

# § 127 StGB – Eine Bestandsaufnahme

## Hintergrund, Auslegungsfragen und Vereinbarkeit mit dem TMG

**Nikolas Hamm**

Universität des Saarlandes

Herbstakademie 2022

# Agenda

- I. Hintergrund und Entstehung
- II. Kritik
- III. Bestandsaufnahme der Norm
  1. Plattformbegriff
  2. Tathandlung: Betreiben
  3. Zweckbestimmung der Plattform
  4. Subsidiaritätsklausel
- IV. Auswirkungen auf TMG/ECRL
- V. Ausblick

# I. Hintergrund und Entstehung

## Kurze Historie:

- ▶ 03/2019 – Initiative des Bundesrates
- ▶ 11/2020 – Referentenentwurf des BMJV
- ▶ 08/2021 – Gesetz durch Bundestag beschlossen
- ▶ 10/2021 – In Kraft getreten

## Ziele:

- ▶ Beseitigung von Strafbarkeitslücken
- ▶ Bekämpfung sämtlicher Kriminalität, die durch das Internet einen erweiterten „Marktplatz“ hat
- ▶ Anpassung der StPO

## II. Kritik

05/2021 – Öffentliche Anhörung zum Gesetzesentwurf

- ▶ Vertreter aus Justiz und Rechtswissenschaft als Gutachter

Stellungnahmen der Justiz:

- ▶ Notwendigkeit der Gesetzesänderung

Stellungnahmen der Rechtswissenschaft:

- ▶ Es besteht keine Strafbarkeitslücke (h.M.)
- ▶ Weite Ausdehnung des Anwendungsbereichs kritisch
- ▶ Anwendbarkeit/Vereinbarkeit mit dem TMG problematisch

### III. Bestandsaufnahme der Norm

#### Strafgesetzbuch (StGB)

#### § 127 Betreiben krimineller Handelsplattformen im Internet

(1) Wer eine Handelsplattform im Internet betreibt, deren Zweck darauf ausgerichtet ist, die Begehung von rechtswidrigen Taten zu ermöglichen oder zu fördern, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. Rechtswidrige Taten im Sinne des Satzes 1 sind.

1. Verbrechen,

2. Vergehen nach

- a) den §§ 86, 86a, 91, 130, 147 und 148 Absatz 1 Nummer 3, den §§ 149, 152a und 176a Absatz 2, § 176b Absatz 2, § 180 Absatz 2, § 184b Absatz 1 Satz 2, § 184c Absatz 1, § 184l Absatz 1 und 3, den §§ 202a, 202b, 202c, 202d, 232 und 232a Absatz 1, 2, 5 und 6, nach § 232b Absatz 1, 2 und 4 in Verbindung mit § 232a Absatz 5, nach den §§ 233, 233a, 236, 259 und 260, nach § 261 Absatz 1 und 2 unter den in § 261 Absatz 5 Satz 2 genannten Voraussetzungen sowie nach den §§ 263, 263a, 267, 269, 275, 276, 303a und 303b,
- b) § 4 Absatz 1 bis 3 des Anti-Doping-Gesetzes,
- c) § 29 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, auch in Verbindung mit Absatz 6, sowie Absatz 2 und 3 des Betäubungsmittelgesetzes,
- d) § 19 Absatz 1 bis 3 des Grundstoffüberwachungsgesetzes,
- e) § 4 Absatz 1 und 2 des Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetzes,
- f) § 95 Absatz 1 bis 3 des Arzneimittelgesetzes,
- g) § 52 Absatz 1 Nummer 1 und 2 Buchstabe b und c, Absatz 2 und 3 Nummer 1 und 7 sowie Absatz 5 und 6 des Waffengesetzes,
- h) § 40 Absatz 1 bis 3 des Sprengstoffgesetzes,
- i) § 13 des Ausgangsstoffgesetzes,
- j) § 83 Absatz 1 Nummer 4 und 5 sowie Absatz 4 des Kulturgutschutzgesetzes,
- k) den §§ 143, 143a und 144 des Markengesetzes sowie
- l) den §§ 51 und 65 des Designgesetzes.

(2) Handelsplattform im Internet im Sinne dieser Vorschrift ist jede virtuelle Infrastruktur im frei zugänglichen wie im durch technische Vorkehrungen zugangsbeschränkten Bereich des Internets, die Gelegenheit bietet, Menschen, Waren, Dienstleistungen oder Inhalte (§ 11 Absatz 3) anzubieten oder auszutauschen.

(3) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer im Fall des Absatzes 1 gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.

(4) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer bei der Begehung einer Tat nach Absatz 1 beabsichtigt oder weiß, dass die Handelsplattform im Internet den Zweck hat, Verbrechen zu ermöglichen oder zu fördern.

### III. Bestandsaufnahme der Norm

#### Strafgesetzbuch (StGB)

#### § 127 Betreiben krimineller Handelsplattformen im Internet

(1) Wer eine **Handelsplattform im Internet betreibt**, deren **Zweck darauf ausgerichtet ist, die Begehung von rechtswidrigen Taten zu ermöglichen oder zu fördern**, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, **wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist**. Rechtswidrige Taten im Sinne des Satzes 1 sind

1. Verbrechen,

2. Vergehen nach

...

(2) Handelsplattform im Internet im Sinne dieser Vorschrift ist **jede virtuelle Infrastruktur im frei zugänglichen wie im durch technische Vorkehrungen zugangsbeschränkten Bereich des Internets, die Gelegenheit bietet, Menschen, Waren, Dienstleistungen oder Inhalte ( § 11 Absatz 3) anzubieten oder auszutauschen**.

...

### III. Bestandsaufnahme der Norm

#### 1. Plattformbegriff

*„[...] jede virtuelle Infrastruktur im frei zugänglichen wie im durch technische Vorkehrungen zugangsbeschränkten Bereich des Internets, die Gelegenheit bietet, Menschen, Waren, Dienstleistungen oder Inhalte gem. § 11 Abs. 3 StGB anzubieten oder auszutauschen.“*

- ▶ Weiteres aus der Gesetzesbegründung:
  - ▶ Keine kommerziellen Zwecke erforderlich
  - ▶ Auch administrierte Chatgruppen erfasst
- ▶ Gefahr: Ausweitung auf Chatgruppen könnte bereits reine (private) Kommunikation erfassen
- ▶ Restriktive Auslegung: Angebots- und Handelsfunktion bei Chatgruppen muss im Vordergrund stehen

### III. Bestandsaufnahme der Norm

#### 2. Tathandlung: Betreiben

- ▶ Genaue Anforderungen an die Täterschaft sind unklar
- ▶ Abgrenzung Täterschaft/Teilnahme:
  - ▶ Betreiber/Inhaber: wahrscheinlich grundsätzlich Täterschaft
  - ▶ Programmierer, Support, etc.: je nach Grad der Mitwirkung und Ziele kommt Täterschaft oder Teilnahme in Frage



## III. Bestandsaufnahme der Norm

### 3. Zweckbestimmung

„ [...] ,deren Zweck darauf ausgerichtet ist, die Begehung von rechtswidrigen Taten zu ermöglichen oder zu fördern, [...]“

- ▶ Objektives Tatbestandsmerkmal
- ▶ Indizien für Rechtswidrigkeit nach Gesetzesbegründung:
  - ▶ Befinden im DeepWeb oder Darknet, Gesamtschau des Angebots, Bezahlung mit Kryptowährung, und weitere
- ▶ Plattformen mit gemischten Inhalten
  - ▶ Bei kriminellen und legalen Inhalten Abgrenzung schwierig
  - ▶ Vorschlag *Eisele*: Kriminelle Zweckverfolgung muss erkennbar sein durch Widmung der Plattform zu diesen Zwecken, **direkter Vorsatz** bezüglich dieses Merkmals erforderlich
- ▶ Rechtswidrige Taten: Verbrechen und Vergehen nach § 127 Abs.1 S. 2 Nr. 2 StGB

### III. Bestandsaufnahme der Norm

#### 4. Subsidiaritätsklausel

*„ [...] , wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.“*

- ▶ Wirkung eines Auffangtatbestands
- ▶ Kritik d. Rechtswissenschaft: In fast allen Konstellationen ist tatbestandliches Verhalten bereits nach anderen Normen schwerer bestraft
  - ▶ Folge: Kaum verbleibender Anwendungsbereich d. Norm

## IV. Auswirkungen auf TMG/ECRL

- ▶ Anwendbarkeit TMG/ E-Commerce RL
  - ▶ Diensteanbieter § 2 Abs. 1 Nr. 1 TMG
  - ▶ Host-Provider erfasst, Einstellen eigener Inhalte nicht erforderlich
  - ▶ Plattform i.S.v. § 127 Abs. 2 StGB grds. erfasst
- ▶ TMG ist somit grundsätzlich anzuwenden
  - ▶ Anders lt. Gesetzesbegründung: bei kriminellen Handelsplattformen sei missbräuchliches Berufen auf Unionsrecht unzulässig
  - ▶ Abgestellt wird auf Erwägungsgrund 44 der ECRL, welcher allerdings nicht das Hosting betrifft
  - ▶ Entscheidend ist Erwägungsgrund 46 der ECRL
  - ▶ Somit ist ein genereller Ausschluss der Anwendbarkeit des TMG abzulehnen

## IV. Auswirkungen auf TMG/ECRL

- ▶ Anwendung der Haftungsprivilegierungen § 7ff. TMG
  - ▶ Generelles Verbot d. Nachforschungspflicht § 7 Abs. 2 TMG
  - ▶ Für Host-Provider § 10 TMG maßgeblich
- ▶ Anwendbarkeit von § 10 TMG
  - ▶ Privilegierung nach § 10 1 Nr. 1 TMG, wenn keine Kenntnis von rechtswidrigen Handlungen/Informationen gegeben ist
  - ▶ Nach Telemedienrecht ist hinsichtlich der Kenntnis mind. dolus directus 2. Grades erforderlich
  - ▶ Bei Kenntniserlangung besteht eine Löschpflicht gem. § 10 1 Nr. 2 TMG
  - ▶ Für hinreichende Kenntnis muss zumindest der Ort der rechtswidrigen Inhalte auf der Plattform bekannt sein
  - ▶ Genaue Kenntnis des Inhalts ist nicht zwingend erforderlich

## IV. Auswirkungen auf TMG/ECRL

- ▶ Anwendbarkeit auf aktives/passives (Vor-)Verhalten?
  - ▶ Hosten einer Plattform: aktives oder passives Vorverhalten?
- ▶ Entscheidend ist die Fremdheit/Neutralität
  - ▶ Fremdheit liegt nicht bei zu-Eigen-gemachten Inhalten vor
  - ▶ Im europäischen Recht ist die Neutralität maßgeblich
  - ▶ Solange der Host-Provider Informationen und Inhalte der Plattform nicht kennt, verlässt er die neutrale Rolle nicht, unabhängig der möglichen Begünstigung rechtsmissbräuchlicher Nutzung der Plattform durch andere [s. EuGH, C-682/18 (Peterson/Google) und C-683/18 (Elsevier/Cyando)]
  - ▶ Förderung konkreter rechtswidriger Handlungen ist nicht neutral

## IV. Auswirkungen auf TMG/ECRL

Auswirkungen auf verschiedene Konstellationen:

- ▶ Betreiben einer Plattform zur Förderung krimineller Taten, ohne Kenntnis von konkreten Inhalten
  - ▶ Zweckausrichtung nach § 127 Abs. 1 1 StGB (+)
  - ▶ Ohne hinreichende Kenntnis von Inhalten: § 10 1 Nr. 1 TMG (+)
  - ▶ Wenn hinsichtlich rechtswidriger Zwecke und Plattformangebot Eventualvorsatz besteht, ist die Privilegierung anwendbar
- ▶ Betreiben einer legalen Plattform auf der illegale Inhalte eingestellt werden
  - ▶ Zweckausrichtung nach § 127 Abs. 1 1 StGB (+/-)
  - ▶ Meist aber kein Vorsatz bezüglich Zweckbestimmung
  - ▶ Eventualvorsatz bzgl. Zweckbestimmung: § 10 1 Nr. 1 TMG (+)
- ▶ Ergebnis: Wie im TMG sollte das Zweckbestimmungsmerkmal auf subjektiver Seite mind. direkten Vorsatz erfordern

## V. Zusammenfassung

- ▶ Zukünftige Auslegung durch Gerichte bleibt abzuwarten
- ▶ Eine restriktive Auslegung des Plattformbegriffs ist sinnvoll
- ▶ Das Zweckbestimmungsmerkmal sollte auf subjektiver Seite direkten Vorsatz erfordern, um keinen Bruch mit dem TMG und der ECRL zu erzeugen
- ▶ Redliche Plattformen werden durch effektive und nachweisbare Compliance, mit Einhaltung der Vorschriften des TMG, keine Strafbarkeitsrisiken zu befürchten haben

**Vielen Dank !**

**Fragen ?**