende der Anhörung. Ich danke Ihnen, den Sachverständigen, herzlich für den Input, für die Beantwortung der Fragen. Ich muss selbst sagen, das war eine spannende Anhörung, und man merkt, wie sich das Leben und sozusagen auch die Kommunikation verändert und wie dann das Strafrecht darauf Antworten geben muss oder vielleicht auch nicht. Darüber werden die Berichterstatter zu beraten haben, sicherlich im Gespräch mit dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, das intensiv zugehört hat. Ob und was da rauskommt, ob in dieser oder der nächsten Legislaturperiode, das werden wir dann in den nächsten Wochen noch erfahren. Nochmals herzlichen Dank auch den Kolleginnen und Kollegen für die Fragen und den Mitarbeitern, die das alles hier organisiert haben. Inzwischen werden wir auch technisch besser. Insofern: Alles Gute, bleiben Sie gesund! Ich schließe die Sitzung.

Schluss der Sitzung: 15:47 Uhr

Dr. Heribert Hirte, MdB
Stellvertretender Vorsitzender



Anlagen:

Stellungnahmen der Sachverständigen

Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski	Seite 32
Prof. Dr. Jörg Eisele	Seite 39
Thomas Goger	Seite 49
Prof. Dr. Matthias Jahn	Seite 55
Dr. Oliver Piechaczek	Seite 69
Dr. Christian Rückert	Seite 75
Thomas Wullrich	Seite 101
Prof. Dr. Mark A. Zöller	Seite 110

Stellungnahme zum 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. Allgemeines

1. **Gegenstand** des Gesetzentwurfs der Bundesregierung ist die Einführung eines neuen Straftatbestands des Betriebens krimineller Handelsplattformen im Internet (§ 127 Abs. 1 Satz 1 StGB-E). **Materiell-rechtlich flankiert** werden soll dies durch eine tatbestandlich verselbständigte Beihilfe des Bereitstellens entsprechender Server-Infrastrukturen (§ 127 Abs. 1 Satz 2 StGB-E), durch zwei Qualifikationstatbestände (§ 127 Abs. 3, Abs. 4 StGB-E) und durch eine strafanwendungsrechtliche Erstreckung auf Auslandstaten (§ 5 Nr. 5a lit. b StGB-E), **strafprozessual** durch die Aufnahme der neu geschaffenen Qualifikationstatbestände in die Anlasstatenkataloge der § 100a Abs. 2 StPO (TKÜ, Quellen-TKÜ) und § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO (Verbindungsdaten) sowie – mit zusätzlichen Einschränkungen – in den Katalog des § 100b Abs. 2 StPO (Online-Durchsuchung, akustische Wohnraumüberwachung).

2. Die **kriminalpolitischen Wurzeln** des Gesetzentwurf liegen in einer Initiative des Bundesrates,¹ die zunächst in einem (offensichtlich nicht abgestimmten) Referentenentwurf des BMI aufgegriffen wurde,² aber sodann nicht Teil des »IT-Sicherheitsgesetzes 2.0«³ geworden ist. Der nachfolgende Referentenentwurf des BMJV konturierte den Straftatbestand klarer, sah im Vergleich zu den Vorläufern jedoch eine höhere Strafdrohung vor.⁴ Hin zum Regierungsentwurf ist erneut eine klare Expansion (etwa durch Aufnahme weiterer Katalogtaten) und eine Strafschärfung (etwa durch die Aufnahme der Verbrechenqualifikation, § 127 Abs. 4 StGB-E) zu verzeichnen. Insgesamt ist die vorgeschlagene Änderung **strafrechtsexpansiv**, vor allem aber **strafschärfend**; sie wird die Begründbarkeit strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen in Teilen erleichtern und daher **strafrechtsintensivierend** wirken.

3. Es besteht **keine Pflicht** des deutschen Gesetzgebers zum Erlass dieses Gesetzes oder einer vergleichbaren Strafvorschrift. Insbesondere liegt weder eine umsetzungsbedürftige Richtlinie der Europäischen Union noch ein entsprechender völkerrechtlicher Vertrag vor. Der Deutsche Bundestag ist somit im Ausgangspunkt frei, **wann, ob und wie** er strafrechtsetzend tätig werden will. Er ist dabei aber an den europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Rahmen gebunden. Diesem Rahmen wird der vorliegende Entwurf weitgehend gerecht.⁵ Gewissen

¹BT-Drs. 19/9508; siehe hierzu auch *Kusche* JZ 2021, 27 (27 ff.) sowie zuvor *Ceffinato* ZRP 2019, 161; *Zöller* KriPoZ 2019, 274 (277 ff.).

²Vgl. <https://netzpolitik.org/2019/it-sicherheitsgesetz-2-0-wir-veroeffentlichen-den-entwurf-der-das-bsi-zur-hackerbehoerde-machen-soll/>; hierzu etwa *Oehmichen/Weissenberger* KriPoZ 2019, 174 (175 ff.).

³Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme, BT-Drs. 19/26106 und 19/26921; vom Deutschen Bundestag i.d.F. BT-Drs. 19/28844 am 23. April 2021 angenommen.

⁴Die Höchststrafe des Grundtatbestandes wurde von drei Jahren auf fünf Jahre Freiheitsstrafe erhöht.

⁵Anders *Gerhold* ZRP 2021, 44 (45 f.) in Bezug auf Art. 14 E-Commerce-Richtlinie.

verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf das **Gesetzlichkeitsprinzip** (Art. 103 Abs. 2 GG) und die **Verhältnismäßigkeit** angesichts latenter Wirkungen des Gesetzes lässt sich durch moderate, nicht notifizierungspflichtige⁶ Nachjustierungen hinreichend Rechnung tragen (hierzu unten **II.** und **III.**).

4. Aktuell erfolgt **punitive Strafgesetzgebung** in ausgesprochen **hohem Takt**. Das erschwert die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit aktuellen Gesetzentwürfen und insbesondere die fundierte Analyse, ob und inwieweit diese **fachlich sinnvolle Nachjustierungen** des Strafrechts bewirken. Angesichts dieser allgemeinen Entwicklung verwundert es nicht, dass auch über die fachliche **Erforderlichkeit** und Ausgestaltung dieses **konkreten Gesetzentwurfs** viel Streit besteht. Das in der Diskussion über den hier gegenständlichen Gesetzentwurf häufig vorgebrachte Argument, die vom neu einzuführenden Straftatbestand erfassten Verhaltensweisen seien bereits nach geltendem Recht strafbar,⁷ lässt sich bezogen auf den Grundtatbestand (§ 127 Abs. 1 Satz 1 StGB-E) zwar entkräften, weil dieser ein **eigenständiges**, tatbestandlich typisiertes **Unrecht** unter Strafe zu stellen sucht (hierzu sogleich **II.1.**). Für den im Referentenentwurf des BMJV noch nicht enthaltenen und erst im Regierungsentwurf ergänzten § 127 Abs. 1 Satz 2 StGB-E lässt sich jedoch keine fachliche Notwendigkeit erkennen, sondern es überwiegen fachliche Bedenken (hierzu unten **III.1.**).

5. Die vom Gesetzentwurf intendierte Verfolgung des Bereitstellens krimineller Handelsplattformen im Internet ist kein genuin »deutsches« Problem. Derartige Handelsplattformen lassen sich ohne Weiteres **transnational** betreiben. Es wäre daher dringend zu empfehlen, sich zunächst innerhalb der **Europäischen Union** darüber zu verständigen, ob und inwieweit derartige Verhaltensweisen einer strafrechtlichen (Mindest-)Ahndung unterliegen sollen. Art. 83 Abs. 1 AEUV würde hierfür z.B. in Bezug auf den Drogenhandel, den Waffenhandel und die Organisierte Kriminalität eine hinreichende Grundlage bieten. Noch weit bedeutsamer ist jedoch die **transnationale Strafverfolgung**. Hier wäre eine Verständigung über die Frage dringend geboten, welche Ermittlungsmaßnahmen mit rechtsstaatlichen Prinzipien und europäischen Grundrechten im Einlang stehen. Konkret zählt hierzu die praktisch bedeutsame und bislang uneinheitlich beantwortete Frage, ob Strafverfolgungsbehörden temporär eine kriminelle Handelsplattform (weiter-)betreiben dürfen, um Hintermänner, Verkäufer und Käufer erst noch zu ermitteln.⁸

⁶Vgl. Art. 5 Abs. 1 UAbs. 3 RL (EU) 2015/1535: »Die Mitgliedstaaten übermitteln den Entwurf der technischen Vorschriften ein weiteres Mal an die Kommission [...], wenn sie an dem Entwurf einer technischen Vorschrift wesentliche Änderungen vornehmen, die den Anwendungsbereich ändern, den ursprünglichen Zeitpunkt für die Anwendung vorverlegen, Spezifikationen oder Vorschriften hinzufügen oder verschärfen.«

⁷So u.a. *Bachmann/Arslan* NZWiSt 2019, 241 (243 ff.); *Greco* ZIS 2019, 435 (438 ff.); *Kubiciel*, Augsburger Papier zur Kriminalpolitik 1/2019, S. 7 f.; *Safferling/Rückert*, KAS Analysen & Argumente 2/2018, S. 11 f.; *Wörmer/Pretz*, Journal of Penal Law and Criminology 8 (2020) 33 (41 ff.); *Zöller* KriPoZ 2019, 274 (279 f.); ferner *Kriminalpolitischer Kreis (KriK)*, Stellungnahme zu der vorgeschlagenen Einführung eines Straftatbestandes über das Betreiben von internetbasierten Plattformen für verbotene Waren und Dienstleistungen (§ 126a StGB), März 2020, S. 1 (der *Verf.* war in der Diskussion über diese Stellungnahme involviert).

⁸Mit Einführung des § 127 StGB-E würde dieses Verhalten in Deutschland kriminalisiert, ohne dass ein Tatbestandsausschluss für Handlungen greifen würde, die ausschließlich der rechtmäßigen Erfüllung dienstlicher oder beruflicher Pflichten dienen (so aber noch der Entwurf des Bundesrates sowie der RefE des BMI, oben Fn. 1 und 2). Lediglich das Strafanwendungsrecht würde dann eine Strafbarkeit ausländischer Ermittler*innen grundsätzlich vermeiden.

II. Zu § 127 Abs. 1 Satz 1 StGB-E

1. Der vorgeschlagene Grundtatbestand ist Prototyp einer dritten Kategorie des IT-Strafrechts: Informationstechnologie ist hier weder Schutzobjekt (so aber z.B. bei §§ 202a, 303a, 303b StGB) noch bloßes Mittel zur Begehung einer Straftat (so aber z.B. bei einer über ein soziales Netzwerk begangenen Beleidigung, § 185 StGB). Statt dessen steht im Vordergrund, dass sich bei **kriminellen Handelsplattformen im Internet** und insbesondere im sogenannten »Darknet« ein spezifisches Missbrauchspotential von Informationstechnologie manifestiert,⁹ das hier aus einer wahrgenommenen Anonymität und aus der Automatisierbarkeit von Informationstechnologie resultiert. Es ist verfassungskonform und auch aus der Binnenlogik des Strafrechts heraus vertretbar, dasjenige spezifische Unrecht tatbestandlich zu typisieren, das in der **breitflächigen Kriminalitätsförderung** durch das Betreiben krimineller (d.h. auf die Begehung von bestimmten Straftaten gerichteter) Handelsplattformen begründet liegt.¹⁰ Ein solcher Tatbestand ist auch systematisch in § 127 StGB-E stimmig loziert.

2. Erforderlich ist es indes – im Einklang mit der Begründung (BT-Drs. 19/28175, S. 13) –, »**Plattformen mit rechtmäßigem Geschäftsmodell** schon tatbestandlich auszunehmen«, um die vielfältigen Chancen der Digitalisierung nicht zu bremsen und eine Überkriminalisierung zu vermeiden.¹¹ Es sollte dringend vermieden werden, dass über die eigentliche Zielsetzung des Gesetzentwurfs hinausgehend der rechtmäßige Meinungs-, Informations-, Dienstleistungs- und Warenaustausch über Plattformen im Internet gehemmt wird:¹²

Es sollte daher für jede und jeden – und nicht nur für Jurist*innen – klar erkennbar sein, dass »Plattformen mit rechtmäßigem Geschäftsmodell« keine Strafe und keine Strafverfolgung zu befürchten haben.

Dies gilt beispielsweise für die in Zeiten der Digitalisierung unverzichtbare **IT-Sicherheitsforschung**: Für die IT-Sicherheitsforschung ist es unerlässlich, sich über Sicherheitslücken und deren Entdeckung auszutauschen, selbst wenn dieses Wissen möglicherweise zur Begehung von IT-Straftaten (z.B. §§ 202a bis 202d, 303a und 303b StGB) missbraucht werden kann. Betreiber von Plattformen der IT-Sicherheitsforschung, die um diese Möglichkeit wissen, sollten nicht in Gefahr stehen, auch nur in den Dunstkreis des § 127 StGB-E zu geraten.

a) Im Lichte dessen ist die Anknüpfung an einen »Zweck« der Handelsplattform – trotz der systematischen Nähe zu § 129 Abs. 1 StGB (Bildung krimineller Vereinigungen) – suboptimal. Zwar geht die Begründung des Gesetzentwurfs mit sehr guten Gründen davon aus, dass die Zweckbestimmung der Handelsplattform ein objektives Tatbestandsmerkmal ist.¹³ In der

⁹ Brodowski, in: Borges/Sorge (Hrsg.), Law and technology in a global digital society, Wiesbaden: Springer+VS, 2021 (im Erscheinen).

¹⁰ Ähnlich Kusche JZ 2021, 27 (30): »Anreiz- und Breitenwirkung von Online-Plattformen als Legitimation verselbständigter Vorfeldstrafbarkeit«.

¹¹ KriK, Stellungnahme (Fn. 7), S. 2 f.

¹² In diese Richtung auch Wörmer/Pretz, Journal of Penal Law and Criminology 8 (2020) 33 (54); siehe zudem Greco ZIS 2019, 435 (450); Kusche JZ 2021, 27 (31 f.).

¹³ BT-Drs. 19/28175, S. 14. Siehe aber Kusche JZ 2021, 27 (32): »subjektive Auslegung [liegt] besonders nahe« sowie zuvor Kubiciel, Augsburger Papier zur Kriminalpolitik 1/2019, S. 6 f. (»subjektive Zweckrichtung«) zu BR-Drs. 33/19.

Auslegung des § 202c StGB (Vorbereiten des Ausspähens und Abfangens von Daten) haben sich jedoch bei der dortigen Verwendung des Begriffs »Zweck« erhebliche Schwierigkeiten ergeben, den Zweck einer Software zu verobjektivieren.¹⁴ Die gebotene **objektive Ausrichtung** auf die Ermöglichung und Förderung von Taten sollte durch Streichung des Worts »Zweck« klarer zum Ausdruck gebracht werden.¹⁵

»Wer eine Handelsplattform im Internet betreibt, **die darauf ausgerichtet ist**, die Begehung von rechtswidrigen Taten zu ermöglichen oder zu fördern, ...«

b) Im Hinblick auf die durch den Gesetzentwurf in den Blick genommenen Handelsplattformen ist es völlig ausreichend, das **absichtliche oder wissentliche** Betreiben einer solchen Handelsplattform zu kriminalisieren.¹⁶ Dies unterstreicht auch der Gesetzentwurf selbst, indem er in § 127 Abs. 1 Satz 2 StGB-E ebenfalls diese Vorsatzformen zur Voraussetzung der Strafbarkeit erhebt.

»Wer **absichtlich oder wissentlich** eine Handelsplattform im Internet betreibt, *die darauf ausgerichtet ist*, die Begehung von rechtswidrigen Taten zu ermöglichen oder zu fördern, ...«¹⁷

c) Klares Kennzeichen¹⁸ für ein rechtmäßiges Geschäftsmodell ist es, dass eine Plattform die an sie gestellten rechtlichen Anforderungen einzuhalten versucht; eine **Compliance** mit den Anforderungen aus §§ 2, 3 NetzDG und §§ 7 bis 10 TMG und die Benennung einer empfangsberechtigten Person im Inland schließt einen »kriminellen Zweck« einer Handelsplattform aus.¹⁹ Zur größeren Rechtssicherheit für Plattformbetreiber empfiehlt es sich, den vom Kriminalpolitischen Kreis (KriK) vorgeschlagenen²⁰ Tatbestandsausschluss als § 127 Abs. 5 StGB-E aufzugreifen:

»(5) Absatz 1 gilt nicht für eine Handelsplattform, die eine empfangsberechtigte Person im Inland benannt und die sie treffenden Pflichten aus §§ 2, 3 NetzDG und §§ 7 bis 10 TMG im Wesentlichen erfüllt hat.«²¹

¹⁴BVerfGK 15, 491 = ZUM 2009, 745 (749 f.).

¹⁵Weil bereits die Entwurfsbegründung davon ausgeht, dass sich die Ausrichtung der Handelsplattform objektiv manifestieren muss, ist dies keine Änderung, welche nach Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 RL (EU) 2015/15 eine (erneute) Notifikation des Entwurfs erforderlich machen würde.

¹⁶Vgl. auch *Kusche* JZ 2021, 27 (29).

¹⁷Da dies den objektiven Anwendungsbereich unverändert lässt, lediglich der klareren subjektiven Konturierung dient und die Reichweite der Vorschrift somit subjektiv reduziert, ist dies keine Änderung, welche nach Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 RL (EU) 2015/15 eine (erneute) Notifikation des Entwurfs erforderlich machen würde.

¹⁸Weitere Kriterien bei *Kusche* JZ 2021, 27 (32 ff.).

¹⁹Zu Compliance-Pflichten, die aus diesem Regulierungsprojekt folgen, siehe bereits *Kubiciel*, Augsburgsburger Papier zur Kriminalpolitik 1/2019, S. 8.

²⁰*KriK*, Stellungnahme (Fn. 7), S. 5 ff.

²¹Als Klarstellung und allenfalls Reduktion des Anwendungsbereichs stellt dies keine notifizierungspflichtige Änderung dar, vgl. EuGH, Urt. v. 15.04.2010 – C-433/05.

III. Zu § 127 Abs. 1 Satz 2 StGB-E

1. Der erst im Regierungsentwurf enthaltene § 127 Abs. 1 Satz 2 StGB-E sieht vor, das absichtliche oder wissentliche Bereitstellen einer »Server-Infrastruktur« für eine Tat nach § 127 Abs. 1 Satz 1 StGB-E tatbestandlich unter Strafe zu stellen und mit gleicher Strafdrohung zu bewehren. Das ist eine **tatbestandlich verselbständigte Beihilfe**,²² die einerseits die subjektiven Anforderungen verschärft (§ 27 StGB lässt bedingten Vorsatz genügen), andererseits aber die Strafmilderung nach § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB entfallen lässt. Das sorgt für Spannungen in der Binnensystematik des StGB, ohne dass hierfür eine **fachliche Notwendigkeit** ersichtlich wäre.²³

2. Bedenken begegnet zudem der unbestimmte Begriff von »Server-Infrastrukturen«, für den in der Begründung des Entwurfs synonym auch »Hardware-Infrastruktur« (BT-Drs. 19/28175, S. 9) verwendet wird. Makrosystematisch stimmiger erschiene es, begrifflich auf **Hosting-Provider** im Sinne des Art. 14 der E-Commerce-Richtlinie (RL 2000/31/EG), § 10 TMG abzustellen. Hierdurch ließe sich auch *noch* klarer zum Ausdruck bringen, dass der Betrieb von verschlüsselten Telekommunikationsnetzen (etwa VPN-Dienste oder auch das sog. TOR-Netzwerk) durch **Network-Provider** (Art. 12 E-Commerce-Richtlinie) bereits tatbestandlich nicht von dieser Vorschrift erfasst wird.

IV. Zu weiteren materiell-strafrechtlichen Elementen des Gesetzentwurfs

§ 127 – **Überschrift**: Die vorgesehene **Überschrift** des § 127 StGB (»Betreiben krimineller Handelsplattformen im Internet; Bereitstellen von Server-Infrastrukturen«) ist missverständlich: Ihr zweiter Teil legt nahe, das Bereitstellen von Server-Infrastrukturen stelle *generell* ein vertyptes Unrecht dar. Die Überschrift ließe sich – ohne Verlust an Signalwirkung und Normbestimmtheit – zu **»Kriminelle Handelsplattformen«** verkürzen.

§ 127 Abs. 1 Satz 3 StGB-E: Die klare Fokussierung des Referentenentwurfes auf typische Erscheinungsformen von kriminellen **Handelsplattformen** im Internet ist durch die Aufnahme weiterer Katalogtaten in den Regierungsentwurf in Teilen verloren gegangen.²⁴ Zwar ist eine Plattform, die darauf ausgerichtet ist, Taten der Volksverhetzung (§ 130 StGB) durch Austausch von volksverhetzenden Inhalten (§ 127 Abs. 2 StGB-E i.V.m. § 11 Abs. 3 StGB) zu ermöglichen oder zu fördern, gewiss nicht schutzwürdig; sie lässt sich aber schwerlich als »kriminelle **Handelsplattform**« begreifen.

§ 127 Abs. 2 StGB-E: Die vorgesehene Legaldefinition einer »Handelsplattform« erscheint verzichtbar und zudem im Hinblick auf die Begrifflichkeit der »virtuellen Infrastruktur« missverständlich: Unter Virtualisierung wird im Kontext von Internetdiensten eine spezi-

²²Hier also eine tatbestandlich verselbständigte Beihilfe (= Bereitstellen der Server-Infrastruktur) zu einer tatbestandlich verselbständigten Beihilfe (= Betreiben einer Handelsplattform) zu den »eigentlichen« Haupttaten (Handeltreiben mit Betäubungsmitteln usw.).

²³Da dasselbe Verhalten bereits von §§ 127 Abs. 1 Satz 1, 27 StGB(-E) erfasst ist, wäre eine Streichung des § 127 Abs. 1 Satz 2 StGB-E keine notifizierungspflichtige Änderung.

²⁴Vgl. auch die Argumentation bei *Kusche* JZ 2021, 27 (31).

elle Art der Bereitstellung von Infrastruktur verstanden.²⁵ Die Strafvorschrift soll jedoch mitnichten auf derartige Angebote begrenzt sein oder nur Handelsplattformen erfassen, die »nicht echt, nicht in Wirklichkeit vorhanden, aber echt erscheinend«²⁶ sind, sondern gerade Plattformen, über die Handel auch tatsächlich ausgeführt wird. **§ 127 Abs. 2 StGB-E sollte ersatzlos gestrichen werden.**

V. Zu den vorgeschlagenen strafprozessualen Änderungen

1. Zwar bestehen **grundsätzliche Bedenken**, ob die strafprozessualen Informationseingriffe der §§ 100a ff. StPO und insbesondere die Quellen-Telekommunikationsüberwachung (§ 100a Abs. 1 Satz 2 und 3 StPO), die sogenannte Online-Durchsuchung (§ 100b StPO) und die Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikations-Verbindungsdaten (§ 100g Abs. 2 StPO i.V.m. § 113b TKG) **verfassungs- und europarechtskonform** sind.²⁷ Angesichts des klaren informationstechnischen Bezugs des vorgeschlagenen neuen Tatbestands liegt es allerdings nahe, qualifizierte Begehungsweisen in die Anlasstatenkataloge in §§ 100a Abs. 2, 100b Abs. 2 und 100g Abs. 2 Satz 2 StPO aufzunehmen. Dies gilt hier auch für den verdeckten Zugriff auf (nur oder vorrangig) als Tatmittel verwendete Informationstechnologie.

2. Um den Eingriff auf **besonders schwer wiegende** Taten zu begrenzen, ist es bei § 100b StPO unabdingbar, § 127 Abs. 3, Abs. 4 StGB-E nur eingeschränkt als Katalogtat aufzunehmen. Diese **gebotene Restriktion** erreicht die im Gesetzentwurf vorgesehene Klausel, dass »der Zweck der Handelsplattform darauf ausgerichtet« sein muss, *andere* Katalogtaten des § 100b Abs. 2 StPO zu ermöglichen oder zu fördern. Allerdings sollte – wie im materiellen Recht – von einer Verwendung des Begriffs des »Zwecks« abgesehen werden, so dass zu formulieren wäre:

»Betreiben krimineller Handelsplattformen im Internet in den Fällen des § 127 Absatz 3 und 4, sofern die Handelsplattform im Internet darauf ausgerichtet ist, ...«²⁸

3. **Dieselbe Restriktion**, dass die geförderte oder ermöglichte Tat selbst Katalogtat sein muss, ist auch auf §§ 100a Abs. 2, 100g Abs. 2 Satz 2 StPO zu übertragen. Denn auch dort ist von Verfassungen wegen eine hinreichende bzw. **besondere Schwere** der Katalogtat zu gewährleisten. Bei § 100a Abs. 2 StPO-E sollte es daher heißen:

²⁵Vgl. auch BT-Drs. 19/28175, S. 14: »Bereitstellen von Hardware [...] oder Bereitstellen einer virtuellen Plattform«.

²⁶Vgl. <https://www.duden.de/rechtschreibung/virtuell>.

²⁷Statt aller *Brodowski*, in: Borges/Hilber (Hrsg.), BeckOK IT-Recht, 1. Ed. 2020, § 100a Rn. 1, § 100b Rn. 1 f., § 100g Rn. 1, jeweils m.w.N.

²⁸Anstelle der Aufzählung der anderen Buchstaben und Nummern ließe sich fortsetzen: »... andere in diesem Absatz genannte besonders schwere Straftaten zu ermöglichen oder zu fördern,«.

»Straftaten gegen die öffentliche Ordnung nach § 127 Absatz 3 und 4, sofern die Handelsplattform im Internet darauf ausgerichtet ist, andere in diesem Absatz genannte schwere Straftaten zu ermöglichen oder zu fördern, sowie nach den §§ 129 bis 130,«

Bei § 100g Abs. 2 Satz 2 entsprechend:

- »b) besonders schwerer Fall des Landfriedensbruchs nach § 125a,
- c) Betreiben krimineller Handelsplattformen im Internet in den Fällen des § 127 Absatz 3 und 4, sofern die Handelsplattform im Internet darauf ausgerichtet ist, andere in diesem Absatz genannte besonders schwere Straftaten zu ermöglichen oder zu fördern,
- d) Bildung krimineller Vereinigungen ...«

Saarbrücken, den 30. April 2021

(gez. Brodowski)

**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 vertatbestandlichten 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.

Stellungnahme

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

1. Person des Sachverständigen

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

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

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

2. Notwendigkeit und Schutzzweck der beabsichtigten Regelung

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

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

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

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

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

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

3. Materiell-rechtliche Aspekte

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Abermals kann ein Redaktionsversehen nicht ausgeschlossen werden.

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

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

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

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

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

4. Strafprozessuale Aspekte

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

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

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

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

Bamberg, 29. April 2021

gez. Goger

Oberstaatsanwalt als ständiger Vertreter des Leitenden Oberstaatsanwalts

Schriftliche Stellungnahme

für die öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss
des Deutschen Bundestages

zu dem

**Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des
Strafgesetzbuches – Strafbarkeit des Betriebens
krimineller Handelsplattformen im Internet und des
Bereitstellens entsprechender Server-Infrastrukturen –
BT-Drs. 19/28175**

am
5. Mai 2021

Inhalt

	Seite
A. Einleitung	3
B. Stellungnahme des Kriminalpolitischen Kreises zu der vorgeschlagenen Einführung eines Straftatbestandes über das Betreiben von internetbasierten Plattformen für verbotene Waren und Dienstleistungen	4
I. Zur Notwendigkeit eines neuen Straftatbestandes	4
1. Es besteht bereits keine „Strafbarkeitslücke“	5
2. Es droht eine Überkriminalisierung	7
II. Ergebnis zur Notwendigkeit eines neuen Straftatbestandes	9
C. Abschließende Bemerkungen	9
I. Erforderlichkeit des § 127 Abs. 1 StGB-RegE wegen fehlenden Gehilfenvorsatzes bei automatisierten Handelsplattformen?	9
II. Angemessenheit der Lösung über die etablierte Beihilfedogmatik	11
III. Handlungsempfehlung aus fachlicher Sicht	13
D. Gesamtergebnis und Kurzzusammenfassung	14

A. Einleitung

Ich beziehe mich mit dem Nachfolgenden zunächst auf die Stellungnahme des **Kriminalpolitischen Kreises** (KriK) zu der vorgeschlagenen Einführung eines Straftatbestandes über das Betreiben von internetbasierten Plattformen für verbotene Waren und Dienstleistungen.¹ Sie wurde von mir mitgezeichnet und liegt mit ihrem ersten Teil meiner heutigen Stellungnahme (**B.**) zugrunde.

Der Kriminalpolitische Kreis ist ein 2016 gegründeter **Zusammenschluss von 33 Strafrechtsprofessorinnen und -professoren** verschiedener deutscher Universitäten. Sie erarbeiten Stellungnahmen und Vorschläge zu aktuellen und längerfristig bedeutsamen strafrechtpolitischen Fragen. Der Kriminalpolitische Kreis hat sich durch seine Arbeitsgemeinschaft Digitalisierung² zu dem Thema der heutigen Rechtsausschussanhörung aus Anlass eines früheren Gesetzesvorschlags positioniert. Die **Skepsis** zu der den rechtstechnischen Details vorgelagerten Frage eines grundsätzlichen **Regelungsbedarfs** trifft – in vielfacher Hinsicht erst Recht – den am 1.4.2021 vorgelegten Regierungsentwurf.

Die KriK-Stellungnahme wird ergänzt (**C.**) durch zusammenfassende Bemerkungen zur **Erforderlichkeit** und **Angemessenheit** der Einführung eines Spezialtatbestands

¹ <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/03/KriK-Stellungnahme-Darknet.pdf>, Teil I. Die auf den März 2020 datierende Stellungnahme wurde dort, wo aufgrund der seither vorangeschrittenen rechtspolitischen Entwicklung nötig, durch Zusätze oder Auslassungen in [eckigen Klammern] ergänzt. Zudem wurden kleinere redaktionelle Fehler beseitigt.

² Mitglieder sind die Professorinnen und Professoren *Beck* (Hannover; Leiterin), *Brodowski* (Saarbrücken), *Eisele* (Tübingen), *Hilgendorf* (Würzburg), *Hoven* (Leipzig), *Kubiciel* (Augsburg), *Momsen* (FU Berlin), *Prittowitz* (Frankfurt), *Schiemann* (DHPol Münster; Leiterin), *Valerius* (Bayreuth) und *Weigend* (Köln). *Verf.* ist nicht Mitglied dieser AG und war an der Formulierung der Stellungnahme nicht beteiligt.

in § 127 StGB-RegE („Betreiben krimineller Handelsplattformen im Internet; Bereitstellen von Server-Infrastrukturen“).

B. Stellungnahme des Kriminalpolitischen Kreises zu der vorgeschlagenen Einführung eines Straftatbestandes über das Betreiben von internetbasierten Plattformen für verbotene Waren und Dienstleistungen

I. Zur Notwendigkeit eines neuen Straftatbestandes

In dem Anfang 2018 geschlossenen Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD wurde die Einführung einer Strafbarkeit für das Betreiben krimineller Infrastrukturen vereinbart, soweit „Strafbarkeitslücken“ vorhanden sind.³ In diesem Zusammenhang kursier[t]en in der rechtspolitischen Diskussion zwei Gesetzentwürfe, die zu diesem Zweck die Einführung eines § 126a StGB vorsehen. Der vom Land Nordrhein-Westfalen am 18.1.2019 in den Bundesrat eingebrachte Entwurf (BR-Drs. 33/19; ...) sieht dabei eine Strafbarkeit des Anbietens internetbasierter Leistungen vor, sofern bestimmte Zugangs- und Erreichbarkeitsbeschränkungen bestehen und Straftaten aus einem begrenzten Straftatenkatalog ermöglicht oder gefördert werden.⁴ Wesentlich weitergehend [war] ein regierungsintern [...] nicht abgestimmter Referentenentwurf des Bundesministeriums des Inneren, für Bau und Heimat vom 27.3.2019 [...], der weder Zugangs- noch Erreichbarkeitsbeschränkungen noch einen bestimmten Straftatenkatalog vorsieht und somit für jede Ermöglichung, Förderung oder gar Erleichterung rechtswidriger Straftaten eine Strafbarkeit für den Plattformbetreiber begründet. [Auf beiden Vorschlägen baut der jetzt vorgelegte

³ Koalitionsvertrag, 19. Legislaturperiode, 2018, S. 128.

⁴ Vom BR in den Bundestag eingebracht als BT-Drs. 19/9508 v. 17.4.2019.

Regierungsentwurf vom 1.4.2021 – mit Modifikationen – auf;
dazu im Einzelnen unten **C.**]

1. Es besteht bereits keine „Strafbarkeitslücke“

Es kann jedoch bereits bestritten werden, dass die im Koalitionsvertrag und in den Gesetzesbegründungen zu den [...] Entwürfen angenommene „Strafbarkeitslücke“ überhaupt besteht.

- a) Denn für viele **szenetypische Straftatbestände**, insbesondere des **Betäubungsmittel-, Waffen- oder Arzneimittelstrafrechts**, lässt sich eine unmittelbare Täterschaft des Plattformbetreibers begründen.

So stellt beispielsweise § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 10 BtMG bereits das Verhalten unter Strafe, „einem anderen eine Gelegenheit zum unbefugten Erwerb oder zur unbefugten Abgabe von Betäubungsmitteln“ zu verschaffen. Auch ist der **Begriff des Handeltreibens** in den Normen des BtMG, KWKG, AMG sehr **weit** zu verstehen und umfasst jede eigennützige Tätigkeit, die auf Umsatz gerichtet ist, wobei weder der Besitz noch die Erfüllung des Verpflichtungsgeschäftes vorausgesetzt werden.⁵ Insofern können sich Betreiber von Handelsplattformen bereits unmittelbar nach diesen Tatbeständen (z.B. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG, § 19 Abs. 1 Nr. 1 KWKG, § 95 Abs. 1 Nr. 4 AMG) des Nebenstrafrechts strafbar machen, **sofern sie** – wie im Regelfall – eine **Kommission kassieren**.⁶ Zudem kann der Straftatbestand der

⁵ Für BtMG vgl. Körner/*Patzak/Volkmer*, BtMG, 9. Aufl. 2019, § 29 Rn. 24. Zu weiteren Fallkonstellationen unter Verwirklichung von § 29 BtMG *Zöller KriPoZ* 2019, 274 (280). Für Verstöße gegen das KWKG Achenbach/Ransiek/Rönnau/*Beckemper*, Hdb. Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2019, 4. Kap. Rn. 84; für das AMG *Raum*, in: Kügel/Müller/Hoffmann/*Raum*, AMG, 2. Aufl. 2016, § 95 Rn. 32.

⁶ So auch *Kubiciel/Mennemann* jurisPR-StrafR 8/2019 Anm. 1 IV; *Greco* ZIS 2019, 435 (440).

Geldwäsche nach § 261 StGB verwirklicht sein, sofern Dienste darauf gerichtet sind, die Verfolgbarkeit der in den Märkten vorgenommenen Bitcoin-Zahlungen zu erschweren.⁷

b) Auch eine **Beihilfestrafbarkeit der Plattformbetreiber** lässt sich – im Gegensatz zu den Begründungen in den [...] Gesetzentwürfen [...] – in vielen Fällen begründen.

Richtig ist zwar die Einschätzung, dass allein die neutrale Bereitstellung der Infrastruktur zur Ermöglichung des Kontakts von Käufer und Verkäufer keine objektive Hilfeleistung im Sinne des § 27 StGB darstellt. Dies hat auch das *LG Karlsruhe* in einer Entscheidung klargestellt.⁸ Allerdings kann die **Hilfeleistung** in der **Erleichterung des Kontakts zwischen tatgeneigten Personen** bestehen, da das Zusammenbringen der Gleichgesinnten das Risiko erhöht, dass es zu einer Straftat kommt und zudem der anonymisierte Zugang die Ermöglichung einer sicheren Abwicklung des kriminellen Geschäfts intendiert.⁹ Für den **Beihilfevorsatz** sind die **Bestimmtheitsanforderungen** stark **gelockert**,¹⁰ Einzelheiten der Haupttat braucht der Gehilfe nicht zu kennen.¹¹ Es kann also zur Begründung des Beihilfevorsatzes sogar ausreichen, wenn der Plattformbetreiber z.B. separate **Kategorien für**

⁷ *Greco* ZIS 2019, 435 (440). [Dies gilt erst Recht für die am 18.3.2021 in Kraft getretene Neufassung des § 261 StGB, vgl. *Gerckel/Jahn/Paul* StV 2021, 330 [337 f.]].

⁸ *LG Karlsruhe* StV 2019, 400 (401) in dem Fall des Münchener Amoklaufs.

⁹ So auch *Greco* ZIS 2019, 435 (443).

¹⁰ So *Zöller* KriPoZ 2019, 274 (280).

¹¹ *BGH* NStZ 2011, 399 (400).

illegale Waren- und Dienstleistungsangebote bereitstellt.¹²

- c) Wenn überhaupt in der Praxis Schwierigkeiten zu verzeichnen sind – **eindrückliche Ermittlungserfolge** legen das Gegenteil nahe –, so bestehen sie darin, den Betreibern solcher Infrastrukturen eine Strafbarkeit als Täter oder Gehilfen *nachzuweisen*.¹³ Solche Schwierigkeiten der Beweisbarkeit sollten jedoch nicht vorschnell materiell-rechtlich „gelöst“ werden (dazu unten C.).

2. Es droht eine Überkriminalisierung

Auf dem sozialen Netzwerk **Facebook** werden täglich unzählige Menschen Opfer von Beleidigungen. Auch liegt es nahe, dass auf einer großen Handelsplattform wie **eBay** gelegentlich auch gestohlene Waren zum Kauf angeboten werden.

- a) Die **Betreiber dieser Plattformen** können die Begehung solcher Straftaten nicht umfassend verhindern, wenn sie nicht eine fortdauernde präventive Vorab-Kontrolle aller Einträge vornehmen. Da dies kaum praktikabel ist und zudem europarechtlich¹⁴ nicht gefordert werden darf, besteht

¹² So auch *Kubiciel/Mennemann* jurisPR-StrafR 8/2019 Anm. 1 IV; *Zöller* KriPoZ 2019, 274 (280); ebenso *LG Karlsruhe* StV 2019, 400.

¹³ So sprechen die Begründungen in den Gesetzentwürfen davon, eine Beihilfe sei „oft nicht nachweisbar“, nicht aber, dass eine Strafbarkeitslücke bestehe, vgl. BT-Drs. 33/19, S. 5 und Referentenentwurf zum IT-Sicherheitsgesetz 2.0, S. 77.

¹⁴ Siehe Art. 15 Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“): „Die Mitgliedstaaten erlegen Anbietern von Diensten [...] keine allgemeine Verpflichtung auf, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen.“

Einigkeit darüber, dass die Betreiber wegen solcher nicht zu verhindernder Straftaten von Nutzern nicht bestraft werden können, selbst wenn sie allgemein um die illegale Nutzung wissen. [Auch die Legaldefinition der Handelsplattform in] § 127 Abs. 2 StGB-RegE [...] **erfordert keine Zugangsbeschränkung** oder Anonymität der Plattform bzw. der Nutzer und **beschränkt** die Strafbarkeit auch **nicht** auf solche Straftaten, deren Begehung für die *jeweilige* Plattform typisch ist. Nach [dem] Entwurf könnten also – bei einer entsprechend **weiten Auslegung von „ausgerichtet“** – selbst die Betreiber von Websites wie eBay oder Facebook erfasst sein. Dies kann nicht überzeugen. Bei **Plattformen**, die **im Clear-Web** betrieben und bei denen die Identität der Nutzer ohne besondere Schwierigkeiten zu ermitteln ist, bestehen nicht dieselben Nachweis- und Vollzugsprobleme bezüglich einer möglichen Strafbarkeit der Plattformbetreiber; zudem stehen **andere**, durchaus adäquate **Mechanismen** zur Verfügung, sollten die **Betreiber ihren Pflichten** (etwa aus dem **NetzDG** **oder dem TMG**) nicht nachkommen.

Schließlich ist zu bezweifeln, dass es sich beim Betreiben dieser Plattformen nur aufgrund der dort stattfindenden, nicht umfassend verhinderbaren Straftaten um strafwürdiges Verhalten handelt. Deshalb sollte die Strafbarkeit jedenfalls **auf Plattformen beschränkt** werden, deren **Nutzer nicht ohne Weiteres zurückverfolgt** werden können – gerade solche Plattformen bieten einen besonderen Anreiz für Straftaten und weisen zudem strukturelle Beweisprobleme auf, die einer effektiven Verfolgung von Straftaten im Wege stehen.

b) Doch selbst bei diesen Plattformen sollten weitere Einschränkungen vorgenommen werden, da die Anonymität allein keineswegs auf strafwürdiges Verhalten hindeutet. Die **Anonymität des Dark-Net** wird auch für neutrale oder gar **wünschenswerte Handlungen** genutzt, wie etwa das Kaufen bestimmter legaler Produkte, die der Käufer anonym erwerben möchte, **Whistle-Blowing** oder Aktivitäten von **Regime-Gegnern** in totalitären Staaten. Es ist zu erwarten, dass ein gewisser Prozentsatz der Nutzer „anonymer“ Plattformen **Bagatelldelikte** begeht (**Beleidigungen** o.ä.); dies sollte jedoch ebenso wenig wie im Clear-Web bereits die **Strafbarkeit der Plattformbetreiber** begründen

II. Ergebnis zur Notwendigkeit eines neuen Straftatbestandes

Die oben dargelegten Argumente [sprechen] **gegen die Notwendigkeit der Einführung** einer neuen Strafvorschrift über das Betreiben von kriminalitätsfördernden Plattformen im Darknet [...].

C. Abschließende Bemerkungen

I. Erforderlichkeit des § 127 Abs. 1 StGB-RegE wegen fehlenden Gehilfenvorsatzes bei automatisierten Handelsplattformen?

In der Begründung zu § 127 Abs. 1 StGB-RegE wird gegen die hier eingenommene Position die Rechtsauffassung in Stellung gebracht, bei vollständig **automatisierter Einstellung von Angeboten** auf Handelsplattformen versage die Beihilfedogmatik.¹⁵ Der

¹⁵ Begr. RegE, BT-Drs. 19/28175, S. 8.

erforderliche doppelte Gehilfenvorsatz liege in solchen Konstellationen, bezogen auf eine auch nur umrisshaft individualisierte Haupttat, nicht vor.

Dieses Argument ist unbehelflich. Als in der Systematik des Allgemeinen Teils des StGB schwächste Form der Teilnahme setzt die Beihilfe auch nur einen **denkbar schwach ausgeprägten Vorsatz** voraus. Grundsätzlich ist es nach den höchstrichterlichen Vorgaben ausreichend, dass der Hilfeleistende nur den wesentlichen Unrechtsgehalt der Haupttat kennt.¹⁶ **Einzelheiten** wie Ort und Zeit der Tat oder ihre Modalitäten **muss** der **Gehilfe** grundsätzlich **nicht kennen**. Wer es zumindest für möglich hält und billigt, durch sein Tun ein Verhalten des Haupttäters zu fördern, das den Tatbestand einer Strafnorm erfüllt, ist nach der Rechtsprechung somit auch dann der Beihilfe zu dieser Straftat schuldig, wenn der Haupttäter – durch den Gehilfenbeitrag gefördert – eine größere Zahl von rechtswidrigen Taten begeht oder den tatbestandsmäßigen Erfolg in schuldpruchrelevanter Weise in zahlreicheren Fällen verwirklicht, als es sich der Gehilfe vorgestellt hatte.¹⁷

Für die automatisierte Einstellung von Angeboten auf Plattformen ergibt sich damit ein breiter **Korridor tatrichterlicher Beweiswürdigungsbemühungen** aus

¹⁶ St. Rspr.: *BGHSt* 42, 135 (138); *BGH NJW* 1996, 2517 f.; *BGH*, Beschl. v. 8.11.2017 – 2 StR 542/16 Tz. 11 (in *NSZ-RR* 2018, 58 nicht abgedr.); Handbuch des Strafrechts III/*Kudlich*, 2021, § 54 Rn. 24; *LK-StGB/Schünemann*, 12. Aufl. 2007, § 27 Rn. 56; *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 244 m.w.N.

¹⁷ *BGH NJW* 2007, 384 (388 Tz. 49) – *El Motassadeq* (in *BGHSt* 51, 144 nicht abgedr.) m. Anm. *Jahn JuS* 2007, 382; *BGHSt* 42, 135 (139) für einen Fall der Beihilfe zum Betrug; *Fischer*, StGB, 68. Aufl. 2021, § 27 Rn. 22.

einzelfallbezogenen Indizien.¹⁸ Zu ihnen gehört etwaige, auch **plattformexterne Kommunikation** mit den Einstellern von Angeboten oder ihren Abnehmern im Falle von „Falsch“- oder „Schlechliefereung“ inkriminierter Waren, über die Abwicklung der Zahlung der „Kommissionsgebühren“ an den Plattformbetreiber u.ä. Es dürfte nicht leicht fallen, einen Tatrichter davon zu überzeugen, dass aufgrund der **exorbitanten Margen der Plattformbetreiber** beim Handeln mit Waffen, Drogen und anderen inkriminierten Gegenständen das bloße Bewusstsein der „Unrechtsdimension“¹⁹ der Haupttat tatsächlich gefehlt habe. Auch auf dieser dogmatischen Grundlage der Rechtsprechung sind etwa Mitarbeiter von Geschäftsbanken in der Vergangenheit bereits wegen Beihilfe verurteilt worden, weil sie ein **EDV-gestütztes technisches Abwicklungssystem** zur Verfügung gestellt hatten, das zur **Verschleierung der Identität** von Bankkunden bei Auslandsüberweisungen gedient hat.²⁰

II. Angemessenheit der Lösung über die etablierte Beihilfedogmatik

Dort, wo nicht ohnehin die weite Formulierung der Tathandlung in den einschlägigen Materien des Nebenstrafrechts eine täterschaftliche Bestrafung der Betreiber krimineller Plattformen ermöglicht, stellt die

¹⁸ Zur strafprozessualen Nachweisbarkeit des Vorstellungsinhalts beim Gehilfen i.R.d. § 261 StPO ausf. *Theile*, Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz, 1999, S. 163 ff.

¹⁹ Zu Unklarheiten der Fortgeltung dieser Formel außerhalb des Bereichs der Tötungsdelikte seit dem *El Motassadeq*-Urteil NK-StGB/*Schild*, 5. Aufl. 2017, § 27 Rn. 13.

²⁰ *LG Bochum* NJW 2000, 1430 (1432) mit ausdr. Zustimmung bei *Fischer*, StGB, § 27 Rn. 26. Ob dies für den Bereich inländischer Geschäftsbanken bei Berücksichtigung des heutigen Stands der Diskussion um die Dogmatik sog. neutraler Beihilfe im Bereich von Steuerstraftaten zutrifft, mag im Kontext des Phänomenbereichs krimineller Handelsplattformen vorliegend auf sich beruhen.

Beihilfedogmatik zudem auch die sachangemessenere Reaktion auf das im Einzelfall verwirklichte Unrecht dar.

Zum einen ermöglicht sie, wie dargestellt (soeben **C.I.**), dem Tatrichter den gezielten, beweiswärtigen Blick auf den Einzelfall. Das ist der **Schrotschussmethode** des **§ 127 Abs. 1 StGB-RegE** bei Weitem überlegen. Zum anderen ist die Bestrafung aufgrund der **Akzessorietät des Teilnahmeunrechts** die passgenaue staatliche Reaktion auf die von der Rechtsordnung missbilligte Förderung der Haupttat. Der abstrakte Gefährdungstatbestand des § 127 Abs. 1 StGB-RegE macht sich zunächst einmal **blind für die im Einzelfall** tatsächlich vom Haupttäter begangene rechtswidrige Tat. *Jeder* Betrieb – und selbst die Beihilfe zum Betrieb durch Bereitstellung einer Serverinfrastruktur – wird **unterschiedslos** nach dem „**Regel-Qualifikationstatbestand**“ in **§ 127 Abs. 3 StGB-RegE** bei regelhaft gewerbsmäßiger Begehung mit **bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe** bedroht. Die rechtsstaatlich zwingenden Restriktionen müssen dann erst im Strafzumessungsakt erfolgen.

Über die akzessorische Beihilfedogmatik kann demgegenüber die Bemessung der Strafe von vornherein passgenau nach dem Grad des Unrechts der *konkret im Einzelfall* verwirklichten Haupttat erfolgen, § 27 Abs. 2 S. 1 StGB („Die Strafe für den Gehilfen richtet sich nach der Strafdrohung für den Täter“). Der Sinn dieser Akzessorietätsbindung liegt in der **rechtsstaatlich gebotenen Konturierung** der Teilnahmehandlung.²¹ Da jedes beliebige, für den Erfolg kausale Verhalten Teilnahme sein kann, **verhindert** die Bindung an die konkrete Tatbestandshandlung des

²¹ LK-StGB/Schünemann, Vor § 26 Rn. 4.

Haupttäters, dass die Strafbarkeit mit Hilfe eines vom **Tatbestand abgelösten Teilnehmebegriffes** ausgedehnt wird. Der Rechtsfigur einer solchen „Urheberschaft“ hat der Gesetzgeber mit dem Rechtsinstitut der Beihilfe eine Absage erteilen wollen.²² Dabei sollte es bleiben.

III. Handlungsempfehlung aus fachlicher Sicht

Da es bereits an der Erforderlichkeit der mit § 127 Abs. 1 StGB Reg-E vorgeschlagenenen Strafnorm mangelt, müssen Alternativvorschläge²³ – zumal im jetzigen Stand des Gesetzgebungsverfahrens kurz vor Ende der 19. Wahlperiode – ebenso wie die weitere Ausgestaltung des Tatbestands nicht mehr im Einzelnen diskutiert werden. Es gilt der Rat *Montesquieus*: **Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu machen, dann ist es notwendig, kein Gesetz zu machen.**²⁴

Dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags ist daher aus fachlicher Sicht die Ablehnung des Regierungsentwurfs auf BT-Drs. 19/28175 zu empfehlen.

²² Vgl. nochmals LK-StGB/Schünemann, Vor § 26 Rn. 4.

²³ Vgl. dazu Teil II. der KriK-Stellungnahme, <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/03/KriK-Stellungnahme-Darknet.pdf>.

²⁴ Dieser frühe Ausdruck des Prinzips der Erforderlichkeit hat es in das Vorwort (S. V) der 36. Aufl. 2012 des Lehrbuchs zum Besonderen Teil des StGB von *Wessels/Hettinger* geschafft.

D. Gesamtergebnis und Kurzzusammenfassung

1. Ein Tatbestand des Betriebens krimineller Handelsplattformen im Internet und des Bereitstellens einschlägiger Server-Infrastrukturen (§ 127 Abs. 1 StGB-RegE) ist mangels Bestehens sachwidriger Strafbarkeitslücken und angesichts der Gefahr einer Überkriminalisierung im bloßen Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung nicht erforderlich.
2. Sachangemessene Lösungen für die fraglos *im Einzelfall* grundsätzlich vorhandene Strafbedürftigkeit können in den szenetypischen Deliktsbereichen des Betäubungsmittel-, Waffen- oder Arzneimittelstrafrechts aufgrund weit formulierter Tathandlungen über die Dogmatik der Täterschaft bereits heute erreicht werden.
3. Wie die Praxis ebenfalls demonstriert, ermöglicht die weit gespannte Dogmatik der Beihilfe – entgegen der Gesetzesbegründung grundsätzlich auch für vollautomatisiert betriebene Plattformen – auch im Übrigen die passgenaue *einzelfallbezogene* Erfassung des Unrechts, wenn es beim Betrieb krimineller Handelsplattformen tatsächlich zu Verletzungen der Rechtsgüter Dritter kommt.

Nr. 1/21
Januar 2021

Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit des Betriebes krimineller Handelsplattformen im Internet

A. Tenor der Stellungnahme

Der Deutsche Richterbund begrüßt den Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit des Betriebes krimineller Handelsplattformen im Internet in seiner Gesamtheit ausdrücklich.

Plattformen im Internet, auf denen verbotene Gegenstände und Dienstleistungen angeboten und nachgefragt werden, spielen für bestimmte Deliktsfelder – wie etwa den Handel mit Betäubungsmitteln, Waffen, gehackten Passwörtern oder Kinderpornographie – eine zunehmend wichtige Rolle. In der Praxis der Strafverfolgung besteht nicht selten die Schwierigkeit, strafwürdiges Verhalten mit dem geltenden Regelungsregime zu erfassen. Dies gilt – worauf die Entwurfsbegründung zutreffend hinweist – insbesondere in Fällen, in denen Plattformen vollautomatisiert betrieben werden. Denn in solchen Konstellationen muss die plattformbetreibende Person keine Kenntnis davon haben, welche Waren konkret Gegenstand der auf der Plattform abgewickelten Geschäfte sind. Mit den bisherigen strafrechtlichen Konstruktionen von Täterschaft und Teilnahme ist diese Form der Kriminalität nicht immer angemessen zu erfassen, obwohl auch aus Sicht des Deutschen Richterbundes in diesem wachsenden Deliktsfeld eine konsequente und effektive Strafverfolgung unbedingt geboten ist.

Der Referentenentwurf schließt mit der Einfügung des neuen Straftatbestandes des Betriebes krimineller Handelsplattformen im Internet (§ 127 StGB-E) eine Regelungslücke und leistet damit einen wertvollen Beitrag zur Bekämpfung von Kriminalität, die aufgrund der Anonymität im Internet in vielerlei Hinsicht vereinfacht und verstärkt wird. Aus Sicht des Deutschen Richterbundes besteht lediglich mit Blick auf den Wortlaut der neu zu schaffenden Vorschrift sowie den in § 127 Abs. 2 StGB-E enthaltenen Straftatenkatalog Optimierungsbedarf.

Deutscher Richterbund
Haus des Rechts
Kronenstraße 73
10117 Berlin

T +49 30 206 125-0
F +49 30 206 125-25

info@drb.de
www.drb.de

Verfasser der Stellungnahme:
Dr. Oliver Piechaczek, Staatsanwalt,
Mitglied des Präsidiums

Soweit der Entwurf den Ermittlungsbehörden weitergehende Ermittlungsbefugnisse an die Hand gibt, ist dies zu begrüßen. Der Deutsche Richterbund bedauert jedoch die fehlende Aufnahme des § 127 Abs. 3 StGB-E in den Straftatenkatalog von § 100g StPO.

Freilich wird allein mit der Schaffung eines neuen Straftatbestandes sowie einer punktuellen Erweiterung von Ermittlungsmöglichkeiten die Bekämpfung krimineller Plattformen im Internet nicht gelingen. Die Strafjustiz arbeitet bereits gegenwärtig an ihrer Belastungsgrenze. Die zahlreichen Gesetzesvorhaben im Bereich des Strafrechts in der jüngeren Vergangenheit münden in einen signifikanten Mehraufwand, ohne dass dem eine spürbare Stärkung der personellen und sachlichen Ressourcen gegenüberstünde.

Internetkriminalität kann nur dann effektiv und nachhaltig bekämpft werden, wenn die Ermittlungs- und Strafverfolgungsbehörden über die notwendigen personellen Ressourcen und technischen Kapazitäten verfügen.

B. Bewertung im Einzelnen

1. Der Grundtatbestand des § 127 Abs. 1 Satz 1 StGB-E

Der Deutsche Richterbund begrüßt, dass der neu einzufügende Tatbestand des § 127 Abs. 1 Satz 1 StGB-E keine Einschränkung auf Plattformen vorsieht, deren Zugang und Erreichbarkeit durch besondere technische Vorkehrungen beschränkt ist. Eine solche Einschränkung dürfte aus Sicht der Praxis nicht zielführend sein, da auch im sogenannten Clearnet digitale Marktplätze existieren, auf denen illegale Waren und Dienstleistungen angeboten werden.

Damit geht die Notwendigkeit einher, durch eine Einschränkung des Tatbestandes den Betrieb von Plattformen mit rechtmäßigem Geschäftsmodell und redlichen Zielsetzungen von dem Anwendungsbereich des § 127 Abs. 1 StGB-E auszunehmen. Aus Sicht der Praxis kann dies durch die Formulierung in § 127 Abs. 1 StGB-E „deren Zweck darauf ausgerichtet ist, die Begehung von rechtswidrigen Taten im Sinne des Satzes 2 zu ermöglichen oder zu fördern“ sichergestellt werden.

Im Hinblick auf einen Teilbereich der in § 127 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB-E genannten Deliktsformen dürfte es indes sachgerechter sein, die Strafbarkeit nicht auf Handelsplattformen im Internet (Hervorhebung nur hier) zu beschränken, sondern die Formulierung „Plattform im Internet“ zu wählen. Denn insbesondere Plattformen im Bereich der Delikte gegen die sexuelle

Selbstbestimmung sind vielfach nicht auf einen Handel im Sinne eines (entgeltlichen) Austauschs ausgerichtet.

Durch die vorgeschlagene Formulierung könnten etwaige Strafbarkeitslücken beziehungsweise Schwierigkeiten bei der Auslegung der Vorschrift verhindert werden.

2. Der Straftatenkatalog des § 127 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB-E

Die Aufnahme eines Straftatenkatalogs in § 127 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB-E ist aus Sicht der Praxis dazu geeignet, die aufgrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips erforderliche Beschränkung tatbestandlichen Handelns herbeizuführen. Auf diese Weise wird eine ausufernde Strafbarkeit verhindert und die notwendige Rechtssicherheit für Betreiber von Plattformen im Internet garantiert. Zugleich erfasst der vorgesehene Straftatenkatalog aus Sicht des Deutschen Richterbundes weit überwiegend die maßgeblichen Bereiche und Waren, die regelmäßig auf illegalen Plattformen gehandelt werden.

Aus Sicht der Praxis besteht lediglich punktueller Nachbesserungsbedarf.

Etwa sollte erwogen werden, die **Liste der Vergehen** in § 127 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB-E **um die Vorschrift des § 4 Abs. 1 Nr. 1 Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetz (NpSG) zu ergänzen.**

Mit dem Auftreten und der Verbreitung immer neuer chemischer Varianten bekannter Betäubungsmittel und psychoaktiver Stoffe, die nicht unter den Arzneimittelbegriff und das Arzneimittelgesetz fallen und in die Anlagen des Betäubungsmittelgesetzes (BtMG) lediglich mit erheblicher zeitlicher Verzögerung aufgenommen werden können, entstand eine Regelungs- und Strafbarkeitslücke, welche durch das Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetz geschlossen wurde. Der Konsum von Neuen Psychoaktiven Stoffen kann schwere Folgen nach sich ziehen. In Deutschland und dem übrigen Europa sind bereits Todesfälle aufgetreten, bei denen der Konsum einer oder mehrerer dieser Stoffe nachgewiesen werden konnte. Die Gefährlichkeit dieser Stoffe spricht für die Aufnahme des § 4 Abs. 1 Nr. 1 NpSG in den Straftatenkatalog des § 127 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB-E. Da in § 127 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB-E bereits Strafnormen aus dem Betäubungsmittelgesetz, dem Arzneimittelgesetz sowie dem Grundstoffüberwachungsgesetz erfasst sind, würde sich § 4 Abs. 1 Nr. 1 NpSG ohne weiteres in Zielrichtung und Systematik des Referentenentwurfs einreihen.

Darüber hinaus bietet sich aus Sicht der Praxis eine **Ausweitung von § 127 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 e) StGB-E** an. Die in der gegenwärtigen Fassung enthaltenen Tatbestände des § 52 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 und 3 Nr. 1 WaffG haben eher spezielle Waffenarten zum Gegenstand.

Bei dem Anschlag von München 2016, bei dem neun Menschen am Münchener Olympia-Einkaufszentrum getötet wurden, verwendete der Täter eine halbautomatische Selbstladepistole des Typs Glock 17. Diese Waffe hatte der Täter zuvor über ein Darknetforum erworben. Auch der norwegische Rechtsextremist Anders Behring Breivik verwendete bei seinen Anschlägen in Oslo und auf der Insel Utoya im Jahr 2011 unter anderem eine großkalibrige Glock 17.

Plattformen, auf denen solche halbautomatischen Kurzwaffen angeboten werden, wären von § 127 StGB-E gegenwärtig nicht erfasst.

Aus diesem Grunde dürfte es zielführend sein, § 52 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) WaffG (insb. erlaubniswidriger Erwerb und Besitz halbautomatischer Kurzwaffen, wie z. B. einer Glock 17) und § 52 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) WaffG (im Sinne einer Unternehmung betriebener Handel etc. mit Schusswaffen oder Munition ohne Erlaubnis) in den Straftatenkatalog des § 127 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB-E aufzunehmen.

3. § 127 Abs. 3 StGB-E: Qualifikation lediglich bei gewerbsmäßiger Begehung

Der Deutsche Richterbund begrüßt ausdrücklich, dass die gewerbsmäßige Begehung in § 127 Abs. 3 StGB-E mit einer erhöhten Strafandrohung versehen wird.

In diesem Zusammenhang dürfte es zielführend sein, in § 127 Abs. 3 StGB-E zudem alternativ die bandenmäßige Begehung mit einer erhöhten Strafandrohung zu versehen, etwa mit folgender Formulierung: „Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer die Tat gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande begeht“.

Denn der Zusammenschluss mehrerer Personen birgt unter anderem aufgrund der Möglichkeit des arbeitsteiligen Vorgehens und des Tätigwerdens in speziell zugeordneten Aufgabengebieten die Gefahr von intensiveren Rechtsbrüchen. Dies rechtfertigt regelmäßig eine erhöhte Strafandrohung (vgl. etwa §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244a Abs. 1, 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB, § 30 Abs. 1 Nr. 1 BtMG).

Eine solche Erweiterung des Qualifikationstatbestandes hätte darüber hinaus strafprozessuale Konsequenzen. Bei entsprechender Änderung des § 127 Abs. 3 StGB-E könnte der erhöhten Gefährlichkeit des bandenmäßigen Betriebs einer solchen Plattform durch erweiterte Ermittlungsmöglichkeiten begegnet werden, da auf diese Weise gemäß Artikel 2 des Referentenentwurfs („Änderung der Strafprozessordnung“) die bandenmäßige Begehung ebenfalls in die Kataloge des §§ 100a Abs. 2 und 100b Abs. 2 StPO-E aufgenommen werden würde.

4. Zur Erweiterung der Ermittlungsmöglichkeiten

Der Entwurf sieht vor, die Katalogtaten der Telekommunikationsüberwachung und der Onlinedurchsuchung punktuell zu erweitern. Der Deutsche Richterbund begrüßt diese Erweiterung der strafprozessualen Ermittlungsmöglichkeiten ausdrücklich. Die bestehenden Ermittlungsbefugnisse werden gezielt und sinnvoll ergänzt.

Demgegenüber sieht der Referentenentwurf nicht vor, den Straftatenkatalog der Vorratsdatenerhebung in § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO um § 127 Abs. 3 StGB-E zu erweitern.

Diese Auslassung ist aus Sicht des Deutschen Richterbundes nicht konsequent.

Mit einer entsprechenden Erweiterung von § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO würde eine umfassende Erhebung von Verkehrsdaten möglich und den Ermittlungsbehörden damit ein weiteres wichtiges Ermittlungsinstrument an die Hand gegeben. Wenn der Zugriff auf die Telekommunikation eines zunächst anonym handelnden Täters möglich ist, so ist es nur folgerichtig, die Ermittlungsbehörden zugleich in die Lage zu versetzen, auch den Standort und die Identität des Täters zu ermitteln sowie umfassenden Zugriff auf sämtliche seiner Telekommunikationspartner zu haben. Nicht selten dürfte in der Praxis die Erhebung von Verkehrsdaten die einzig erfolgversprechende Ermittlungsmaßnahme für die Auswertung der bei Taten nach § 127 StGB-E zentralen internetbasierten Kommunikation darstellen.

Darüber hinaus geht der Betrieb einer kriminellen Plattform häufig mit Straftaten etwa aus dem Bereich des Kindesmissbrauchs oder des Drogen- und Waffenhandels einher, bei denen es sich regelmäßig um Taten von im Einzelfall erheblichem Gewicht im Sinne des § 100g Abs. 2 StPO handelt. Es erscheint daher nur konsequent, wenn das mit § 127 Abs. 3 StGB-E zu sank-

tionierende Ermöglichen und Fördern solcher Straftaten ebenfalls in den Katalog des § 100g Abs. 2 StPO aufgenommen würde.

Der Deutsche Richterbund ist mit mehr als 17.000 Mitgliedern in 25 Landes- und Fachverbänden (bei bundesweit mehr als 25.000 Richtern und Staatsanwälten insgesamt) der mit Abstand größte Berufsverband der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte in Deutschland.

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 schwererer 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: Strafraumenabsenkung auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.

f) Abs. 4: Strafraumenabsenkung 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 Beihilfevorsatz 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 Beihilfevorsatz 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 Meinungs Austausch 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 Bezüglich 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 täterschaftsbe gründendem 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*, Augsburgsberger 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 Betriebens „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 NSStZ 2006, 455; NSStZ 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 subsu- miert werden kann.²³ Das „Vermitteln“ ist vollendet, wenn die schuldrechtliche Vereinbarung zustande 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, Disseration, 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, Disseration, 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, Disseration, Erlangen 2021 (noch unveröffentlicht), S. 93 f.

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

Ausführungen entsprechend. Außerdem ist das „Fördern“ des Handelstreibens (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 selbständig 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 Betriebens „illegaler“ Handelsplattformen, Disseration, Erlangen 2021 (noch unveröffentlicht), S. 159 ff.

²⁷ *Wüst*, Die Underground Economy des Darknets – Die Strafbarkeit des Betriebens „illegaler“ Handelsplattformen, Disseration, 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 unzensurierten und unüberwachten Nachrichtenaustausch diene.“³⁷

Auch die Bejahung des Beihilfevorsatzes 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 Haupttäter/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 Haupttäter/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“, „Boylovers“) 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 Beihilfevorsatzes, 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) Problemlage

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 Ruffer in Rückert/Wüst KriPoz 2018, 247 (251 ff.).

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

⁴⁸ Ruffer 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 Deliktgruppen des BtMG, WaffG und §§ 184b ff. StGB weit gespannten Strafraumen, 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-blaulich/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 Vorfeldstraftatbestände 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 *Zöllner* 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, Werbung, Kategorien („Drugs“, „Weapons“, „Narcotics“, „Boylovers“ 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 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 dürften 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 gehäufte 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/Weißberger* 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.f679a7d-fdad-4c0b-bc24-9e1910b737bb.html>

⁶⁵ <https://www.welt.de/wirtschaft/article170147189/Experten-warnen-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 Gleiches 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/Weißberger* 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, unstrittig 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 Strafvahrensrecht.

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 Grundrechtseingriffe, 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 der 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).

Thomas Wullrich
Oberstaatsanwalt
Staatsanwaltschaft Stuttgart

Stuttgart, am 30. April 2021

**Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des
Strafgesetzbuches – Strafbarkeit des Betriebens krimineller
Handelsplattformen im Internet und des Bereitstellens entspre-
chender Server-Infrastrukturen
(BT-Drucksache 19/28175)**

A. Vorbemerkung

Der Gesetzesentwurf ist aus Sicht der Praxis zu begrüßen. Der Handel im Internet hat in den vergangenen Jahren zunehmend an Bedeutung gewonnen. Die zunehmende Bedeutung beschränkt sich nicht auf das Angebot legaler Waren und Dienstleistungen. Vielmehr werden auch illegale Gegenstände und Dienstleistungen auf einschlägigen Plattformen angeboten. Es ist aufgrund der zunehmenden Bedeutung des Internets und des darüber abgewickelten Handels davon auszugehen, dass dieses Phänomen in der Zukunft eher zu- als abnehmen wird.

Bislang ist der Betrieb von Plattformen, deren Zweck darauf ausgerichtet ist, die Begehung von Straftaten zu ermöglichen, sowie die Bereitstellung der hierfür erforderlichen Server-Infrastruktur nicht selbständig unter Strafe gestellt. Der Betreiber einer solchen Plattform kann deshalb in der Regel nur mit der Hilfskonstruktion, er habe durch das Betreiben der Plattform Beihilfe zu den über diese abgewickelten Straftaten geleistet, zur Verantwortung gezogen werden. Eine solche Gehilfenstrafbarkeit setzt voraus, dass sich eine

Haupttat feststellen lässt und dass sie vom Vorsatz des Gehilfen umfasst ist. Der Nachweis beider Voraussetzungen kann in der Praxis schwierig oder gar unmöglich sein.

Erfahrungen aus den vergangenen Jahren zeigen, dass oftmals nur belegbar ist, welche illegalen Waren oder Dienstleistungen über eine Plattform angeboten werden. Die weitere Geschäftsabwicklung zwischen dem Verkäufer oder dem Dienstleister und dem Interessenten spielt sich häufig im Verborgenen ab, etwa wenn die Kommunikation in geschlossenen, besonders gesicherten Chaträumen stattfindet, sogenannte „private notes“, die sich nach Lektüre durch den Empfänger selbst und unwiederbringlich zerstören, verwendet werden oder wenn die Beteiligten des sich anbahnenden Geschäftes ihre weiteren Absprachen gänzlich außerhalb der Plattform treffen. Fehlt es aber an einer (feststellbaren) Haupttat, kann der Betreiber der Plattform auch nicht wegen einer Beihilfe zu einer solchen bestraft werden.

Ist eine Haupttat trotz dieser Schwierigkeiten ausnahmsweise feststellbar, muss zusätzlich nachgewiesen werden, dass der Betreiber der Plattform von dieser zumindest in ihren wesentlichen Merkmalen Kenntnis hatte, dass sie also von seinem Vorsatz umfasst war. Auch der Nachweis dieser subjektiven Seite ist in der Praxis oft schwierig, weil die Plattformen weitgehend automatisiert betrieben werden, ohne dass der Betreiber – nachdem er sie einmal eingerichtet hat – hierzu noch einen manuellen Beitrag leisten muss. Dann kann aber auch nicht davon ausgegangen werden, dass er von den über die Plattform abgewickelten Straftaten notwendigerweise Kenntnis genommen hat.

Der Gesetzesentwurf erscheint im Wesentlichen geeignet, die hier- nach bislang bestehenden Strafbarkeitslücken zu schließen und ist deshalb zu begrüßen. Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden nur punktuell auf einzelne Regelungen eingegangen werden, deren konkrete Ausgestaltung aus Sicht des Verfassers nochmals überdacht werden sollte.

B. Einzelne Vorschriften

I. Personelle Anknüpfung an die deutsche Staatsangehörigkeit oder an eine Lebensgrundlage im Inland (§ 5 Nr. 5b StGB-E)

Nach Gesetzesentwurf kann Täter nur Deutscher oder eine Person mit Lebensgrundlage in Deutschland sein. Diese Einschränkung des Anwendungsbereiches des § 127 StGB-E ist aus Sicht der Praxis abzulehnen.

Der deutsche Markt ist lukrativ für Straftäter aus dem In- und Ausland. Technisch ist es unproblematisch möglich, Plattformen außerhalb des Bundesgebietes aufzusetzen und zu betreiben, gleichwohl aber deutsche Kunden anzusprechen. Es liegt mehr als nahe, dass auch Täter ohne deutsche Staatsangehörigkeit von dieser Möglichkeit Gebrauch machen und vom Ausland aus illegale Plattformen betreiben, die auf die Nachfrage deutscher Kunden nach illegalen Waren und Dienstleistungen abzielen.

Ob die getroffene Differenzierung nach Staatsangehörigkeit aus völkerrechtlichen Gesichtspunkten geboten ist, wie es in der Gesetzesbegründung anklingt, vermag der Verfasser nicht abschließend zu beurteilen. Soweit dies aber nicht der Fall ist, sollten die personalen

Anknüpfungspunkte der deutschen Staatsangehörigkeit bzw. der inländischen Lebensgrundlage gestrichen werden. Denn die Strafbarkeit des Betriebes krimineller Handelsplattformen hängt hiervon nicht ab.

Soweit die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates ausführt, eine Verfolgung von aus dem Ausland agierenden nichtdeutschen Tätern sei in der Praxis ohnehin in der Regel erfolglos, kann dem in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden. Fälle aus dem Bereich der Cyberkriminalität weisen häufig, wenn nicht sogar in der überwiegenden Anzahl der Fälle, einen Auslandsbezug auf, da die Täter von beinahe überall auf der Welt aus agieren können. Dennoch ist es in der Vergangenheit immer wieder gelungen, auch solche Taten aufzuklären und der Täter habhaft zu werden. Zudem erscheint schon der Ansatz bedenklich, ein an sich als strafwürdig erachtetes Verhalten nur deshalb nicht unter Strafe zu stellen, weil sich Ermittlungen – etwa aufgrund ihres Auslandsbezuges – mitunter als schwierig erweisen könnten.

II. Ausweitung des Straftatenkataloges des § 127 Abs. 1 Nr. 2a) StGB-E um den Tatbestand der Geldwäsche nach § 261 StGB

Der Bundesrat schlägt in seiner Stellungnahme zum Gesetzesentwurf eine punktuelle Ergänzung des Straftatenkataloges des § 127 Abs. 2 StGB-E vor. Aus der Liste der von ihm genannten Vorschriften erscheint vor allem der Geldwäschetatbestand von erheblicher Bedeutung für die Praxis zu sein, weshalb dessen Aufnahme in Erwägung gezogen werden sollte.

In der Begründung zum Gesetzesentwurf wird an anderer Stelle darauf hingewiesen, dass das Geschäftsmodell des „Cybercrime-as-a-Service“ zunehmend weiter ausgebaut werde. Zu den dabei angebotenen Dienstleistungen insbesondere im Betrugs- und Computerbetrugsbereich gehören die Vermittlung von Finanzagenten und das Bereitstellen sogenannter „Bankdrops“ (Bankkonten, die auf falsche Personalien oder durch Täuschung des Berechtigten eröffnet wurden) und das anschließende Weiterleiten und Umwandeln von hierauf eingegangenen bemakelten Geldern, bevor sie (oft in Form von Kryptowährungen) abzüglich einer Provision für den Anbieter einer solchen Dienstleistung an den ursprünglichen Täter zurückfließen. Es handelt sich um typische Geldwäscheaktivitäten, die zahlreiche Cyberkriminelle für das Funktionieren ihres Geschäftsmodells zwingend benötigen. Denn sie haben aufgrund des Entdeckungsrisikos naturgemäß kein Interesse daran, eigene Konten als Empfängerkonten für ihre betrügerischen Aktivitäten zur Verfügung zu stellen.

Die Bundesregierung gibt in ihrer Gegenäußerung zum Änderungsvorschlag zu bedenken, dass bei einer Aufnahme des Geldwäschetatbestandes vor dem Hintergrund, dass dessen Anwendungsbereich erst vor kurzem stark ausgeweitet worden sei, eine ausufernde Strafbarkeit drohe. Diese Bedenken sind durchaus ernst zu nehmen. Dennoch ließe sich möglicherweise ein Kompromiss finden, der beiden Aspekten gerecht wird. So könnte etwa daran gedacht werden, dass nicht der Grundtatbestand der Geldwäsche, sondern lediglich der Qualifikationstatbestand der gewerbs- und bandenmäßigen Geldwäsche (§ 261 Abs. 5 StGB) in den Straftatenkatalog des § 127 Abs. 2 StGB-E aufgenommen wird. Hierdurch würde das beschriebene Phänomen ausreichend erfasst, weil ein Anbieter von Dienst-

leistungen der beschriebenen Art in aller Regel zumindest gewerbsmäßig handeln wird. Zugleich wäre den Bedenken der Bundesregierung in sachgerechter Weise Rechnung getragen.

III. Änderungen der Strafprozessordnung – Telekommunikationsüberwachung unter den Voraussetzungen des § 127 Abs. 3 und 4 StGB-E

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Telekommunikation des Betreibers einer kriminellen Handelsplattform sowie die Telekommunikation, die auf dem von ihm betriebenen Server erfolgt, unter bestimmten Voraussetzungen überwacht werden kann. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen. Denn häufig wird das strafprozessuale Instrument der Telekommunikationsüberwachung der einzig erfolgversprechende Ansatz sein, den Betreiber einer kriminellen Handelsplattform zu ermitteln.

Zu hinterfragen aber ist, ob die konkrete Ausgestaltung, wie sie im Gesetzesentwurf vorgesehen ist, so beibehalten werden soll.

Eine Telekommunikationsüberwachung setzt unter anderem voraus, dass bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass jemand eine schwere Straftat begangen hat (§ 100a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO). Die hierunter fallenden Straftaten sind in § 100a Abs. 2 StPO enumerativ aufgezählt. Eingefügt werden sollen in diesen Straftatenkatalog die Vorschriften des § 127 Abs. 3 und Abs. 4 StGB-E. Mit einer Überwachungsmaßnahme belegt werden könnte demnach, wer im Fall des § 127 Abs. 1 Satz 1 StGB-E gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt (§ 127 Abs. 3 StGB-E) oder wer bei der Begehung einer Tat nach § 127 Abs. 1 Satz 1 StGB-E beabsichtigt

oder weiß, dass die Handelsplattform im Internet den Zweck hat, Verbrechen zu ermöglichen oder zu fördern (§ 127 Abs. 4 StGB-E).

Es fällt zum einen auf, dass die Möglichkeit zur Überwachung der Telekommunikation nur in Bezug auf den Betreiber der kriminellen Handelsplattform eröffnet wird, nicht aber in Bezug auf denjenigen, der hierfür absichtlich oder wissentlich eine Server-Infrastruktur bereitstellt. Denn auf § 127 Abs. 1 Satz 2 StGB-E, der die Strafbarkeit des Betreibers derartiger Infrastrukturen regelt, nehmen die genannten Vorschriften nicht Bezug. An anderer Stelle in der Begründung zum Gesetzesentwurf wird ausgeführt, dass sich die Gleichstellung bei der Bestrafung (des Bereitstellers der Infrastruktur mit dem Betreiber der Plattform) dadurch rechtfertige, dass es unerheblich sei, ob die kriminellen Handelsgeschäfte durch Bereitstellen von Hardware, also Servern, ermöglicht oder gefördert werden oder durch das Bereitstellen einer virtuellen Plattform. Vor diesem Hintergrund soll zumindest die Frage aufgeworfen werden, ob nicht eine Erweiterung der Möglichkeit der Telekommunikationsüberwachung auch auf den Betreiber entsprechender Infrastrukturen angezeigt wäre.

Zum anderen ist eine Telekommunikationsüberwachung nur dann möglich, wenn der Betreiber der kriminellen Handelsplattform entweder weiß oder beabsichtigt, dass die Handelsplattform den Zweck hat, Verbrechen zu ermöglichen oder zu fördern (§ 127 Abs. 4 StGB-E) oder wenn er selbst gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt (§ 127 Abs. 3 StGB-E). Keine Telekommunikationsüberwachungsmaßnahme (und damit auch keine Überwachung des Servers, über den die Plattform läuft und die Straftaten abgewickelt werden) ist demnach möglich, wenn über die Plattform zwar Verbrechen abgewickelt werden, der Betreiber diesbezüglich aber nur Eventualvor-

satz hat, oder wenn über die Plattform (lediglich) Vergehen abgewickelt werden, der Betreiber aber weder gewerbs- noch bandenmäßig handelt.

Dies erscheint nicht unproblematisch, weil die Gefahr besteht, dass durch diese Einschränkungen die Überwachung der Telekommunikation, die oftmals – wie bereits ausgeführt – die einzig erfolgversprechende Ermittlungsmaßnahme sein wird, in einer Vielzahl von Fällen ausgeschlossen sein könnte. Die Bundesregierung weist in ihrer Begründung zum Gesetzesentwurf zutreffend darauf hin, dass sich den Strafverfolgungsbehörden zu Beginn der Ermittlungen in der Regel zunächst nur die visuelle Oberfläche einer technischen Infrastruktur ohne Anhaltspunkte auf die Identität von Nutzern oder Betreibern der kriminellen Plattform präsentiert. Erst recht keine Informationen vorhanden sind zu diesem Zeitpunkt in Bezug auf die Frage, ob die für eine Überwachungsmaßnahme erforderlichen besonderen persönlichen Merkmale der Gewerbsmäßigkeit oder Bandenmitgliedschaft des Betreibers vorliegen (im Fall des § 127 Abs. 3 StGB-E), oder in Bezug auf die Frage, mit welcher Vorsatzart dieser handelt (im Fall des § 127 Abs. 4 StGB-E). Ob man einen allgemeinen Erfahrungssatz unterstellen kann, dass Plattformbetreiber immer in Gewinnerzielungsabsicht (und damit letztlich gewerbsmäßig) handeln, erscheint zumindest zweifelhaft. Mithin müsste eine Überwachung der Telekommunikation konsequenterweise abgelehnt werden, weil es an bestimmten Tatsachen im Sinne des § 100a Abs. 1 Nr. 1 StPO fehlt, die den Verdacht einer schweren Straftat nach § 100a Abs. 2 StPO (hier des § 127 Abs. 3 oder Abs. 4 StGB-E) begründen.

Zur Umgehung dieser Problematik könnte erwogen werden, die Zulässigkeit der Überwachung der Telekommunikation des Plattformbetreibers und des von ihm betriebenen Servers nicht an die Voraussetzungen des § 127 Abs. 3 oder Abs. 4 StPO-E zu knüpfen, sondern davon abhängig zu machen, ob der Zweck der Handelsplattform darauf ausgerichtet ist, eine Straftat zu ermöglichen oder zu fördern, deren Begehung selbst eine Überwachung der Telekommunikation rechtfertigen würde (die also im Katalog der schweren Straftaten des § 100a Abs. 2 StPO enthalten ist). Eine entsprechende Feststellung könnte schon zu Beginn der Ermittlungen rechtssicher getroffen werden, weil die Inhalte der Handelsplattform regelmäßig bekannt sind.

Sollte einer entsprechenden Ausgestaltung nähergetreten werden, würden sich im Rahmen der weiteren angedachten Änderungen der StPO (§ 100b StPO und § 100g StPO) ggf. ähnliche Ausgestaltungen anbieten.



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 Handeltreiben 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). Seite 112 von 123

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-tatverd>

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. Seite 115 von 123

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 gehnt, 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).Seite 121 von 123

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